



**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Part 2, 2022 Vol. 2

2^e cahier, 2022 Vol. 2

Cited as [2022] 2 S.C.R. 303-617

Renvoi [2022] 2 R.C.S. 303-617

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

CHANTAL CARBONNEAU
Registrar, Supreme Court of Canada / Registraire de la Cour suprême du Canada

General Counsel / Avocate générale
BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrêtiŕiste en chef
GENEVIÈVE DOMEY

Senior Counsel / Avocate-conseil
EMILY K. MOREAU

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

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

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

Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Entertainment Software Association 303

Intellectual property — Copyright — Communication to public by telecommunication — Making available online — On-demand transmissions — Amendment to Copyright Act clarifying that communication of work to public by telecommunication includes making it available to public in way that allows members of public to have access to it from place and at time they have individually chosen — Copyright Board concluding that amendment requires users to pay one royalty when work made available to public online and another royalty when work downloaded or streamed by member of public — Whether amendment creates new compensable making-available right — Copyright Act, R.S.C. 1985, c. C-42, ss. 2.4(1.1), 3(1)(f).

Administrative law — Judicial review — Standard of review — Standard of review applicable where administrative body and courts share concurrent first instance jurisdiction over questions of law.

R. v. Sundman..... 368

Criminal law — First degree murder — Unlawful confinement — Elements of offence — Accused convicted of second degree murder in death of victim shot during chase after escaping from moving truck where he was confined — Trial judge finding that victim no longer unlawfully confined at time of murder — Court of Appeal holding that death caused while victim still unlawfully confined and substituting first degree murder conviction — Whether victim unlawfully confined after escape from truck — Whether unlawful confinement and murder formed part of same transaction justifying conviction for first degree murder — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 231(5).

SOMMAIRE

Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Entertainment Software Association 303

Propriété intellectuelle — Droit d’auteur — Communication au public par télécommunication — Mise à la disposition en ligne — Transmissions sur demande — Modification à la Loi sur le droit d’auteur précisant que la communication d’une œuvre au public par télécommunication comprend sa mise à la disposition du public de manière que chacun puisse y avoir accès de l’endroit et au moment qu’il choisit individuellement — Conclusion de la Commission du droit d’auteur portant que la modification oblige les utilisateurs à payer une redevance lorsque l’œuvre est mise à la disposition du public en ligne et une autre redevance lorsque l’œuvre est téléchargée ou diffusée en continu par un membre du public — La modification a-t-elle pour effet de créer un nouveau droit de mise à la disposition justifiant rémunération? — Loi sur le droit d’auteur, L.R.C. 1985, c. C-42, art. 2.4(1.1), 3(1)f).

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Norme de contrôle — Norme de contrôle applicable lorsque l’organisme administratif et les cours de justice ont compétence concurrente en première instance sur des questions de droit.

R. c. Sundman 368

Droit criminel — Meurtre au premier degré — Séquestration illégale — Éléments de l’infraction — Accusé déclaré coupable de meurtre au deuxième degré relativement à la mort d’une victime abattue au cours d’une poursuite après son évasion de la camionnette en mouvement dans laquelle elle était séquestrée — Conclusion du juge du procès portant que la victime n’était plus illégalement séquestrée au moment du meurtre — Cour d’appel statuant que la mort a été causée alors que la victime était toujours séquestrée illégalement et substituant une déclaration de culpabilité pour meurtre au premier degré — La victime était-elle séquestrée illégalement après son évasion de la camionnette? — La séquestration illégale et le meurtre faisaient-ils partie d’une même opération justifiant une déclaration de culpabilité pour meurtre au premier degré? — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 231(5).

CONTENTS (Concluded)

R. v. Lafrance 393

Constitutional law — Charter of Rights — Detention — Right to counsel — Police entering suspect's home in early morning to execute search warrant and driving him to police station for interview without advising him of right to counsel — Police later arresting suspect and conducting second interview after legal aid lawyer consulted — Suspect requesting during second interview to call his father for assistance in obtaining legal advice but request refused — Suspect confessing during second interview to killing victim but seeking exclusion of confession at trial on basis that police breached his right to counsel — Whether police detained suspect and breached his right to counsel on day of execution of warrant — Whether police breached suspect's right to counsel on day of arrest by refusing to allow him to have further consultation with lawyer — If so, whether admission of evidence would bring administration of justice into disrepute warranting its exclusion — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 10(b), 24(2).

R. v. Kirkpatrick 480

Criminal law — Sexual assault — Consent — Complainant consenting to sexual intercourse on condition that accused wear condom — Complainant realizing after intercourse that accused failed to wear condom — Whether accused's failure to wear condom when complainant's consent conditional on its use results in there being no voluntary agreement of complainant to engage in sexual activity in question — Alternatively, whether such failure can constitute fraud vitiating complainant's consent — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 265(3)(c), 273.1(1).

SOMMAIRE (Fin)

R. c. Lafrance 393

Droit constitutionnel — Charte des droits — Détention — Droit à l'assistance d'un avocat — Policiers entrant dans la maison d'un suspect au petit matin afin d'exécuter un mandat de perquisition et conduisant celui-ci au poste de police pour un entretien sans l'aviser de son droit à l'assistance d'un avocat — Policiers procédant ultérieurement à l'arrestation du suspect et à un deuxième entretien après que ce dernier ait consulté un avocat de l'aide juridique — Suspect demandant sans succès pendant le deuxième entretien de téléphoner à son père afin qu'il l'aide à obtenir des conseils juridiques — Suspect avouant lors du deuxième entretien avoir tué la victime mais demandant au procès que l'aveu soit écarté pour cause de violation par les policiers de son droit à l'assistance d'un avocat — Les policiers ont-ils détenu le suspect et violé son droit à l'assistance d'un avocat le jour de l'exécution du mandat? — Les policiers ont-ils violé le droit du suspect à l'assistance d'un avocat le jour de l'arrestation en refusant de lui permettre de consulter de nouveau un avocat? — Dans l'affirmative, l'utilisation des éléments de preuve obtenus est-elle susceptible de déconsidérer l'administration de la justice, justifiant ainsi leur exclusion? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 10b), 24(2).

R. c. Kirkpatrick 480

Droit criminel — Agression sexuelle — Consentement — Consentement de la plaignante à des rapports sexuels à condition que l'accusé porte un condom — Réalisation par la plaignante après le rapport sexuel que l'accusé a omis de porter un condom — Y a-t-il absence de consentement volontaire de la plaignante à l'activité sexuelle du fait de l'omission par l'accusé de porter un condom lorsque le consentement de la plaignante était conditionnel à son utilisation? — Subsidiairement, une telle omission constitue-t-elle une fraude qui vicie le consentement de la plaignante? — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 265(3)(c), 273.1(1).

**Society of Composers, Authors
and Music Publishers of
Canada** *Appellant*

v.

**Entertainment Software Association,
Entertainment Software Association
of Canada, Apple Inc., Apple Canada
Inc., Bell Canada, Quebecor Media
Inc., Rogers Communications Inc.,
Shaw Communications and Pandora
Media Inc.** *Respondents*

- and -

Music Canada *Appellant*

v.

**Entertainment Software Association,
Entertainment Software Association
of Canada, Apple Inc., Apple Canada
Inc., Bell Canada, Quebecor Media
Inc., Rogers Communications Inc.,
Shaw Communications and Pandora
Media Inc.** *Respondents*

and

**Samuelson-Glushko Canadian
Internet Policy and Public Interest
Clinic, Canadian Music Publishers
Association carrying on business
as “Music Publishers Canada”,
Professional Music Publishers
Association, Canadian Association
of Law Libraries, Library Futures
Institute and Ariel Katz** *Intervenors*

**INDEXED AS: SOCIETY OF COMPOSERS,
AUTHORS AND MUSIC PUBLISHERS OF CANADA
v. ENTERTAINMENT SOFTWARE ASSOCIATION**

2022 SCC 30

**Société canadienne des auteurs,
compositeurs et éditeurs de
musique** *Appelante*

c.

**Entertainment Software Association,
Association canadienne du logiciel
de divertissement, Apple Inc., Apple
Canada Inc., Bell Canada, Québecor
Média Inc., Rogers Communications
Inc., Shaw Communications et
Pandora Media Inc.** *Intimées*

- et -

Music Canada *Appelante*

c.

**Entertainment Software Association,
Association canadienne du logiciel
de divertissement, Apple Inc., Apple
Canada Inc., Bell Canada, Québecor
Média Inc., Rogers Communications
Inc., Shaw Communications et
Pandora Media Inc.** *Intimées*

et

**Clinique d’intérêt public et de
politique d’internet du Canada
Samuelson-Glushko, Éditeurs de
musique au Canada, Association
des professionnels de l’édition
musicale, Association canadienne
des bibliothèques de droit,
Library Futures Institute et Ariel
Katz** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : SOCIÉTÉ CANADIENNE DES
AUTEURS, COMPOSITEURS ET ÉDITEURS DE
MUSIQUE c. ENTERTAINMENT SOFTWARE
ASSOCIATION**

2022 CSC 30

File No.: 39418.

2022: January 18; 2022: July 15.

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

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Intellectual property — Copyright — Communication to public by telecommunication — Making available online — On-demand transmissions — Amendment to Copyright Act clarifying that communication of work to public by telecommunication includes making it available to public in way that allows members of public to have access to it from place and at time they have individually chosen — Copyright Board concluding that amendment requires users to pay one royalty when work made available to public online and another royalty when work downloaded or streamed by member of public — Whether amendment creates new compensable making-available right — Copyright Act, R.S.C. 1985, c. C-42, ss. 2.4(1.1), 3(1)(f).

Administrative law — Judicial review — Standard of review — Standard of review applicable where administrative body and courts share concurrent first instance jurisdiction over questions of law.

In 1997, Canada signed the *WIPO Copyright Treaty*, one of two treaties negotiated for the purpose of adapting international copyright rules to new and emerging technologies. The Treaty sets out a number of protections that member countries are to provide to authors. Article 8 provides that authors of literary and artistic works shall enjoy the exclusive right to make their works available to the public in such a way that members of the public may access these works from a place and at a time individually chosen by them. In 2012, Parliament added s. 2.4(1.1) to the *Copyright Act* by way of the *Copyright Modernization Act* (“*CMA*”) to implement the rights and protections of the Treaty. Section 2.4(1.1) amends s. 3(1)(f) of the *Copyright Act* by clarifying that “communication of a work or other subject-matter to the public by telecommunication includes making it available to the public by telecommunication in a way that allows a member of the public to have access to it from a place and at a time individually chosen by that member of the public”.

N° du greffe : 39418.

2022 : 18 janvier; 2022 : 15 juillet.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Propriété intellectuelle — Droit d’auteur — Communication au public par télécommunication — Mise à la disposition en ligne — Transmissions sur demande — Modification à la Loi sur le droit d’auteur précisant que la communication d’une œuvre au public par télécommunication comprend sa mise à la disposition du public de manière que chacun puisse y avoir accès de l’endroit et au moment qu’il choisit individuellement — Conclusion de la Commission du droit d’auteur portant que la modification oblige les utilisateurs à payer une redevance lorsque l’œuvre est mise à la disposition du public en ligne et une autre redevance lorsque l’œuvre est téléchargée ou diffusée en continu par un membre du public — La modification a-t-elle pour effet de créer un nouveau droit de mise à la disposition justifiant rémunération? — Loi sur le droit d’auteur, L.R.C. 1985, c. C-42, art. 2.4(1.1), 3(1)f).

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Norme de contrôle — Norme de contrôle applicable lorsque l’organisme administratif et les cours de justice ont compétence concurrente en première instance sur des questions de droit.

En 1997, le Canada a signé le *Traité de l’OMPI sur le droit d’auteur*, l’un des deux traités négociés afin d’adapter les règles internationales en matière de droit d’auteur aux technologies nouvelles et émergentes. Le Traité énumère diverses protections que les États membres doivent offrir aux auteurs. L’article 8 prévoit que les auteurs d’œuvres littéraires et artistiques jouissent du droit exclusif de mettre leurs œuvres à la disposition du public de manière que chacun puisse y avoir accès de l’endroit et au moment qu’il choisit de manière individualisée. En 2012, le Parlement a ajouté le par. 2.4(1.1) à la *Loi sur le droit d’auteur* au moyen de la *Loi sur la modernisation du droit d’auteur* (« *LMDA* ») afin de mettre en œuvre les droits et protections prévus par le Traité. Le paragraphe 2.4(1.1) modifie l’al. 3(1)f) de la *Loi sur le droit d’auteur* en précisant que « constitue notamment une communication au public par télécommunication le fait de mettre à la disposition du public par télécommunication une œuvre ou un autre objet du droit d’auteur de manière que chacun puisse y avoir accès de l’endroit et au moment qu’il choisit individuellement ».

In the context of proceedings to set a tariff for online music services, the Copyright Board of Canada, which shares concurrent first instance jurisdiction over some aspects of the *Copyright Act* with the courts, concluded that s. 2.4(1.1) deems the act of making works available to be a separately protected and compensable activity. This meant that two royalties would be payable when a work is distributed online: (1) when it is made available online and (2) when the work is actually streamed or downloaded. The Federal Court of Appeal overturned the Board's decision. It concluded that Parliament did not intend to create a new compensable making available right, and that, properly interpreted, s. 2.4(1.1) did not subject downloads and streams to two royalties.

Held: The appeal should be dismissed.

Per Wagner C.J. and Moldaver, Côté, Brown, Rowe, Kasirer and Jamal JJ.: The *Copyright Act* does not require that users pay two royalties to access works online. The reading of s. 2.4(1.1) of the *Copyright Act* that is most consistent with its text, structure, purpose, and context is that s. 2.4(1.1) clarifies that (1) s. 3(1)(f) applies to on-demand streams, and (2) a work is performed as soon as it is made available for on-demand streaming. This interpretation is technologically neutral and allows Canada to fulfill its obligations under art. 8 of the Treaty through a combination of the performance, reproduction, and authorization rights in s. 3(1). If a work is streamed or made available for on-demand streaming, the author's performance right is engaged. If a work is downloaded, the author's reproduction right is engaged. If a work is made available for downloading, the author's right to authorize reproductions is engaged. There are no gaps in protection. If a work is downloaded or made available for downloading, s. 3(1)(f) is not engaged. If a work is made available for streaming and later streamed, s. 3(1)(f) is only engaged once.

The Board's decision should be reviewed under the standard of correctness. In *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov*, 2019 SCC 65, [2019] 4 S.C.R. 653, the Court recognized five categories for correctness review. None of these categories justifies applying a correctness standard of review to situations of concurrent administrative

Dans le contexte d'une procédure de fixation d'un tarif pour les services de musique en ligne, la Commission du droit d'auteur du Canada, qui a compétence concurrente en première instance avec les cours de justice sur certains aspects de la *Loi sur le droit d'auteur*, a conclu que, selon le par. 2.4(1.1), le fait de mettre une œuvre à la disposition du public est une activité distincte protégée et justifiant rémunération. Cela voulait dire qu'il faudrait payer deux redevances lorsqu'une œuvre est mise en circulation en ligne : (1) lorsqu'elle est mise à la disposition du public en ligne et (2) lorsqu'elle est diffusée en continu ou téléchargée. La Cour d'appel fédérale a infirmé la décision de la Commission. Elle a jugé que le Parlement ne souhaitait pas créer un nouveau droit de mise à la disposition justifiant rémunération, et que, interprété correctement, le par. 2.4(1.1) n'assujettissait pas les téléchargements et les diffusions en continu à deux redevances.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

Le juge en chef Wagner et les juges Moldaver, Côté, Brown, Rowe, Kasirer et Jamal : *La Loi sur le droit d'auteur* n'exige pas que les utilisateurs paient deux redevances pour avoir accès à une œuvre en ligne. L'interprétation du par. 2.4(1.1) de la *Loi sur le droit d'auteur* qui est la plus compatible avec son texte, sa structure, son objet et son contexte est que le par. 2.4(1.1) clarifie (1) que l'al. 3(1)f s'applique aux diffusions sur demande, et (2) qu'une œuvre est exécutée dès qu'elle est mise à la disposition du public pour diffusion en continu sur demande. Cette interprétation est neutre d'un point de vue technologique et permet au Canada de s'acquitter des obligations que lui impose l'art. 8 du Traité grâce à une combinaison des droits d'exécution, de reproduction et d'autorisation visés au par. 3(1). Si une œuvre est diffusée en continu ou mise à la disposition du public pour diffusion sur demande, le droit d'exécution de l'auteur entre en jeu. Si une œuvre est téléchargée, le droit de reproduction de l'auteur entre en jeu. Si une œuvre est mise à la disposition du public pour téléchargement, le droit de l'auteur d'en autoriser les reproductions entre en jeu. La protection ne souffre d'aucune lacune. Si une œuvre est téléchargée ou mise à la disposition du public pour téléchargement, l'al. 3(1)f ne s'applique pas. Si une œuvre est mise à la disposition du public pour diffusion en continu, puis diffusée en continu ultérieurement, l'al. 3(1)f ne s'applique qu'une fois.

La décision de la Commission devrait être contrôlée selon la norme de la décision correcte. Dans l'arrêt *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Vavilov*, 2019 CSC 65, [2019] 4 R.C.S. 653, la Cour a reconnu cinq catégories de questions appelant la norme de la décision correcte. Aucune de ces catégories ne justifie

and court first instance jurisdiction. Nevertheless, in rare and exceptional circumstances, new correctness categories can be recognized when applying reasonableness would undermine legislative intent or the rule of law in a manner analogous to the five correctness categories discussed in *Vavilov*. When courts and administrative bodies have concurrent first instance jurisdiction over a legal issue in a statute is one of those rare and exceptional circumstances where it is appropriate to recognize a new category of correctness review. Applying correctness accords with legislative intent — by conferring concurrent first instance jurisdiction to courts and administrative bodies, it should be inferred that the legislature wanted to subject those decisions to appellate standards of review. Applying correctness also promotes the rule of law. First, when there is concurrent first instance jurisdiction, the legislature has expressly involved the courts in the interpretation of a statute, which necessarily carries with it the implication that, absent legislative direction to the contrary, courts will operate by their settled standards. Second, it avoids conflicting statutory interpretations, and it provides a way to manage differing decisions between courts and tribunals. Third, this correctness category can be defined with precision, as it will apply only when courts and administrative bodies have concurrent first instance jurisdiction over a legal issue in a statute.

A treaty should be considered when interpreting statutes that purport to implement the treaty. The treaty is relevant at the context stage of the statutory interpretation exercise. There is no need to find textual ambiguity in a statute before considering the treaty. Where the text permits, legislation should be interpreted so as to comply with Canada's treaty obligations, in accordance with the presumption of conformity. However, a treaty cannot overwhelm clear legislative intent. The court's task is to interpret what the legislature has enacted and not subordinate this to what the federal executive has agreed to internationally.

Article 8 of the Treaty forms a relevant part of the context of s. 2.4(1.1) because Parliament intended to fulfill Canada's

l'application de la norme de la décision correcte dans les situations de compétence concurrente en première instance entre un organisme administratif et une cour de justice. Néanmoins, dans des circonstances rares et exceptionnelles, de nouvelles catégories de questions appelant la norme de la décision correcte peuvent être reconnues lorsqu'appliquer la norme de la décision raisonnable dénaturerait l'intention du législateur ou ébranlerait la primauté du droit d'une façon analogue aux cinq catégories de questions appelant la norme de la décision correcte analysées dans *Vavilov*. Lorsque les cours de justice et les organismes administratifs ont compétence concurrente en première instance sur une question de droit dans une loi, il s'agit de l'une de ces circonstances rares et exceptionnelles où il convient de reconnaître une nouvelle catégorie de questions appelant la norme de la décision correcte. Appliquer la norme de la décision correcte concorde avec l'intention du législateur — il y a lieu d'inférer qu'en conférant une compétence concurrente en première instance entre les cours de justice et les organismes administratifs, le législateur voulait assujettir ces décisions aux normes de contrôle applicables en appel. Appliquer la norme de la décision correcte favorise également la primauté du droit. Premièrement, lorsqu'il y a compétence concurrente en première instance, le législateur fait expressément intervenir les cours de justice dans l'interprétation d'une loi, ce qui implique forcément, en l'absence d'une directive contraire de sa part, que les cours de justice fonctionneront suivant leurs normes établies. Deuxièmement, cela évite des interprétations législatives contradictoires et offre un moyen de gérer des décisions contradictoires entre les cours de justice et les tribunaux administratifs. Troisièmement, cette catégorie de questions appelant la norme de la décision correcte peut être définie avec précision, car elle ne s'appliquera que lorsque les cours de justice et les organismes administratifs ont compétence concurrente en première instance sur une question de droit dans une loi.

Un traité devrait être examiné pour interpréter les lois qui visent à le mettre en œuvre. Le traité est pertinent à l'étape du contexte en matière d'interprétation législative. Point n'est besoin de relever une ambiguïté dans le texte d'une loi avant d'examiner le traité. Si le texte le permet, la loi devrait être interprétée de manière à respecter les obligations du Canada découlant du traité, conformément à la présomption de conformité. Un traité ne peut toutefois supplanter l'intention claire du législateur. La cour doit interpréter ce que le législateur a édicté et non subordonner cet exercice à ce dont l'organe exécutif fédéral a convenu à l'international.

L'article 8 du Traité est un élément important du contexte du par. 2.4(1.1), parce que le Parlement voulait acquitter les

obligations under art. 8 through s. 2.4(1.1): the *CMA*'s preamble states that it was enacted in part to implement the "norms" of the Treaty, and the wording of art. 8 and s. 2.4(1.1) is similar. The Treaty was also ratified shortly after the *CMA* was passed, and an explanatory memorandum placed before the House of Commons stated that the *CMA* was developed with a view to implementing the rights and protections of the Treaty.

The Board's interpretation of s. 2.4(1.1) is inconsistent with its text and structure, it undermines the purpose of the *Copyright Act*, and it is not required by art. 8. To understand the text of s. 2.4(1.1), one must understand the basic scheme of the *Copyright Act*. The opening paragraph of s. 3(1) exhaustively sets out three copyright interests that authors have in their works: the right to (1) produce or reproduce a work in any material form, (2) perform a work in public, or (3) publish an unpublished work. A single activity can only engage one of the three copyright interests. When a work is downloaded, giving a user a durable copy of a work, only the author's reproduction right is engaged. When a work is streamed, allowing a user to experience a work for a limited period of time, only the author's performance right is engaged. Authors are entitled to royalties for use of their works when an activity engages one of the copyright interests in s. 3(1). Nothing in the text of s. 2.4(1.1) indicates that Parliament intended to allow authors to charge two royalties for a single protected activity. The Board's interpretation is also entirely inconsistent with the Court's holdings in *Entertainment Software Association v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, 2012 SCC 34, [2012] 2 S.C.R. 231, and *Rogers Communications Inc. v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, 2012 SCC 35, [2012] 2 S.C.R. 283, which explained that downloads and streams are a single activity. Had Parliament intended to treat the act of making available as a new separately compensable activity, the way to do so would have been to add "making available" as a fourth copyright interest in the opening paragraph of s. 3(1), rather than as a modification to the scope of s. 3(1)(f).

The Board's interpretation also undermines the purpose of the *Copyright Act* because it violates the principle of

obligations du Canada découlant de l'art. 8 au moyen du par. 2.4(1.1) : le préambule de la *LMDA* précise que cette loi a été édictée en partie pour mettre en œuvre les « normes » du Traité; le libellé de l'art. 8 et celui du par. 2.4(1.1) sont semblables. Le Traité a en outre été ratifié peu après l'adoption de la *LMDA*, et un mémoire explicatif déposé à la Chambre des communes indiquait que la *LMDA* avait été élaborée dans le but de mettre en œuvre les droits et protections prévus par le Traité.

L'interprétation qui est donnée au par. 2.4(1.1) par la Commission est incompatible avec son texte et sa structure, elle mine l'objet de la *Loi sur le droit d'auteur*, et elle n'est pas requise par l'art. 8. Pour bien comprendre le texte du par. 2.4(1.1), il est nécessaire de considérer l'organisation fondamentale de la *Loi sur le droit d'auteur*. Le paragraphe 3(1) commence par énoncer de manière exhaustive les trois droits conférés aux auteurs à l'égard d'une œuvre, à savoir : le droit (1) de produire ou reproduire une œuvre sous une forme matérielle quelconque, (2) le droit d'exécuter l'œuvre ou de la représenter en public et (3) le droit de publier une œuvre non publiée. Une activité unique ne peut faire intervenir qu'un seul des trois droits prévus dans cette disposition. Dans le cas du téléchargement d'une œuvre, ce qui donne à l'utilisateur une copie durable de l'œuvre, seul le droit de reproduction conféré à l'auteur entre en jeu. Lorsqu'une œuvre est diffusée en continu, ce qui permet à l'utilisateur de profiter de l'œuvre pendant une période limitée, seul le droit d'exécution dont est titulaire l'auteur entre en jeu. Les auteurs ont le droit de recevoir des redevances pour l'utilisation de leurs œuvres lorsqu'une activité fait intervenir l'un des droits énoncés au par. 3(1). Le texte du par. 2.4(1.1) ne donne aucunement à croire que le Parlement voulait permettre aux auteurs de percevoir deux redevances pour une seule activité protégée. L'interprétation de la Commission est en outre complètement incompatible avec les conclusions tirées par la Cour dans *Entertainment Software Association c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2012 CSC 34, [2012] 2 R.C.S. 231, et *Rogers Communications Inc. c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2012 CSC 35, [2012] 2 R.C.S. 283, où elle a expliqué que les téléchargements et les transmissions en continu constituaient des activités uniques. Si le Parlement avait voulu traiter l'acte de mise à la disposition comme une nouvelle activité justifiant une rémunération distincte, la façon de le faire aurait été d'ajouter la « mise à la disposition » en tant que quatrième droit dans la disposition liminaire du par. 3(1), plutôt que de modifier la portée de l'al. 3(1)(f).

L'interprétation de la Commission mine aussi l'objet de la *Loi sur le droit d'auteur*, parce qu'elle viole le principe

technological neutrality by requiring that users pay additional royalties to access works online. Distributing functionally equivalent works through old or new technology should engage the same copyright interests. What matters is what the user receives, not how the user receives it. If that new technology gives users durable copies of a work, the author's reproduction interest is engaged. If the new technology gives users impermanent access to the work, the author's performance right is engaged. Clear legislative intent would be needed to derogate from the principle of technological neutrality given its central importance to the scheme of the *Copyright Act*. Since there is no persuasive basis for concluding that Parliament intended to derogate from the principle of technological neutrality, s. 2.4(1.1) should be interpreted in a way that is technologically neutral.

Finally, while the Board correctly concluded that art. 8 of the Treaty requires that member countries give authors the right to control the act of making works available, in addition to any download or stream that might later occur, this obligation does not require the imposition of additional royalties on downloaded or streamed content. Each state can fulfill its art. 8 obligations through an explicit making available right or through a combination of pre-existing rights. Provided that the *Copyright Act* gives effect to art. 8's goals through any combination of rights, Canada will be in compliance with its obligations under art. 8.

Per Karakatsanis and Martin JJ.: The standard of review of the Board's decision should be reasonableness. Creating a new correctness category only three years after a majority of the Court in *Vavilov* set out a comprehensive judicial review framework undermines *Vavilov*'s promise of certainty and predictability. *Vavilov* explicitly established a presumption of reasonableness that could only be displaced in five situations. Concurrent jurisdiction at first instance was not among them. The creation of a sixth category is simply contrary to the majority reasons in *Vavilov*.

Although the Court did not definitively foreclose the possibility that another category could be recognized, the establishment of new categories was explicitly reserved for possible circumstances which could not be realistically

de la neutralité technologique en exigeant que les utilisateurs paient des redevances additionnelles pour accéder aux œuvres en ligne. La distribution d'œuvres équivalentes sur le plan fonctionnel par des moyens technologiques anciens ou nouveaux devrait mettre en jeu les mêmes droits. Ce qui compte, c'est ce que reçoit l'utilisateur, et non la manière dont il le reçoit. Si cette nouvelle technologie donne aux utilisateurs des copies durables d'une œuvre, le droit de reproduction de l'auteur entre en jeu. Si la nouvelle technologie donne aux utilisateurs un accès temporaire à l'œuvre, le droit d'exécution de l'auteur entre en jeu. Il faudrait une intention claire du législateur pour déroger au principe de la neutralité technologique étant donné l'importance capitale de ce principe pour l'économie de la *Loi sur le droit d'auteur*. Comme il n'y a aucune raison persuasive de conclure que le Parlement voulait déroger au principe de la neutralité technologique, il convient d'interpréter le par. 2.4(1.1) de manière à ce que son application respecte le principe de neutralité technologique.

Enfin, bien que la Commission ait conclu à juste titre que l'art. 8 du Traité exige que les États membres protègent l'acte de mettre les œuvres à la disposition du public, mais aussi tout téléchargement ou toute diffusion en continu qui pourraient avoir lieu subséquentement, cette obligation n'exige pas l'imposition de redevances additionnelles sur le contenu téléchargé ou diffusé en continu. Chaque État peut s'acquitter des obligations que lui impose l'art. 8 en prévoyant un droit explicite de mise à la disposition ou par le truchement d'une combinaison de droits préexistants. Pourvu que la *Loi sur le droit d'auteur* donne effet aux objectifs de l'art. 8 par une combinaison de droits, le Canada respecte ses obligations au titre de l'art. 8.

Les juges Karakatsanis et Martin : La norme de contrôle applicable à la décision de la Commission devrait être celle de la décision raisonnable. En créant une nouvelle catégorie de questions appelant la norme de la décision correcte seulement trois ans après la mise en œuvre d'un cadre de contrôle judiciaire exhaustif par les juges majoritaires de la Cour dans l'arrêt *Vavilov*, on compromet la certitude et la prévisibilité promises dans cet arrêt. L'arrêt *Vavilov* a établi explicitement une présomption d'application de la norme de la décision raisonnable qui ne pouvait être réfutée que dans cinq situations. La compétence concurrente en première instance n'en faisait pas partie. La création d'une sixième catégorie est simplement contraire aux motifs des juges majoritaires dans *Vavilov*.

Bien que la Cour n'ait pas fermé définitivement la porte à la possibilité qu'une autre catégorie puisse être reconnue, l'établissement de nouvelles catégories était expressément réservé aux circonstances possibles qui ne pouvaient pas être

foreseen. The reasons in *Vavilov* were based on a thorough review of the relevant jurisprudence, including correctness cases of recent vintage, such as *Rogers*. It is therefore unrealistic to suggest that the Court's own precedent represents a possible set of circumstances that it could not have contemplated. And neither legislative intent nor the rule of law can make this case rare and exceptional — to conclude otherwise sweeps aside the Court's recently established framework governing the standard of review.

When applying the standard of reasonableness, context does not modify the standard or degree of scrutiny by the reviewing court, but it is obviously important in determining whether the decision itself is reasonable. And where the reasonableness standard applies to questions of statutory interpretation, the reviewing court must examine the administrative decision as a whole, including the reasons provided by the decision maker and the outcome that was reached. The court does so in reference to the modern principle of statutory interpretation, under which words, policy objectives and consequences all matter. It is not a purely textual exercise.

Even on a reasonableness standard, the failure of the Board to consider the Court's material and binding precedents or the animating themes of the *Copyright Act* was unreasonable. It was unreasonable for the Board to disregard the Court's decision in *Entertainment Software Association* — the leading domestic authority on s. 3(1)(f). While the Board correctly pointed out that *Entertainment Software Association* was decided against a different legislative backdrop, three critical aspects remained the same: (i) the language of s. 3(1)(f); (ii) the *Copyright Act*'s fundamental distinction between performance and reproduction rights, and (iii) Parliament's commitment to preserve technological neutrality. Had the Board meaningfully engaged with *Entertainment Software Association*, it would not have rendered a decision that captured downloads — a reproductive activity — within an act of communication, nor would it have effectively created two separate rights for a single activity.

The Board's decision was also unreasonable in the context of the broader statutory scheme. First, the Board's reasons fail to meaningfully address the duplicate royalties that would arise when a work is subsequently downloaded or streamed. This was unreasonable in light of the Court's caution against this precise kind of layering of rights.

raisonnablement prévues. Les motifs dans *Vavilov* découlaient d'une étude fouillée de la jurisprudence applicable, notamment d'arrêts récents où la norme de la décision correcte a été appliquée, comme *Rogers*. Il est donc illusoire de laisser entendre que la jurisprudence même de la Cour représente une combinaison possible de circonstances qu'elle n'a pas pu envisager. Et ni l'intention du législateur ni la primauté du droit ne peut élever la présente affaire au rang des circonstances rares et exceptionnelles — conclure autrement écarterait le cadre d'analyse régissant la norme de contrôle récemment établi par la Cour.

Lorsqu'il s'agit d'appliquer la norme de la décision raisonnable, le contexte ne modifie pas la norme ou le degré d'examen que doit appliquer la cour de révision, mais il est évidemment important pour déterminer si la décision en soi est raisonnable. De plus, lorsque la norme de la décision raisonnable s'applique aux questions d'interprétation de la loi, la cour de révision doit examiner la décision administrative dans son ensemble, y compris les motifs fournis par le décideur et le résultat obtenu. La cour s'acquitte de cette tâche en se référant au principe moderne d'interprétation des lois, selon lequel les mots comptent, les objectifs de politique générale comptent et les conséquences comptent. Ce n'est pas un exercice purement textuel.

Même d'après la norme de la décision raisonnable, l'omission de la Commission d'examiner la jurisprudence importante et contraignante de la Cour et les thèmes sous-jacents de la *Loi sur le droit d'auteur* était déraisonnable. Il était déraisonnable pour la Commission de ne pas tenir compte de l'arrêt de la Cour dans *Entertainment Software Association* — l'arrêt de principe sur l'al. 3(1)f). Bien que la Commission ait souligné à juste titre que l'affaire *Entertainment Software Association* avait été décidée dans un contexte législatif différent, trois aspects cruciaux sont demeurés les mêmes : (i) le libellé de l'al. 3(1)f), (ii) la distinction fondamentale dans la *Loi sur le droit d'auteur* entre les droits d'exécution et les droits de reproduction, et (iii) l'engagement du Parlement à préserver la neutralité technologique. Si la Commission avait véritablement examiné l'arrêt *Entertainment Software Association*, elle n'aurait pas rendu une décision qui considère les téléchargements — une activité de reproduction — comme un acte de communication, et n'aurait pas non plus créé deux droits distincts pour une seule activité.

La décision de la Commission était aussi déraisonnable dans le contexte plus général du régime législatif. Premièrement, dans ses motifs, la Commission n'aborde pas véritablement les doubles redevances qui résulteraient du téléchargement ou de la diffusion en continu de l'œuvre par la suite. Cette omission était déraisonnable à la lumière

Second, the interpretation advanced by the Board is not technologically neutral because it opens the door to duplicate royalties simply because the transaction takes place online. Without displacing Parliament's intent, the Board could not endorse an interpretation that applied differently to diverse forms of media.

As this is not a case where the omission is a minor aspect of the interpretive context, the Board's interpretation of s. 2.4(1.1) cannot be accepted. If correctness was the applicable standard, there would be agreement with the majority that s. 2.4(1.1) could not be read as creating a new independent right that is triggered when works are made available for downloading or on-demand streaming, nor as creating a separate tariff. Nothing in the text, context, or purpose of s. 2.4(1.1) suggests otherwise, particularly when viewed in light of the legal landscape in which it operates.

Cases Cited

By Rowe J.

Applied: *Entertainment Software Association v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, 2012 SCC 34, [2012] 2 S.C.R. 231; *Rogers Communications Inc. v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, 2012 SCC 35, [2012] 2 S.C.R. 283; **considered:** *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov*, 2019 SCC 65, [2019] 4 S.C.R. 653; *Canadian Broadcasting Corp. v. SODRAC 2003 Inc.*, 2015 SCC 57, [2015] 3 S.C.R. 615; **referred to:** *Re:Sound v. Canadian Association of Broadcasters*, 2017 FCA 138, 20 Admin. L.R. (6th) 179; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817; *B010 v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 SCC 58, [2015] 3 S.C.R. 704; *National Corn Growers Assn. v. Canada (Import Tribunal)*, [1990] 2 S.C.R. 1324; *Crown Forest Industries Ltd. v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 802; *Office of the Children's Lawyer v. Balev*, 2018 SCC 16, [2018] 1 S.C.R. 398; *Rahaman v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 FCA 89, [2002] 3 F.C. 537; *R. v. Hape*, 2007 SCC 26, [2007] 2 S.C.R. 292; *Németh v. Canada (Justice)*, 2010 SCC 56, [2010] 3 S.C.R. 281; *Kazemi Estate v. Islamic Republic of Iran*, 2014 SCC 62, [2014] 3 S.C.R. 176; *Bishop v. Stevens*, [1990] 2 S.C.R. 467; *Théberge v. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, 2002 SCC 34, [2002] 2 S.C.R. 336; *Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Bell Canada*,

de la mise en garde de la Cour contre ce genre précis de palier supplémentaire de droits. Deuxièmement, l'interprétation avancée par la Commission n'est pas neutre sur le plan technologique puisqu'elle ouvre la porte à une double redevance simplement parce que l'activité a lieu en ligne. La Commission ne pouvait souscrire à une interprétation qui s'appliquait différemment à divers médias sans que cela n'ait pour effet de supplanter l'intention du Parlement.

Puisqu'il ne s'agit pas d'un cas où l'omission est un aspect mineur du contexte interprétatif, l'interprétation donnée par la Commission au par. 2.4(1.1) ne saurait être acceptée. Si la norme de la décision correcte était la norme applicable, il y aurait accord avec la majorité pour dire que le par. 2.4(1.1) ne pouvait pas être interprété comme créant un nouveau droit indépendant qui entre en jeu lorsque les œuvres sont mises à la disposition du public pour téléchargement ou diffusion en continu sur demande, ni créant un tarif distinct. Rien dans le texte, le contexte ou l'objet du par. 2.4(1.1) n'indique le contraire, particulièrement lorsque l'on interprète cette disposition à la lumière du contexte juridique dans lequel elle s'applique.

Jurisprudence

Citée par le juge Rowe

Arrêts appliqués : *Entertainment Software Association c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2012 CSC 34, [2012] 2 R.C.S. 231; *Rogers Communications Inc. c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2012 CSC 35, [2012] 2 R.C.S. 283; **arrêts examinés :** *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Vavilov*, 2019 CSC 65, [2019] 4 R.C.S. 653; *Société Radio-Canada c. SODRAC 2003 Inc.*, 2015 CSC 57, [2015] 3 R.C.S. 615; **arrêts mentionnés :** *Ré:Sonne c. Association canadienne des radiodiffuseurs*, 2017 CAF 138; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817; *B010 c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CSC 58, [2015] 3 R.C.S. 704; *National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal des importations)*, [1990] 2 R.C.S. 1324; *Crown Forest Industries Ltd. c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 802; *Bureau de l'avocat des enfants c. Balev*, 2018 CSC 16, [2018] 1 R.C.S. 398; *Rahaman c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CAF 89, [2002] 3 C.F. 537; *R. c. Hape*, 2007 CSC 26, [2007] 2 R.C.S. 292; *Németh c. Canada (Justice)*, 2010 CSC 56, [2010] 3 R.C.S. 281; *Kazemi (Succession) c. République islamique d'Iran*, 2014 CSC 62, [2014] 3 R.C.S. 176; *Bishop c. Stevens*, [1990] 2 R.C.S. 467; *Théberge c. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, 2002 CSC 34, [2002] 2 R.C.S. 336; *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de*

2012 SCC 36, [2012] 2 S.C.R. 326; *York University v. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright)*, 2021 SCC 32, [2021] 2 S.C.R. 734; *CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada*, 2004 SCC 13, [2004] 1 S.C.R. 339; *Keatley Surveying Ltd. v. Teranet Inc.*, 2019 SCC 43, [2019] 3 S.C.R. 418; *Muzak Corp. v. Composers, Authors and Publishers Association of Canada, Ltd.*, [1953] 2 S.C.R. 182; *CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada*, 2002 FCA 187, [2002] 4 F.C. 213; *Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Canadian Assn. of Internet Providers*, 2004 SCC 45, [2004] 2 S.C.R. 427; *Apple Computer, Inc. v. Mackintosh Computers Ltd.*, [1988] 1 F.C. 673, aff'd [1990] 2 S.C.R. 209; *SOCAN Statement of Royalties, Public Performance of Musical Works 1996, 1997, 1998 (Tariff 22, Internet) (Re)* (1999), 1 C.P.R. (4th) 417; *Warman v. Fournier*, 2012 FC 803, 104 C.P.R. (4th) 21.

By Karakatsanis J.

Applied: *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov*, 2019 SCC 65, [2019] 4 S.C.R. 653; **considered:** *Rogers Communications Inc. v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, 2012 SCC 35, [2012] 2 S.C.R. 283; *Entertainment Software Association v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, 2012 SCC 34, [2012] 2 S.C.R. 231; **referred to:** *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654; *Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Canadian Assn. of Internet Providers*, 2004 SCC 45, [2004] 2 S.C.R. 427; *Canadian Broadcasting Corp. v. SODRAC 2003 Inc.*, 2015 SCC 57, [2015] 3 S.C.R. 615; *Domtar Inc. v. Quebec (Commission d'appel en matière de lésions professionnelles)*, [1993] 2 S.C.R. 756; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559; *Uber Technologies Inc. v. Heller*, 2020 SCC 16, [2020] 2 S.C.R. 118; *TELUS Communications Inc. v. Wellman*, 2019 SCC 19, [2019] 2 S.C.R. 144; *Law Society of New Brunswick v. Ryan*, 2003 SCC 20, [2003] 1 S.C.R. 247; *Construction Labour Relations v. Driver Iron Inc.*, 2012 SCC 65, [2012] 3 S.C.R. 405; *National Corn Growers Assn. v. Canada (Import Tribunal)*, [1990] 2 S.C.R. 1324; *Théberge v. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, 2002 SCC 34, [2002] 2 S.C.R. 336.

musique c. Bell Canada, 2012 CSC 36, [2012] 2 R.C.S. 326; *Université York c. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright)*, 2021 CSC 32, [2021] 2 R.C.S. 734; *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*, 2004 CSC 13, [2004] 1 R.C.S. 339; *Keatley Surveying Ltd. c. Teranet Inc.*, 2019 CSC 43, [2019] 3 R.C.S. 418; *Muzak Corp. c. Composers, Authors and Publishers Association of Canada, Ltd.*, [1953] 2 R.C.S. 182; *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*, 2002 CAF 187, [2002] 4 C.F. 213; *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Assoc. canadienne des fournisseurs Internet*, 2004 CSC 45, [2004] 2 R.C.S. 427; *Apple Computer, Inc. c. Mackintosh Computers Ltd.*, [1988] 1 C.F. 673, conf. par [1990] 2 R.C.S. 209; *SOCAN — Tarif 22 (Transmission d'œuvres musicales à des abonnés d'un service de télécommunications non visé par le tarif 16 ou le tarif 17)*, 1999 CanLII 35813; *Warman c. Fournier*, 2012 CF 803.

Citée par la juge Karakatsanis

Arrêt appliqué : *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Vavilov*, 2019 CSC 65, [2019] 4 R.C.S. 653; **arrêts examinés :** *Rogers Communications Inc. c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2012 CSC 35, [2012] 2 R.C.S. 283; *Entertainment Software Association c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2012 CSC 34, [2012] 2 R.C.S. 231; **arrêts mentionnés :** *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654; *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Assoc. canadienne des fournisseurs Internet*, 2004 CSC 45, [2004] 2 R.C.S. 427; *Société Radio-Canada c. SODRAC 2003 Inc.*, 2015 CSC 57, [2015] 3 R.C.S. 615; *Domtar Inc. c. Québec (Commission d'appel en matière de lésions professionnelles)*, [1993] 2 R.C.S. 756; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559; *Uber Technologies Inc. c. Heller*, 2020 CSC 16, [2020] 2 R.C.S. 118; *TELUS Communications Inc. c. Wellman*, 2019 CSC 19, [2019] 2 R.C.S. 144; *Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan*, 2003 CSC 20, [2003] 1 R.C.S. 247; *Construction Labour Relations c. Driver Iron Inc.*, 2012 CSC 65, [2012] 3 R.C.S. 405; *National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal des importations)*, [1990] 2 R.C.S. 1324; *Théberge c. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, 2002 CSC 34, [2002] 2 R.C.S. 336.

Statutes and Regulations Cited

Copyright Act, R.S.C. 1985, c. C-42, ss. 2.4(1.1), 3(1), 14.1, Part II, 15(1.1)(d), 18(1.1)(a), 27(1), 28.1, Part VII.1.
Copyright Act, 1921, S.C. 1921, c. 24.
Copyright Modernization Act, S.C. 2012, c. 20, summary, preamble.

Treaties and Other International Instruments

Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works, 828 U.N.T.S. 221.
WIPO Copyright Treaty, Can. T.S. 2014 No. 20, art. 8.
WIPO Performances and Phonograms Treaty, Can. T.S. 2014 No. 21.

Authors Cited

Bently, L., and B. Sherman. *Intellectual Property Law*, 4th ed. New York: Oxford University Press, 2014.
 Craig, Carys J. “Technological Neutrality: (Pre)Serving the Purposes of Copyright Law”, in Michael Geist, ed., *The Copyright Pentalogy: How the Supreme Court of Canada Shook the Foundations of Canadian Copyright Law*. Ottawa: University of Ottawa Press, 2013, 271.
 de Beer, Jeremy. “Copyright Royalty Stacking”, in Michael Geist, ed., *The Copyright Pentalogy: How the Supreme Court of Canada Shook the Foundations of Canadian Copyright Law*. Ottawa: University of Ottawa Press, 2013, 335.
 Drassinower, Abraham. “Copyright Is Not About Copying” (2012), 125 *Harv. L. Rev. F.* 108.
 Ficsor, Mihály. *The Law of Copyright and the Internet: The 1996 WIPO Treaties, their Interpretation and Implementation*. New York: Oxford University Press, 2002.
 Foong, Cheryl. *The Making Available Right: Realizing the Potential of Copyright’s Dissemination Function in the Digital Age*. Northampton, Mass.: Edward Elgar, 2019.
 Ginsburg, Jane C. “The (New?) Right of Making Available to the Public”, in Columbia Law School Public Law & Legal Theory Working Paper Group, Working Paper No. 04-78, 2004.
 Harris, Lesley Ellen. *Canadian Copyright Law*, 4th ed. Hoboken, N.J.: Wiley, 2014.
 Keller, Ryan. “Moving Toward a Balanced ‘Making Available Right’ in Canada” (2014), 27 *I.P.J.* 213.
 Makeen, Makeen Fouad. “Video streaming and the communication to the public right in the United States and European Union”, in Tanya Aplin, ed., *Research*

Lois et règlements cités

Loi de 1921 concernant le droit d’auteur, S.C. 1921, c. 24.
Loi sur la modernisation du droit d’auteur, L.C. 2012, c. 20, sommaire, préambule.
Loi sur le droit d’auteur, L.R.C. 1985, c. C-42, art. 2.4(1.1), 3(1), 14.1, partie II, 15(1.1)d, 18(1.1)a, 27(1), 28.1, partie VII.1.

Traité et autres instruments internationaux

Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques, 828 R.T.N.U. 221.
Traité de l’OMPI sur le droit d’auteur, R.T. Can. 2014 n° 20, art. 8.
Traité de l’OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes, R.T. Can. 2014 n° 21.

Doctrine et autres documents cités

Bently, L., and B. Sherman. *Intellectual Property Law*, 4th ed., New York, Oxford University Press, 2014.
 Craig, Carys J. « Technological Neutrality : (Pre)Serving the Purposes of Copyright Law », in Michael Geist, ed., *The Copyright Pentalogy : How the Supreme Court of Canada Shook the Foundations of Canadian Copyright Law*, Ottawa, University of Ottawa Press, 2013, 271.
 de Beer, Jeremy. « Copyright Royalty Stacking », in Michael Geist, ed., *The Copyright Pentalogy : How the Supreme Court of Canada Shook the Foundations of Canadian Copyright Law*, Ottawa, University of Ottawa Press, 2013, 335.
 Drassinower, Abraham. « Copyright Is Not About Copying » (2012), 125 *Harv. L. Rev. F.* 108.
 États-Unis. United States Copyright Office. *The Making Available Right in the United States : A Report of the Register of Copyrights*, Washington (D.C.), February 2016.
 Ficsor, Mihály. *The Law of Copyright and the Internet : The 1996 WIPO Treaties, their Interpretation and Implementation*, New York, Oxford University Press, 2002.
 Foong, Cheryl. *The Making Available Right : Realizing the Potential of Copyright’s Dissemination Function in the Digital Age*, Northampton (Mass.), Edward Elgar, 2019.
 Ginsburg, Jane C. « The (New?) Right of Making Available to the Public », in Columbia Law School Public Law & Legal Theory Working Paper Group, Working Paper No. 04-78, 2004.
 Harris, Lesley Ellen. *Canadian Copyright Law*, 4th ed., Hoboken (N.J.), Wiley, 2014.
 Keller, Ryan. « Moving Toward a Balanced “Making Available Right” in Canada » (2014), 27 *I.P.J.* 213.

- Handbook on Intellectual Property and Digital Technologies*. Northampton, Mass.: Edward Elgar, 2020, 246.
- McKeown, John S. *Fox on Canadian Law of Copyright and Industrial Designs*, 4th ed. Toronto: Thomson Reuters, 2022 (loose-leaf updated June 2022, release 3).
- Reinbothe, Jörg, and Silke von Lewinski. *The WIPO Treaties 1996: The WIPO Copyright Treaty and The WIPO Performances and Phonograms Treaty — Commentary and Legal Analysis*. London: Butterworths LexisNexis, 2002.
- Ricketson, Sam, and Jane C. Ginsburg. *International Copyright and Neighbouring Rights: The Berne Convention and Beyond*, vol. I, 2nd ed. New York: Oxford University Press, 2005 (2010 reprint).
- Rowe, Malcolm, and Leanna Katz. “A Practical Guide to *Stare Decisis*” (2020), 41 *Windsor Rev. Legal Soc. Issues* 1.
- Sookman, Barry B. *Sookman: Computer, Internet and Electronic Commerce Law*. Toronto: Thomson Reuters, 2022 (loose-leaf updated June 2022, release 2).
- Sookman, Barry, Steven Mason and Carys Craig. *Copyright: Cases and Commentary on the Canadian and International Law*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 2013.
- Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2014.
- United States. United States Copyright Office. *The Making Available Right in the United States: A Report of the Register of Copyrights*. Washington, D.C., February 2016.
- Vaver, David. *Intellectual Property Law: Copyright, Patents, Trade-marks*, 2nd ed. Toronto: Irwin Law, 2011.
- World Intellectual Property Organization. Diplomatic Conference on Certain Copyright and Neighboring Rights Questions. *Basic Proposal for the Substantive Provisions of the Treaty on Certain Questions Concerning the Protection of Literary and Artistic Works to be Considered by the Diplomatic Conference*, Doc. CRNR/DC/4, August 30, 1996.
- Makeen, Makeen Fouad. « Video streaming and the communication to the public right in the United States and European Union », in Tanya Aplin, ed., *Research Handbook on Intellectual Property and Digital Technologies*, Northampton (Mass.), Edward Elgar, 2020, 246.
- McKeown, John S. *Fox on Canadian Law of Copyright and Industrial Designs*, 4th ed., Toronto, Thomson Reuters, 2022 (loose-leaf updated June 2022, release 3).
- Organisation mondiale de la propriété intellectuelle. Conférence diplomatique sur certaines questions de droit d’auteur et de droits voisins. *Proposition de base concernant les dispositions de fond du Traité sur certaines questions relatives à la protection des œuvres littéraires et artistiques soumise à l’examen de la Conférence diplomatique*, Doc. CRNR/DC/4, 30 août 1996.
- Reinbothe, Jörg, and Silke von Lewinski. *The WIPO Treaties 1996 : The WIPO Copyright Treaty and The WIPO Performances and Phonograms Treaty — Commentary and Legal Analysis*, London, Butterworths LexisNexis, 2002.
- Ricketson, Sam, and Jane C. Ginsburg. *International Copyright and Neighbouring Rights : The Berne Convention and Beyond*, vol. I, 2nd ed., New York, Oxford University Press, 2005 (2010 reprint).
- Rowe, Malcolm, and Leanna Katz. « A Practical Guide to *Stare Decisis* » (2020), 41 *Windsor Rev. Legal Soc. Issues* 1.
- Sookman, Barry B. *Sookman : Computer, Internet and Electronic Commerce Law*, Toronto, Thomson Reuters, 2022 (loose-leaf updated June 2022, release 2).
- Sookman, Barry, Steven Mason and Carys Craig. *Copyright : Cases and Commentary on the Canadian and International Law*, 2nd ed., Toronto, Carswell, 2013.
- Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6th ed., Markham (Ont.), LexisNexis, 2014.
- Vaver, David. *Intellectual Property Law : Copyright, Patents, Trade-marks*, 2nd ed., Toronto, Irwin Law, 2011.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (Pelletier, Stratas and Near JJ.A.), 2020 FCA 100, [2021] 1 F.C.R. 374, [2020] F.C.J. No. 671 (QL), 2020 CarswellNat 1745 (WL), setting aside a decision of the Copyright Board of Canada, 2017 CanLII 152886, [2017] C.B.D. No. 11 (QL), 2017 CarswellNat 4235 (WL). Appeal dismissed.

Casey M. Chisick, D. Lynne Watt, Matthew S. Estabrooks and Eric Mayzel, for the appellant the Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel fédérale (les juges Pelletier, Stratas et Near), 2020 CAF 100, [2021] 1 R.C.F. 374, [2020] A.C.F. n° 671 (QL), 2020 CarswellNat 6415 (WL), qui a annulé une décision de la Commission du droit d’auteur du Canada, 2017 CanLII 152886, [2017] D.C.D.A. n° 11 (QL), 2017 CarswellNat 4236 (WL). Pourvoi rejeté.

Casey M. Chisick, D. Lynne Watt, Matthew S. Estabrooks et Eric Mayzel, pour l’appelante la Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique.

Barry B. Sookman, Daniel G. C. Glover and Connor Bildfell, for the appellant Music Canada.

Gerald (Jay) Kerr-Wilson, Michael Shortt and Stacey Smydo, for the respondents the Entertainment Software Association, the Entertainment Software Association of Canada, Bell Canada, Quebecor Media Inc., Rogers Communications Inc. and Shaw Communications.

Julie Rosenthal and Michael Koch, for the respondents Apple Inc. and Apple Canada Inc.

David W. Kent and Jonathan O’Hara, for the respondent Pandora Media Inc.

David Fewer, for the intervener the Samuelson-Glushko Canadian Internet Policy and Public Interest Clinic.

Jessica Zagar, for the interveners the Canadian Music Publishers Association carrying on business as “Music Publishers Canada” and the Professional Music Publishers Association.

Kim Paula Nayyer and Robert Janes, Q.C., for the interveners the Canadian Association of Law Libraries and the Library Futures Institute.

Sana Halwani and Andrew Moeser, for the intervener Ariel Katz.

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

ROWE J. —

I. Overview

[1] Does the *Copyright Act*, R.S.C. 1985, c. C-42, require that users pay two royalties to access works online, even though accessing the same work offline requires paying only one royalty?

Barry B. Sookman, Daniel G. C. Glover et Connor Bildfell, pour l’appelante Music Canada.

Gerald (Jay) Kerr-Wilson, Michael Shortt et Stacey Smydo, pour les intimées Entertainment Software Association, l’Association canadienne du logiciel de divertissement, Bell Canada, Québecor Média Inc., Rogers Communications Inc. et Shaw Communications.

Julie Rosenthal et Michael Koch, pour les intimées Apple Inc. et Apple Canada Inc.

David W. Kent et Jonathan O’Hara, pour l’intimée Pandora Media Inc.

David Fewer, pour l’intervenante la Clinique d’intérêt public et de politique d’internet du Canada Samuelson-Glushko.

Jessica Zagar, pour les intervenants les Éditeurs de musique au Canada et l’Association des professionnels de l’édition musicale.

Kim Paula Nayyer et Robert Janes, c.r., pour les intervenantes l’Association canadienne des bibliothèques de droit et Library Futures Institute.

Sana Halwani et Andrew Moeser, pour l’intervenant Ariel Katz.

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

LE JUGE ROWE —

I. Survol

[1] La *Loi sur le droit d’auteur*, L.R.C. 1985, c. C-42, exige-t-elle que les utilisateurs paient deux redevances pour avoir accès à une œuvre en ligne, même s’ils ne doivent payer qu’une seule redevance pour accéder à cette même œuvre hors ligne?

[2] The answer to this question depends on the correct interpretation of s. 2.4(1.1) of the *Copyright Act*. Section 2.4(1.1) modifies the definition of s. 3(1)(f) by holding a work is *communicated* to the public as soon as it is made available in a way “that allows a member of the public to have access to it from a place and at a time individually chosen by that member of the public”. The Copyright Board of Canada concluded that s. 2.4(1.1) deems the act of making works available to be a separately protected and compensable activity. In practical terms, this meant that users needed to pay two royalties to access works online — a royalty for “making works available” and an additional royalty when the work was actually downloaded or streamed. The Board reasoned that this was the only interpretation that would fulfill Canada’s obligations under art. 8 of the 1996 *WIPO Copyright Treaty*, Can. T.S. 2014 No. 20, which requires that member countries give authors the exclusive right to control the act of making works available.

[3] The Federal Court of Appeal overturned the Board’s decision. It concluded that the Board focused too much on art. 8’s meaning, rather than s. 2.4(1.1)’s meaning. Had it properly interpreted s. 2.4(1.1), the Board would have seen that Parliament did not intend to subject downloads and streams to two royalties.

[4] The appellants, the Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada (“SOCAN”) and Music Canada, ask that this Court overturn the Court of Appeal’s decision and adopt the Board’s interpretation of s. 2.4(1.1).

[5] I cannot agree with the Board’s interpretation of s. 2.4(1.1). The *Copyright Act* does not exist solely for the benefit of authors. Its overarching purpose is to balance authors’ and users’ rights by securing just rewards for authors while facilitating public access to works. When this balance is achieved, society is enriched. Authors are encouraged to produce more

[2] La réponse à cette question dépend de l’interprétation correcte du par. 2.4(1.1) de la *Loi sur le droit d’auteur*. Le paragraphe 2.4(1.1) modifie la définition de l’al. 3(1)f en précisant qu’une œuvre est *communiquée* au public dès qu’elle est mise à leur disposition de manière « que chacun puisse y avoir accès de l’endroit et au moment qu’il choisit individuellement ». La Commission du droit d’auteur du Canada a conclu que le par. 2.4(1.1) désigne le fait de mettre une œuvre à la disposition du public comme une activité distincte protégée et justifiant rémunération. En pratique, cela signifiait que les utilisateurs devaient désormais payer deux redevances pour accéder à des œuvres en ligne — une redevance pour « la mise à la disposition du public des œuvres » et une autre lorsque l’œuvre était téléchargée ou diffusée en continu. La Commission a conclu qu’il s’agissait de la seule interprétation permettant au Canada de s’acquitter des obligations que lui impose l’art. 8 du *Traité de l’OMPI sur le droit d’auteur*, R.T. Can. 2014 n° 20, de 1996, qui exige que les États membres confèrent aux auteurs le droit exclusif de contrôler l’acte de mise à la disposition d’œuvres.

[3] La Cour d’appel fédérale a infirmé la décision de la Commission. Elle a conclu que la Commission s’était trop attardée au sens de l’art. 8 et pas suffisamment au sens du par. 2.4(1.1). Si elle avait interprété correctement le par. 2.4(1.1), la Commission aurait constaté que le Parlement ne voulait pas assujettir les téléchargements et les diffusions en continu à deux redevances.

[4] Les appelantes, la Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique (« SOCAN ») et Music Canada, demandent à notre Cour d’infirmar la décision de la Cour d’appel et d’adopter l’interprétation qu’a donnée la Commission au par. 2.4(1.1).

[5] Je ne saurais souscrire à l’interprétation donnée au par. 2.4(1.1) par la Commission. La *Loi sur le droit d’auteur* n’existe pas exclusivement au profit des auteurs. Son objectif général est de mettre en équilibre les droits des auteurs et ceux des utilisateurs en garantissant une juste rétribution aux auteurs tout en facilitant l’accès du public aux œuvres. L’atteinte

works, and users gain access to works which they can use to inspire their own original artistic and intellectual creations.

[6] The principle of technological neutrality helps the *Copyright Act* balance the rights of authors and users. This principle holds that, absent parliamentary intent to the contrary, the *Copyright Act* should not be interpreted so as to favour or discriminate against any form of technology. It protects authors and users by ensuring that works attract the same rights and give rise to the same royalties regardless of the technological means used to distribute the works.

[7] The Board's interpretation departs from the principle of technological neutrality. It requires that users pay additional royalties to access works online. Requiring that users pay additional royalties based on the mode of the work's distribution violates the principle of technological neutrality and shifts the balance between users' and authors' rights that has underpinned the *Copyright Act* for decades decisively in favour of authors.

[8] The Board's interpretation is not required by art. 8 of the *WIPO Copyright Treaty*. The Board's interpretation of s. 2.4(1.1) would fulfill Canada's obligations under art. 8. But other interpretations of s. 2.4(1.1) that are more consistent with its text, context, and purpose also conform to art. 8. In my view, s. 2.4(1.1) clarifies two things: (1) s. 3(1)(f) applies to on-demand technologies, and (2) a work is performed as soon as it is made available for online streaming. This interpretation of s. 2.4(1.1) is technologically neutral and allows Canada to fulfill its obligations under art. 8 through a combination of the performance, reproduction, and authorization rights in s. 3(1). If a work is streamed or made available for on-demand streaming, the author's performance right is engaged. If a work is downloaded, the author's reproduction right is engaged. If a work is

de cet équilibre bénéficie à la société. Les auteurs sont encouragés à produire plus d'œuvres, et les utilisateurs ont accès à des œuvres dont ils peuvent s'inspirer pour réaliser leurs propres créations artistiques et intellectuelles originales.

[6] Le principe de la neutralité technologique contribue à l'atteinte, par la *Loi sur le droit d'auteur*, de cet équilibre entre les droits des auteurs et ceux des utilisateurs. Suivant ce principe, en l'absence d'une intention contraire du Parlement, la *Loi sur le droit d'auteur* ne devrait pas être interprétée de manière à favoriser ou à défavoriser une forme de technologie en particulier. Elle protège les auteurs et les utilisateurs en veillant à ce que les œuvres fassent intervenir les mêmes droits et donnent droit aux mêmes redevances, peu importe le moyen technologique utilisé pour mettre les œuvres en circulation.

[7] L'interprétation de la Commission s'écarte du principe de la neutralité technologique. Elle exige que les utilisateurs versent des redevances additionnelles pour accéder à des œuvres en ligne. Exiger que les utilisateurs paient des redevances additionnelles en fonction du mode de circulation de l'œuvre viole le principe de la neutralité technologique et rompt l'équilibre entre les droits des utilisateurs et ceux des auteurs qui sous-tend la *Loi sur le droit d'auteur* depuis des décennies, faisant nettement pencher la balance en faveur des auteurs.

[8] L'interprétation de la Commission n'est pas requise par l'art. 8 du *Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur*. Quoique l'interprétation que donne la Commission au par. 2.4(1.1) permettrait au Canada de s'acquitter des obligations que lui impose l'art. 8, d'autres interprétations du par. 2.4(1.1) s'accordent davantage avec son texte, son contexte et son objet, et sont également conformes à l'art. 8. À mon avis, le par. 2.4(1.1) vient éclaircir deux points : (1) l'al. 3(1)(f) s'applique aux technologies sur demande et (2) la représentation d'une œuvre commence dès qu'elle est mise à la disposition du public pour diffusion en continu. Cette interprétation du par. 2.4(1.1) est neutre d'un point de vue technologique et permet au Canada de s'acquitter des obligations que lui impose l'art. 8 grâce à une combinaison des droits d'exécution, de reproduction et d'autorisation visés au par. 3(1). Si

made available for downloading, the author's right to authorize reproductions is engaged. There are no gaps in protection.

[9] As this interpretation of s. 2.4(1.1) is more consistent with its text, context, and purpose, I would adopt it over the Board's. If a work is downloaded or made available for downloading, s. 3(1)(f) is not engaged. If a work is made available for streaming and later streamed, s. 3(1)(f) is only engaged once. It follows that I would dismiss the appeal.

II. Facts

[10] In 1997, Canada signed the *WIPO Copyright Treaty*. The *WIPO Copyright Treaty* is one of two treaties negotiated in 1996 for the purpose of adapting international copyright rules to new and emerging technologies.

[11] The *WIPO Copyright Treaty* sets out a number of protections that member countries are to provide to authors. Of relevance to this appeal is art. 8, which provides that,

[w]ithout prejudice to the provisions of Articles 11(1)(ii), 11^{bis}(1)(i) and (ii), 11^{ter}(1)(ii), 14(1)(ii) and 14^{bis}(1) of the Berne Convention, authors of literary and artistic works shall enjoy the exclusive right of authorizing any communication to the public of their works, by wire or wireless means, including the making available to the public of their works in such a way that members of the public may access these works from a place and at a time individually chosen by them.

[12] In 2012, the *Copyright Modernization Act*, S.C. 2012, c. 20 ("CMA"), amended the *Copyright Act*. Among other changes, the CMA introduced three "making available" provisions: ss. 2.4(1.1), 15(1.1)(d), and 18(1.1)(a). Sections 15(1.1)(d) and 18(1.1)(a) apply to performances and sound recordings and are

une œuvre est diffusée en continu ou mise à la disposition du public pour diffusion sur demande, le droit d'exécution de l'auteur entre en jeu. Si une œuvre est téléchargée, le droit de reproduction de l'auteur entre en jeu. Si une œuvre est mise à la disposition du public pour téléchargement, le droit de l'auteur d'autoriser les reproductions entre en jeu. La protection ne souffre d'aucune lacune.

[9] Comme cette interprétation du par. 2.4(1.1) est davantage compatible avec son texte, son contexte et son objet, c'est celle qui doit être retenue, plutôt que celle de la Commission. Si une œuvre est téléchargée ou mise à la disposition du public pour téléchargement, l'al. 3(1)(f) ne s'applique pas. Si une œuvre est mise à la disposition du public pour diffusion en continu, puis diffusée en continu ultérieurement, l'al. 3(1)(f) ne s'applique qu'une fois. Par conséquent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

II. Les faits

[10] En 1997, le Canada a signé le *Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur*. Cet instrument est l'un des deux traités négociés en 1996 afin d'adapter les règles internationales en matière de droit d'auteur aux technologies nouvelles et émergentes.

[11] Le *Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur* énumère diverses protections que les États membres doivent offrir aux auteurs. L'article 8, reproduit ci-dessous, est pertinent pour le présent pourvoi :

Sans préjudice des dispositions des articles 11.1)2^o, 11^{bis}.1)1^o) et 2^o), 11^{ter}.1)2^o), 14.1)2^o) et 14^{bis}.1) de la Convention de Berne, les auteurs d'œuvres littéraires et artistiques jouissent du droit exclusif d'autoriser toute communication au public de leurs œuvres par fil ou sans fil, y compris la mise à la disposition du public de leurs œuvres de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit de manière individualisée.

[12] En 2012, la *Loi sur la modernisation du droit d'auteur*, L.C. 2012, c. 20 (« LMDA »), a modifié la *Loi sur le droit d'auteur*. La LMDA a notamment introduit trois dispositions relatives à la « mise à la disposition » : le par. 2.4(1.1) et les al. 15(1.1)d) et 18(1.1)a). Les alinéas 15(1.1)d) et 18(1.1)a) s'appliquent aux

not at issue in this appeal.¹ Section 2.4(1.1) applies to original works. It amends s. 3(1)(f) — which gives authors the right to “communicate the work to the public by telecommunication” — by clarifying that,

[f]or the purposes of [the *Copyright Act*], communication of a work or other subject-matter to the public by telecommunication includes making it available to the public by telecommunication in a way that allows a member of the public to have access to it from a place and at a time individually chosen by that member of the public.

[13] Shortly after the *CMA* received royal assent, but before it came into force, this Court released two important decisions on the scope of s. 3(1)(f): *Entertainment Software Association v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, 2012 SCC 34, [2012] 2 S.C.R. 231 (“*ESA*”), and *Rogers Communications Inc. v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, 2012 SCC 35, [2012] 2 S.C.R. 283. *ESA* held that the transmission of a musical work over the Internet that results in a download is not a communication by telecommunication under s. 3(1)(f). *Rogers* concluded that on-demand streams were captured by s. 3(1)(f).

[14] After *ESA* and *Rogers* were released and after the *CMA* came into force, the Board received submissions on the meaning of s. 2.4(1.1). SOCAN, which administers the s. 3(1)(f) right to “communicate” musical works on behalf of copyright owners, submitted that s. 2.4(1.1) requires that users pay tariffs² (i.e., royalties) when they post works on the

prestations et aux enregistrements sonores et ne sont pas en cause dans le présent pourvoi¹. Le paragraphe 2.4(1.1) s’applique aux œuvres originales. Il clarifie l’al. 3(1)(f), qui confère aux auteurs le droit de « communiquer au public, par télécommunication, une œuvre », en précisant ce qui suit :

Pour l’application de la [*Loi sur le droit d’auteur*], constitue notamment une communication au public par télécommunication le fait de mettre à la disposition du public par télécommunication une œuvre ou un autre objet du droit d’auteur de manière que chacun puisse y avoir accès de l’endroit et au moment qu’il choisit individuellement.

[13] Peu après que la *LMDA* a reçu la sanction royale, mais avant son entrée en vigueur, notre Cour a rendu deux décisions importantes sur la portée de l’al. 3(1)(f) : *Entertainment Software Association c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2012 CSC 34, [2012] 2 R.C.S. 231 (« *ESA* »), et *Rogers Communications Inc. c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2012 CSC 35, [2012] 2 R.C.S. 283. Dans l’arrêt *ESA*, la Cour a conclu que la transmission d’une œuvre musicale sur Internet qui entraîne son téléchargement n’équivaut pas à une communication par télécommunication au sens de l’al. 3(1)(f). Dans l’arrêt *Rogers*, la Cour a conclu que les diffusions en continu sur demande étaient visées par l’al. 3(1)(f).

[14] Après le prononcé des arrêts *ESA* et *Rogers* ainsi que l’entrée en vigueur de la *LMDA*, la Commission a reçu des observations sur le sens du par. 2.4(1.1). La SOCAN, qui gère le droit conféré par l’al. 3(1)(f) de « communiquer » des œuvres musicales pour le compte des titulaires du droit d’auteur, a soutenu que le par. 2.4(1.1) oblige les utilisateurs à payer des tarifs²

¹ Sound recorders and performers are not entitled to traditional copyright protection because they are not “authors”. They do not do anything “original” and they do not produce a “work”. Sound recorders record a work and performers interpret or execute works. Nevertheless, the *Copyright Act* protects these efforts in Part II: D. Vaver, *Intellectual Property Law: Copyright, Patents, Trade-marks* (2nd ed. 2011), at pp. 63, 97-98 and 109-10. The rights provided to sound recorders and performers differ in justification and practice from the rights provided to authors in s. 3(1) of the *Copyright Act*.

² A tariff is a rate set by the Board which determines the licence fees payable to collective societies like SOCAN for the use

¹ Les producteurs d’enregistrements sonores et les interprètes n’ont pas droit à la protection du droit d’auteur habituelle, car ils ne sont pas des « auteurs ». Ils ne créent rien d’« original » et ne produisent pas une « œuvre ». Les producteurs d’enregistrements sonores enregistrent une œuvre et les interprètes interprètent ou exécutent une œuvre. Néanmoins, la *Loi sur le droit d’auteur* protège ces activités dans la partie II : D. Vaver, *Intellectual Property Law : Copyright, Patents, Trade-marks* (2^e éd. 2011), p. 63, 97-98 et 109-110. Les droits conférés aux producteurs d’enregistrements sonores et aux interprètes diffèrent du point de vue de la justification et de la pratique des droits conférés aux auteurs par le par. 3(1) de la *Loi sur le droit d’auteur*.

² Le tarif est un montant fixé par la Commission qui détermine les droits de licence payables aux sociétés de gestion comme

Internet in a way that allows the public to access the work. These royalties would be payable irrespective of whether the works are subsequently transmitted to a member of the public by way of download, stream, or not at all.

III. Decisions Below

A. *Copyright Board of Canada, 2017 CanLII 152886*

[15] The Board accepted SOCAN’s position. It reasoned that s. 2.4(1.1) deems making a work available to be a “communication” to the public regardless of whether any subsequent transmission occurs and regardless of whether a subsequent transmission is a download or a stream. This meant that two royalties would be payable when a work is distributed online: (1) when it is made available online and (2) when the work is actually streamed or downloaded. The Board’s reasoning relied heavily on art. 8 of the *WIPO Copyright Treaty*, which it read as requiring that member countries provide a separate and compensable protection for the act of “making a work available”.

B. *Federal Court of Appeal, 2020 FCA 100, [2021] 1 F.C.R. 374 (Pelletier, Stratas and Near J.J.A.)*

[16] The Federal Court of Appeal held that the Board’s decision was unreasonable. Regarding the standard of review, the Court of Appeal noted that the jurisprudence prior to *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov*, 2019 SCC 65, [2019] 4 S.C.R. 653, required reviewing the Board’s interpretation of s. 2.4(1.1) on a standard of correctness. However, after *Vavilov*, this jurisprudence was uncertain. While the Court of Appeal identified strong reasons for reviewing the Board’s decision on

of works. Collective societies like SOCAN collect the tariffs and give the resulting royalties to rights holders: see Part VII.1 of the *Copyright Act*; *Re: Sound v. Canadian Association of Broadcasters*, 2017 FCA 138, 20 Admin. L.R. (6th) 179, at paras. 9-16.

(c.-à-d. des redevances) lorsqu’ils publient une œuvre sur Internet de manière à ce que le public puisse y avoir accès. Ces redevances seraient payables peu importe que l’œuvre soit par la suite transmise à un membre du public au moyen de téléchargements ou de diffusions en continu, ou qu’elle ne soit pas transmise du tout.

III. Les décisions des juridictions inférieures

A. *Commission du droit d’auteur du Canada, 2017 CanLII 152886*

[15] La Commission a accepté la thèse de la SOCAN. Elle a conclu que, selon le par. 2.4(1.1), le fait de mettre une œuvre à la disposition du public demeure une « communication » au public peu importe s’il y a une transmission subséquente et si la transmission subséquente est un téléchargement ou une diffusion en continu. Cela voulait dire qu’il faudrait payer deux redevances lorsqu’une œuvre est mise en circulation en ligne : (1) lorsqu’elle est mise à la disposition du public en ligne et (2) lorsqu’elle est diffusée en continu ou téléchargée. Le raisonnement de la Commission reposait en grande partie sur l’art. 8 du *Traité de l’OMPI sur le droit d’auteur* qui, suivant son interprétation, exige que les États membres offrent une protection distincte et justifiant rémunération à l’égard de l’acte de « mise à la disposition d’une œuvre ».

B. *Cour d’appel fédérale, 2020 CAF 100, [2021] 1 R.C.F. 374 (les juges Pelletier, Stratas et Near)*

[16] La Cour d’appel fédérale a conclu que la décision de la Commission était déraisonnable. En ce qui concerne la norme de contrôle, la Cour d’appel a fait remarquer que, d’après la jurisprudence antérieure à l’arrêt *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) c. Vavilov*, 2019 CSC 65, [2019] 4 R.C.S. 653, l’interprétation donnée au par. 2.4(1.1) par la Commission devait être contrôlée en fonction de la norme de la décision correcte. Toutefois, après *Vavilov*, cette jurisprudence était devenue incertaine.

la SOCAN pour l’utilisation d’œuvres. Les sociétés de gestion comme la SOCAN perçoivent les tarifs et donnent les redevances qui en découlent aux titulaires des droits : voir la partie VII.1 de la *Loi sur le droit d’auteur*; *Re: Sonne c. Association canadienne des radiodiffuseurs*, 2017 CAF 138, par. 9-16 (CanLII).

a standard of correctness, it applied the standard of reasonableness because it had not received submissions on the issue.

[17] The Court of Appeal concluded that the Board placed too much weight on art. 8 when interpreting s. 2.4(1.1). Rather than focusing on what art. 8 means, the Board should have focused on what s. 2.4(1.1) means. Had it done so, the Board would have seen that Parliament did not intend to create a new compensable making available right.

[18] While the Court of Appeal rejected the Board’s interpretation of s. 2.4(1.1), it did not explain what s. 2.4(1.1) means — it simply rejected the Board’s interpretation of s. 2.4(1.1) and quashed the Board’s decision.

IV. Parties’ Positions

A. *Appellants*

[19] The appellants ask this Court to affirm the Board’s interpretation of s. 2.4(1.1). They argue that the Board correctly concluded that s. 2.4(1.1) deems the act of making works available to be a “communication” under s. 3(1)(f). A royalty is therefore payable whenever a work is made available for downloading or streaming. If the work is later downloaded, another reproduction royalty is payable. If the work is later streamed, another performance royalty is payable.

B. *Respondents*

[20] The respondents ask this Court to reject the Board’s interpretation of s. 2.4(1.1). They argue that s. 2.4(1.1) does not require that users pay two royalties to download or stream works. If a work is downloaded, only a single reproduction royalty is payable. If a work is streamed, only a single performance royalty is payable. Correctly interpreted, s. 2.4(1.1)

Bien que la Cour d’appel ait relevé de bonnes raisons de contrôler la décision de la Commission selon la norme de la décision correcte, elle a appliqué la norme de la décision raisonnable, puisqu’elle n’avait reçu aucune observation des parties sur la question.

[17] La Cour d’appel a conclu que la Commission avait accordé trop de poids à l’art. 8 dans son interprétation du par. 2.4(1.1). Plutôt que de s’attarder au sens de l’art. 8, la Commission aurait dû se concentrer sur le sens du par. 2.4(1.1). Si elle l’avait fait, elle aurait constaté que le Parlement ne souhaitait pas créer un nouveau droit de mise à la disposition justifiant rémunération.

[18] Bien qu’elle ait rejeté l’interprétation donnée au par. 2.4(1.1) par la Commission, la Cour d’appel n’a pas expliqué le sens du par. 2.4(1.1) — elle a simplement rejeté l’interprétation de la Commission et annulé sa décision.

IV. Les positions des parties

A. *Les appelantes*

[19] Les appelantes demandent à notre Cour de confirmer l’interprétation donnée au par. 2.4(1.1) par la Commission. D’après elles, la Commission a conclu à juste titre que, suivant le par. 2.4(1.1), le fait de mettre une œuvre à la disposition du public équivaut à une « communication » au sens de l’al. 3(1)(f). Une redevance doit donc être versée chaque fois qu’une œuvre est mise à la disposition du public pour téléchargement ou diffusion en continu. Si l’œuvre est subséquentement téléchargée, une autre redevance de reproduction doit être payée. Si l’œuvre est subséquentement diffusée en continu, une autre redevance d’exécution doit être payée.

B. *Les intimées*

[20] Les intimées demandent à notre Cour de rejeter l’interprétation du par. 2.4(1.1) faite par la Commission. Elles soutiennent que le par. 2.4(1.1) n’exige pas que les utilisateurs paient deux redevances pour le téléchargement d’une œuvre ou sa diffusion en continu. Si une œuvre est téléchargée, seule une redevance de reproduction doit être payée. Si une

simply clarifies that a work is “performed” as soon as it is “made available” for on-demand streaming. At that point, a royalty is payable. If the work is later streamed by a user, no additional royalty is payable because the stream is part of one continuous act of performance that began when the work was “made available” for streaming.

V. Issues

[21] This appeal raises three issues:

- (a) What is the appropriate standard of review?
- (b) What role does the *WIPO Copyright Treaty* play in the interpretation of s. 2.4(1.1)?
- (c) Does s. 2.4(1.1) entitle authors to an additional “making available” royalty?

VI. Analysis

A. *Issue 1: What Is the Appropriate Standard of Review?*

- (1) Prior Jurisprudence Needs to Be Reconsidered in Light of *Vavilov*

[22] Prior to *Vavilov*, the Board’s decisions on the scope of rights in the *Copyright Act* were reviewed on the standard of correctness: see, for example, *Rogers*, at paras. 10-20; *Canadian Broadcasting Corp. v. SODRAC 2003 Inc.*, 2015 SCC 57, [2015] 3 S.C.R. 615 (“*CBC*”), at para. 35.

[23] These pre-*Vavilov* cases held that correctness was appropriate because the Board and courts have concurrent first instance jurisdiction over some aspects of the *Copyright Act*. In infringement actions, the scope of rights under the Act is routinely brought before courts for interpretation. Similarly, the Board may need to decide the scope of rights in the Act in order to set tariffs, as occurred in this case: *Rogers*,

œuvre est diffusée en continu, seule une redevance d’exécution doit être payée. Interprété correctement, le par. 2.4(1.1) précise simplement qu’une œuvre est « exécutée » dès qu’elle est « mise à la disposition » du public pour diffusion en continu sur demande. Une redevance doit être payée à ce moment-là. Si l’œuvre est ensuite diffusée en continu par un utilisateur, aucune redevance additionnelle ne doit être payée, car la diffusion en continu s’inscrit dans un acte d’exécution continu qui commence lorsque l’œuvre est « mise à la disposition » du public pour diffusion en continu.

V. Les questions en litige

[21] Le présent pourvoi soulève trois questions :

- a) Quelle est la norme de contrôle applicable?
- b) Quel rôle joue le *Traité de l’OMPI sur le droit d’auteur* dans l’interprétation du par. 2.4(1.1)?
- c) Le paragraphe 2.4(1.1) donne-t-il aux auteurs droit à une redevance de « mise à la disposition » additionnelle?

VI. Analyse

A. *Première question : Quelle est la norme de contrôle applicable?*

- (1) La jurisprudence antérieure doit être réexaminée à la lumière de *Vavilov*

[22] Avant l’arrêt *Vavilov*, les décisions de la Commission sur la portée des droits conférés par la *Loi sur le droit d’auteur* étaient assujetties à la norme de la décision correcte : voir, p. ex., *Rogers*, par. 10-20; *Société Radio-Canada c. SODRAC 2003 Inc.*, 2015 CSC 57, [2015] 3 R.C.S. 615 (« *SRC* »), par. 35.

[23] Dans ces arrêts antérieurs à *Vavilov*, notre Cour a conclu que la norme de la décision correcte était appropriée, car la Commission et les cours de justice ont compétence concurrente en première instance sur certains aspects de la *Loi sur le droit d’auteur*. Dans des actions en violation du droit d’auteur, la portée des droits conférés par la Loi est couramment soumise à l’interprétation des tribunaux. De même,

at paras. 12-13. Given this shared jurisdiction, the pre-*Vavilov* cases concluded that correctness was appropriate because it minimized the risk of conflicting statutory interpretations and gave effect to legislative intent: *Rogers*, at paras. 12-15; *CBC*, at para. 35.

[24] In *Vavilov*, this Court reconsidered its standard of review jurisprudence. It simplified the law by holding that courts should review administrative decisions on a standard of reasonableness except when doing so would undermine legislative intent or the rule of law: paras. 17 and 69.

[25] *Vavilov* overtook the prior jurisprudence: para. 143. Cases from this Court applying a correctness standard to the Board's decisions therefore need to be reconsidered in light of *Vavilov*.

(2) Concurrent First Instance Jurisdiction Should Be Recognized as a Sixth Category of Correctness

[26] *Vavilov* recognized five categories for correctness review: legislated standards of review, statutory appeal mechanisms, constitutional questions, general questions of law of central importance to the legal system as a whole, and questions related to the jurisdictional boundaries between two or more administrative bodies (paras. 17 and 69). None of these categories justifies applying a correctness standard of review to situations of concurrent administrative and court first instance jurisdiction.

[27] Nevertheless, I would apply a correctness standard of review to the Board's decision. *Vavilov* did not "definitively foreclose the possibility that

la Commission pourrait devoir se prononcer sur la portée des droits conférés par la Loi pour fixer des tarifs, comme cela s'est produit en l'espèce : *Rogers*, par. 12-13. Compte tenu de cette compétence partagée, la Cour a conclu dans sa jurisprudence antérieure à *Vavilov* que la norme de la décision correcte était appropriée, puisque cette norme réduisait le risque d'interprétations législatives contradictoires et respectait l'intention du législateur : *Rogers*, par. 12-15; *SRC*, par. 35.

[24] Dans *Vavilov*, notre Cour a réexaminé sa jurisprudence en matière de norme de contrôle. Elle a simplifié le droit en statuant que les cours de justice devraient procéder au contrôle des décisions administratives selon la norme de la décision raisonnable, sauf lorsque cela dénaturerait l'intention du législateur ou minerait la primauté du droit : par. 17 et 69.

[25] L'arrêt *Vavilov* a renversé la jurisprudence antérieure : par. 143. Par conséquent, les arrêts dans lesquels notre Cour a appliqué la norme de la décision correcte aux décisions de la Commission doivent être réexaminés à la lumière de l'arrêt *Vavilov*.

(2) La compétence concurrente en première instance devrait être reconnue comme une sixième catégorie de questions appelant la norme de la décision correcte

[26] L'arrêt *Vavilov* a reconnu cinq catégories de questions appelant la norme de la décision correcte : les normes de contrôle établies par voie législative, les mécanismes d'appel prévus par la loi, les questions constitutionnelles, les questions de droit générales d'importance capitale pour le système juridique dans son ensemble, ainsi que les questions liées aux délimitations des compétences respectives d'organismes administratifs (par. 17 et 69). Aucune de ces catégories ne justifie d'appliquer la norme de la décision correcte aux situations où les tribunaux administratifs et les cours de justice ont compétence concurrente en première instance.

[27] Néanmoins, j'appliquerais la norme de la décision correcte à la décision de la Commission. L'arrêt *Vavilov* n'a pas « ferm[é] [. . .] définitivement

another category could be recognized as requiring a derogation from the presumption of reasonableness review”: *Vavilov*, at para. 70. In rare and exceptional circumstances, new correctness categories can be recognized when applying reasonableness would undermine legislative intent or the rule of law in a manner analogous to the five correctness categories discussed in *Vavilov* at paras. 23 and 70.

[28] This is one of those rare and exceptional circumstances where it is appropriate to recognize a new category of correctness review: when courts and administrative bodies have concurrent first instance jurisdiction over a legal issue in a statute. Applying correctness to these issues accords with legislative intent and promotes the rule of law.

(a) *Legislative Intent*

[29] Reasonableness is the standard of review that, in most instances, gives best effect to legislative intent. When the legislature has granted exclusive jurisdiction to an administrative decision maker, courts presume that the legislature wanted that decision maker to operate without undue judicial interference: *Vavilov*, at para. 24.

[30] When the legislature expressly involves the court in the administrative scheme, this presumption no longer applies. That is why legislated standards of review and statutory appeal mechanisms give rise to a correctness standard of review. Such statutory features indicate legislative intent for judicial involvement and a desire to subject those decisions to appellate standards of review: *Vavilov*, at para. 36.

[31] When the legislature enacts a statute that gives concurrent first instance jurisdiction to courts and administrative bodies, the legislature expressly

la porte à la possibilité qu’une autre catégorie puisse [. . .] être reconnue comme appelant une dérogation à la présomption de contrôle selon la norme de la décision raisonnable » : *Vavilov*, par. 70. Dans des circonstances rares et exceptionnelles, de nouvelles catégories de questions appelant la norme de la décision correcte peuvent être reconnues lorsqu’appliquer la norme de la décision raisonnable dénaturerait l’intention du législateur ou ébranlerait la primauté du droit d’une façon analogue aux cinq catégories de questions analysées dans *Vavilov*, par. 23 et 70.

[28] Nous sommes en présence en l’espèce de l’une de ces circonstances rares et exceptionnelles où il convient de reconnaître une nouvelle catégorie de questions appelant la norme de la décision correcte : lorsque les cours de justice et les organismes administratifs ont compétence concurrente en première instance sur une question de droit dans une loi. Appliquer la norme de la décision correcte à ces questions concorde avec l’intention du législateur et favorise la primauté du droit.

a) *L’intention du législateur*

[29] La norme de la décision raisonnable est généralement celle qui respecte le mieux l’intention du législateur. Lorsque le législateur confère une compétence exclusive au décideur administratif, les cours présumant que son intention était que le décideur puisse fonctionner sans faire l’objet d’une intervention judiciaire injustifiée : *Vavilov*, par. 24.

[30] Lorsque le législateur fait expressément intervenir les cours de justice dans le régime administratif, cette présomption ne tient plus. C’est pourquoi les normes de contrôle établies par voie législative et les mécanismes d’appel prévus par la loi commandent la norme de la décision correcte. Ces caractéristiques législatives démontrent l’intention du législateur de faire intervenir les cours de justice et sa volonté d’assujettir ces décisions aux normes applicables en appel : *Vavilov*, par. 36.

[31] Lorsqu’il édicte une loi qui confère aux cours de justice et aux organismes administratifs une compétence concurrente en première instance, le législateur

involves the courts. Like legislated standards of review and statutory appeal mechanisms, concurrent first instance jurisdiction signals a legislative intent for judicial involvement. By conferring such jurisdiction, it should be inferred that the legislature wanted to subject those decisions to appellate standards of review.

[32] My colleague suggests that, because there is no statutory appeal mechanism or legislated standard of review, a sixth correctness category cannot be recognized on the basis of legislative intent. With respect, this argument misconceives the question at issue. If there were legislated standards of review or statutory appeal mechanisms, the Board's decision would already be reviewed for correctness under those established correctness categories. There would be no reason to consider a sixth category of correctness. When there is no statutory appeal mechanism or legislated standard of review (or other established correctness category), the question is whether correctness is nevertheless appropriate because applying reasonableness would undermine legislative intent in a manner *analogous* to the established correctness categories. Since that is the case here, a sixth category of correctness is justified on the basis of legislative intent.

(b) *Rule of Law*

[33] The presumption of reasonableness must give way to considerations aimed at maintaining the rule of law, which requires that certain questions be answered consistently and definitively: *Vavilov*, at para. 53. Legal inconsistency “is antithetical to the rule of law”: *Vavilov*, at para. 72.

[34] Applying reasonableness to the Board's interpretation of the rights in the *Copyright Act* creates

fait expressément intervenir les cours de justice. À l'instar des normes de contrôle établies par voie législative et des mécanismes d'appel prévus par la loi, la compétence concurrente en première instance démontre l'intention du législateur de faire intervenir les cours de justice. Il y a lieu d'inférer qu'en conférant une telle compétence, le législateur a voulu assujettir ces décisions aux normes applicables en appel.

[32] Ma collègue suggère que, comme il n'y a pas de mécanisme d'appel prévu par la loi ou de norme de contrôle établie par voie législative, on ne peut reconnaître une sixième catégorie de questions appelant la norme de la décision correcte sur le fondement de l'intention du législateur. Avec égards, cet argument dénature la question en litige. S'il existait des normes de contrôle établies par voie législative ou des mécanismes d'appel prévus par la loi, la décision de la Commission ferait déjà l'objet d'un contrôle selon la norme de la décision correcte en vertu de l'une de ces catégories. Il n'y aurait aucune raison d'envisager une sixième catégorie de ce genre. En l'absence d'un mécanisme d'appel prévu par la loi ou d'une norme de contrôle établie par voie législative (ou d'une autre catégorie établie de questions appelant la norme de la décision correcte), il s'agit de savoir si cette norme est néanmoins appropriée, puisque l'application de la norme de la décision raisonnable dénaturerait l'intention du législateur d'une façon *analogue* aux catégories déjà établies de questions appelant la norme de la décision correcte. Comme c'est le cas en l'espèce, une sixième catégorie de questions appelant la norme de la décision correcte est justifiée compte tenu de l'intention du législateur.

b) *La primauté du droit*

[33] La présomption d'application de la norme de la décision raisonnable doit céder le pas aux considérations visant à assurer la primauté du droit, qui exige que certaines questions reçoivent une réponse cohérente et définitive : *Vavilov*, par. 53. Une incohérence du droit « va à l'encontre de la primauté du droit » : *Vavilov*, par. 72.

[34] Appliquer la norme de la décision raisonnable à l'interprétation que donne la Commission aux

two legal inconsistencies. First, it subjects the same legal issue to different standards of review depending solely on whether the issue arises before the Board or the courts. As this Court explained in *Rogers*, at para. 14,

[i]t would be inconsistent for the court to review a legal question on judicial review of a decision of the Board on a deferential standard and decide exactly the same legal question *de novo* if it arose in an infringement action in the court at first instance. It would be equally inconsistent if on appeal from a judicial review, the appeal court were to approach a legal question decided by the Board on a deferential standard, but adopt a correctness standard on an appeal from a decision of a court at first instance on the same legal question.

[35] Second, differing standards of review could lead to conflicting statutory interpretations. For example, the Board could interpret s. 2.4(1.1) as requiring that users pay a performance royalty when works are downloaded, while a court could interpret the provision such that no such royalties are payable in those circumstances.

[36] This raises different concerns than the potential for inconsistent decisions within an administrative body. In *Vavilov*, at para. 72, this Court declined to recognize a correctness category for legal questions on which there is persistent discord within an administrative body for three reasons: (1) ensuring that administrative bodies remain independent, as the legislature intended, requires tolerating some inconsistencies; (2) a robust reasonableness review can adequately manage the serious rule of law concerns that emerge when the law is indeterminate; and (3) the point at which internal discord becomes serious enough to warrant a correctness standard is impossible to define in the abstract. None of these rationales justifies maintaining a reasonableness

droits conférés par la *Loi sur le droit d'auteur* crée deux incohérences juridiques. Premièrement, cette façon de faire soumet la même question juridique à deux normes de contrôle différentes, et ce, uniquement selon que la question est soulevée devant la Commission ou une cour de justice. Comme l'a expliqué notre Cour dans *Rogers*, par. 14 :

Il serait illogique de contrôler la décision de la Commission sur un point de droit selon une norme déférente, mais d'examiner *de novo* la décision d'une cour de justice rendue en première instance sur le même point de droit dans le cadre d'une action pour violation du droit d'auteur. Il serait tout aussi incohérent que, saisie d'un appel visant un contrôle judiciaire, la cour d'appel fasse preuve de déférence à l'égard de la décision de la Commission sur un point de droit, mais applique la norme de la décision correcte à la décision d'une cour de justice en première instance sur le même point de droit.

[35] Deuxièmement, appliquer des normes de contrôle différentes pourrait mener à des interprétations législatives contradictoires. Par exemple, la Commission pourrait interpréter le par. 2.4(1.1) comme exigeant que les utilisateurs paient une redevance d'exécution lorsque les œuvres sont téléchargées, alors qu'une cour de justice pourrait interpréter cette disposition de telle sorte qu'aucune redevance de cette nature ne devrait être payée dans ces circonstances.

[36] Ce cas de figure suscite des préoccupations distinctes du risque qu'il y ait des décisions incohérentes au sein d'un organisme administratif. Dans *Vavilov*, par. 72, notre Cour a refusé de reconnaître l'existence d'une catégorie de questions appelant la norme de la décision correcte pour les questions de droit qui sont constamment source de discord au sein d'un organisme administratif, et ce, pour trois raisons : (1) assurer le maintien de l'indépendance des organismes administratifs, comme l'a voulu le législateur, exige de tolérer certaines incohérences; (2) une application rigoureuse de la norme de la décision raisonnable permet de bien tenir compte des préoccupations sérieuses relatives à la primauté du droit qui surviennent lorsque le droit est indéterminé;

standard of review when courts and administrative bodies have concurrent first instance jurisdiction.

[37] First, when there is concurrent first instance jurisdiction, the legislature has expressly involved the courts in the interpretation of a statute. While one may contemplate a degree of inconsistency within an administrative body regarding the interpretation of a statute, no such inconsistency can be tolerated when a court interprets a statute. When the legislature confers first instance concurrent jurisdiction, that necessarily carries with it the implication that, absent legislative direction to the contrary, courts will operate by their settled standards, as explained in *Vavilov*, at para. 37.

[38] Second, the more methodologically rigorous reasonableness review developed in *Vavilov* cannot adequately deal with an inconsistency in statutory interpretation between courts and administrative bodies. *Vavilov* offered guidance as to how to manage persistent discord *within* administrative bodies at paras. 129-32. But, other than telling administrative bodies to consider relevant judicial decisions, at para. 112, it offers little guidance on managing differing decisions between courts and tribunals. In those circumstances, unless the statute allows for only one reasonable interpretation, discord could persist indefinitely: see para. 124.

[39] Third, this correctness category can be defined with precision. It will apply when courts and administrative bodies have concurrent first instance jurisdiction over a legal issue in a statute. Such situations are rare. “Concurrent jurisdiction at first instance seems to appear only under intellectual property statutes where Parliament has preserved dual jurisdiction

et (3) le moment où une discordance interne devient suffisamment grave pour justifier l’application de la norme de la décision correcte est impossible à cerner dans l’abstrait. Aucune de ces raisons ne justifie de maintenir la norme de contrôle de la décision raisonnable lorsque les cours de justice et les organismes administratifs ont compétence concurrente en première instance.

[37] Premièrement, lorsqu’il y a compétence concurrente en première instance, le législateur fait expressément intervenir les cours de justice dans l’interprétation d’une loi. Bien que l’on puisse admettre un certain degré d’incohérence au sein d’un organisme administratif concernant l’interprétation d’une loi, aucune incohérence de cette nature ne peut être tolérée lorsqu’une cour de justice interprète une loi. Lorsque le législateur confère une compétence concurrente en première instance, cela implique forcément, en l’absence d’une directive contraire de sa part, que les cours de justice fonctionneront suivant leurs normes établies, tel qu’il est expliqué au par. 37 de l’arrêt *Vavilov*.

[38] Deuxièmement, le cadre d’application plus rigoureux sur le plan méthodologique de la norme de la décision raisonnable élaboré dans *Vavilov* ne permet pas de résoudre adéquatement les incohérences dans l’interprétation d’une loi entre les cours de justice et les organismes administratifs. L’arrêt *Vavilov* a donné des indications sur la façon de gérer une discordance constante *au sein* d’un organisme administratif aux par. 129-132. Or, à part dire aux organismes administratifs de tenir compte des décisions judiciaires pertinentes, au par. 112, notre Cour donne peu de directives sur la façon de gérer des décisions contradictoires entre les cours de justice et les tribunaux administratifs. Dans ces circonstances, à moins que la loi ne permette une seule interprétation raisonnable, la discordance pourrait persister indéfiniment : voir par. 124.

[39] Troisièmement, cette catégorie de questions appelant la norme de la décision correcte peut être définie avec précision. Elle s’appliquera lorsque les cours de justice et les organismes administratifs ont compétence concurrente en première instance sur une question de droit dans une loi. Ces situations sont rares. « Il semble n’y avoir de compétence concurrente

between the tribunals and the courts”: *Rogers*, at para. 19. Administrative bodies will also continue to benefit from the presumption of reasonableness in other circumstances. The Board’s decision on tariff rates, for example, will continue to be reviewed on a standard of reasonableness as that is a matter that comes within the Board’s exclusive jurisdiction.

(3) Conclusion: Standard of Review

[40] Recognizing concurrent first instance jurisdiction between courts and administrative bodies as a sixth category of correctness review gives effect to legislative intent and promotes the rule of law. I will therefore review the Board’s decision under the standard of correctness.

[41] I wish to emphasize that these reasons do not purport to change when it is appropriate to recognize a new correctness category. *Vavilov* contemplated that new correctness categories could be recognized only in rare and exceptional circumstances. Courts should only recognize new correctness categories when doing so is “consistent with the framework and the overarching principles set out in [*Vavilov*]”: para. 70. This is one of those circumstances.

[42] Nor do these reasons depart from *Vavilov*. Contrary to my colleague’s assertion, this Court never “chose *not* to make first instance concurrent jurisdiction an exception”: para. 125 (emphasis in original). When this Court wanted to reject the possibility of a certain correctness category, it did so expressly: see *Vavilov*, at paras. 71-72. Concurrent first instance jurisdiction was not discussed in *Vavilov*. Accordingly, I seek to give effect to *Vavilov* by considering whether treating concurrent first instance jurisdiction as a new correctness category furthers the framework and principles in *Vavilov*. With respect, I say that it is my colleague who departs from precedent by effectively

en première instance que sous le régime des lois sur la propriété intellectuelle, le législateur ayant conservé la compétence de la cour de justice malgré celle accordée au tribunal administratif » : *Rogers*, par. 19. Les organismes administratifs continueront également de bénéficier de la présomption d’application de la norme de la décision raisonnable dans d’autres circonstances. La décision de la Commission sur les taux tarifaires, par exemple, continuera d’être assujettie à la norme de la décision raisonnable, puisqu’il s’agit d’une question qui relève de la compétence exclusive de la Commission.

(3) Conclusion : norme de contrôle

[40] Reconnaître la compétence concurrente en première instance entre les cours de justice et les organismes administratifs comme une sixième catégorie de questions appelant la norme de la décision correcte respecte l’intention du législateur et favorise la primauté du droit. Par conséquent, je réviserai la décision de la Commission selon la norme de la décision correcte.

[41] Je tiens à souligner que les présents motifs ne visent pas à changer les règles qui régissent la reconnaissance de nouveaux cas d’application de la norme de la décision correcte. L’arrêt *Vavilov* a prévu que ces nouvelles catégories ne pouvaient être reconnues que dans des circonstances rares et exceptionnelles. Les cours ne devraient les reconnaître que lorsque cela « respect[e] le cadre d’analyse et les principes prépondérants énoncés dans [*Vavilov*] » : par. 70. Il s’agit en l’espèce de l’une de ces circonstances.

[42] Les présents motifs ne s’écartent pas non plus de l’arrêt *Vavilov*. Contrairement à l’affirmation de ma collègue, notre Cour n’a jamais « choisi de *ne pas* faire de la compétence concurrente en première instance une exception » : par. 125 (en italique dans l’original). Quand notre Cour a voulu exclure la possibilité d’établir une certaine catégorie de questions appelant la norme de la décision correcte, elle l’a fait expressément : voir *Vavilov*, par. 71-72. La compétence concurrente en première instance n’a pas été examinée dans *Vavilov*. Par conséquent, je cherche à donner effet à l’arrêt *Vavilov* en examinant si le fait de considérer la compétence concurrente en première

reading the possibility of further correctness categories out of *Vavilov*.

B. *Issue 2: What Role Does the WIPO Copyright Treaty Play in the Interpretation of Section 2.4(1.1)?*

[43] The Court of Appeal criticized the Board for focusing on the meaning of art. 8 in the *WIPO Copyright Treaty*, rather than the meaning of s. 2.4(1.1) in the *Copyright Act*. The parties also disagree on how much focus should be placed on art. 8. This case therefore calls for a reiteration of the role international treaties play in statutory interpretation.

(1) A Treaty Is Relevant at the “Context” Stage of Statutory Interpretation

[44] A treaty should be considered when interpreting statutes that purport to implement the treaty, in whole or in part. The treaty is relevant at the context stage of the statutory interpretation exercise: *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, at para. 70; *B010 v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 SCC 58, [2015] 3 S.C.R. 704, at para. 49; R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (6th ed. 2014), at §18.30.

[45] There is no need to find textual ambiguity in a statute before considering the treaty. The modern approach to statutory interpretation requires interpreting the statute’s text in its “entire context”. The statute’s context includes any relevant international legal obligations: *National Corn Growers Assn. v. Canada (Import Tribunal)*, [1990] 2 S.C.R. 1324, at pp. 1371-72; *Crown Forest Industries Ltd. v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 802, at para. 50; Sullivan, at §18.26.

[46] If a statute implements a treaty without qualification, the interpretation of the statute needs to be wholly consistent with Canada’s obligations under the

instance comme une nouvelle catégorie de questions appelant la norme de la décision correcte favorise le cadre et les principes exposés dans *Vavilov*. Avec égards, je dirais que c’est ma collègue qui s’écarte d’un précédent en excluant effectivement de l’arrêt *Vavilov* la possibilité d’établir d’autres catégories de questions appelant la norme de la décision correcte.

B. *Deuxième question : Quel rôle joue le Traité de l’OMPI sur le droit d’auteur dans l’interprétation du par. 2.4(1.1)?*

[43] La Cour d’appel a reproché à la Commission de s’être attardée au sens de l’art. 8 du *Traité de l’OMPI sur le droit d’auteur*, plutôt qu’au sens du par. 2.4(1.1) de la *Loi sur le droit d’auteur*. De plus, les parties ne s’entendent pas sur l’importance qui doit être accordée à l’art. 8. Par conséquent, il convient en l’espèce de réitérer le rôle que jouent les traités internationaux dans l’interprétation des lois.

(1) Un traité est pertinent à l’étape du « contexte » dans l’interprétation de lois

[44] Un traité devrait être examiné pour interpréter les lois qui visent à le mettre en œuvre en tout ou en partie. Le traité est pertinent à l’étape du contexte en matière d’interprétation législative : *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, par. 70; *B010 c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CSC 58, [2015] 3 R.C.S. 704, par. 49; R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (6^e éd. 2014), §18.30.

[45] Point n’est besoin de relever une ambiguïté dans le texte d’une loi avant d’examiner le traité. Suivant la méthode moderne d’interprétation des lois, il faut interpréter le texte d’une loi dans son « contexte global ». Le contexte de la loi comprend toute obligation juridique internationale pertinente : *National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal des importations)*, [1990] 2 R.C.S. 1324, p. 1371-1372; *Crown Forest Industries Ltd. c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 802, par. 50; Sullivan, §18.26.

[46] Si une loi met en œuvre un traité sans réserve, l’interprétation de la loi doit se concilier en tout point avec les obligations que ce traité impose au Canada :

treaty: *Office of the Children’s Lawyer v. Balev*, 2018 SCC 16, [2018] 1 S.C.R. 398, at para. 31. If the statute is less explicit as to the extent to which it gives effect to a treaty, the weight given to obligations under the treaty will depend on the circumstances of the case, such as the treaty’s specificity and the statute’s text: *Rahaman v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 FCA 89, [2002] 3 F.C. 537, at para. 36. Where the text permits, legislation should be interpreted so as to comply with Canada’s treaty obligations, in accordance with the presumption of conformity: *R. v. Hape*, 2007 SCC 26, [2007] 2 S.C.R. 292, at para. 53; *Németh v. Canada (Justice)*, 2010 SCC 56, [2010] 3 S.C.R. 281, at para. 34; *B010*, at para. 48.

(2) Courts Must Always Give Effect to the Statute’s Meaning

[47] The presumption of conformity is an aid to interpretation. The task remains to give effect to legislative intent. The separation of powers requires that courts give effect to a statute that demonstrates legislative intent not to comply with treaty obligations: *Hape*, at para. 53. Negotiation, signing, and ratification of treaties are acts of the executive. Once ratified, treaties do not automatically become part of domestic law; rather, they are given effect through domestic legislation: Sullivan, at §18.36.

[48] Accordingly, while a treaty can be highly relevant to statutory interpretation, it cannot overwhelm clear legislative intent. The court’s task is to interpret what the legislature (federally and provincially) has enacted and not subordinate this to what the federal executive has agreed to internationally. It is always the domestic statute that governs because “[i]nternational law cannot be used to support an interpretation that is not permitted by the words of the statute”: *Kazemi Estate v. Islamic Republic of Iran*, 2014 SCC 62, [2014] 3 S.C.R. 176, at para. 60.

(3) Application

[49] Article 8 forms a relevant part of the context of s. 2.4(1.1). The *CMA*’s preamble states that it

Bureau de l’avocat des enfants c. Balev, 2018 CSC 16, [2018] 1 R.C.S. 398, par. 31. Si la loi est moins explicite quant à la mesure dans laquelle elle donne effet à un traité, le poids accordé aux obligations découlant du traité dépendra des circonstances de l’affaire, notamment du texte de la loi et de la spécificité du traité : *Rahaman c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2002 CAF 89, [2002] 3 C.F. 537, par. 36. Si le texte le permet, la loi devrait être interprétée de manière à respecter les obligations du Canada découlant du traité, conformément à la présomption de conformité : *R. c. Hape*, 2007 CSC 26, [2007] 2 R.C.S. 292, par. 53; *Németh c. Canada (Justice)*, 2010 CSC 56, [2010] 3 R.C.S. 281, par. 34; *B010*, par. 48.

(2) Les tribunaux doivent toujours donner effet au sens de la loi

[47] La présomption de conformité est un outil d’interprétation d’une loi. Or, il demeure qu’il faut toujours respecter l’intention du législateur. La séparation des pouvoirs requiert que les tribunaux donnent effet à une loi qui exprime l’intention du législateur de ne pas respecter une obligation découlant d’un traité : *Hape*, par. 53. La négociation, la signature et la ratification des traités sont des actes de l’exécutif. Une fois ratifiés, les traités ne font pas automatiquement partie du droit interne; ils sont plutôt mis en œuvre au moyen de dispositions législatives internes : Sullivan, §18.36.

[48] Par conséquent, bien qu’un traité puisse être fort pertinent pour l’interprétation des lois, il ne peut supplanter l’intention claire du législateur. La cour doit interpréter ce que le législateur (tant au fédéral qu’au provincial) a édicté et non subordonner cet exercice à ce dont l’organe exécutif fédéral a convenu à l’international. La loi interne prévaut toujours, car « [o]n ne saurait utiliser le droit international pour étayer une interprétation à laquelle fait obstacle le texte de la loi » : *Kazemi (Succession) c. République islamique d’Iran*, 2014 CSC 62, [2014] 3 R.C.S. 176, par. 60.

(3) Application

[49] L’article 8 est un élément important du contexte du par. 2.4(1.1). Le préambule de la *LMDA* prévoit que

was enacted in part to implement the “norms” of the *WIPO Copyright Treaty*. The wording of art. 8 and s. 2.4(1.1) is similar. As well, shortly after Parliament passed the *CMA*, Canada ratified the *WIPO Copyright Treaty*. An explanatory memorandum placed before the House of Commons regarding the treaty states that “Canada’s recent [*CMA*] was developed with a view to implementing the rights and protections of the *WIPO Copyright Treaty*, thereby putting Canada in a position to ratify”: condensed book (Music Canada), at p. 15. I am satisfied that these facts indicate that Parliament intended to fulfill Canada’s obligations under art. 8 through s. 2.4(1.1). That provision should therefore be interpreted so as to fulfill Canada’s obligations under art. 8, to the extent possible given the *Copyright Act’s* text.

C. *Issue 3: Does Section 2.4(1.1) Entitle Authors to an Additional “Making Available” Royalty?*

[50] The Board concluded that s. 2.4(1.1) deems making a work available to be a “communication” under s. 3(1)(f), regardless of whether any subsequent transmission occurs and regardless of whether a subsequent transmission is a download or a stream. Therefore, the Board reasoned, as soon as a work is made available online, s. 3(1)(f) is triggered and a royalty is payable. If the work is later downloaded or streamed, another royalty is payable. This interpretation means that distributing works online requires paying two royalties — one when the work is made available and another when the work is downloaded or streamed.

[51] I am not persuaded that this is the proper reading of s. 2.4(1.1). While this interpretation is one means to fulfill Canada’s obligations under art. 8, it is inconsistent with the text, structure and purpose

cette loi a été édictée en partie pour mettre en œuvre les « normes » du *Traité de l’OMPI sur le droit d’auteur*. Le libellé de l’art. 8 et celui du par. 2.4(1.1) sont semblables. De plus, peu de temps après l’adoption de la *LMDA* par le Parlement, le Canada a ratifié le *Traité de l’OMPI sur le droit d’auteur*. Un mémoire explicatif déposé à la Chambre des communes au sujet du traité révèle que la *LMDA*, « récemment adoptée par le Canada, a été rédigée dans le but de mettre en œuvre les droits et les protections prévus par le *Traité de l’OMPI sur le droit d’auteur*, de manière que le Canada puisse le ratifier » : recueil condensé (Music Canada), p. 15. Je suis convaincu que ces faits démontrent que le Parlement voulait mettre en œuvre les obligations du Canada découlant de l’art. 8 au moyen du par. 2.4(1.1). Par conséquent, cette disposition devrait être interprétée de façon à permettre au Canada de mettre en œuvre des obligations que lui impose l’art. 8, dans la mesure du possible compte tenu du libellé de la *Loi sur le droit d’auteur*.

C. *Troisième question : Le par. 2.4(1.1) donne-t-il aux auteurs droit à une redevance de « mise à la disposition » additionnelle?*

[50] La Commission a conclu que, d’après le par. 2.4(1.1), le fait de mettre une œuvre à la disposition du public constitue une « communication » au sens de l’al. 3(1)f), peu importe s’il y a transmission subséquente et si cette transmission est un téléchargement ou une diffusion en continu. En conséquence, la Commission a estimé que, dès qu’une œuvre est mise à la disposition du public en ligne, l’al. 3(1)f) entre en jeu et une redevance doit être payée. Si l’œuvre est subséquemment téléchargée ou diffusée en continu, une autre redevance doit être payée. Cette interprétation signifie que, lorsqu’il y a distribution d’une œuvre en ligne, deux redevances doivent être payées — une lorsque l’œuvre est mise à la disposition du public, et une autre lorsque l’œuvre est téléchargée ou diffusée en continu.

[51] Je ne suis pas convaincu que cette interprétation du par. 2.4(1.1) soit appropriée. Bien qu’elle soit un moyen de permettre au Canada de s’acquitter des obligations que lui impose l’art. 8, cette interprétation

of the *Copyright Act*. Further, art. 8 does not require this interpretation. If s. 2.4(1.1) is read as clarifying two things — (1) that s. 3(1)(f) applies to on-demand streams and (2) a work is performed as soon as it is made available for streaming — then Canada would also fulfill its obligations under art. 8. Either interpretation would fulfill Canada’s obligations under art. 8, but the latter interpretation is more consistent with the text, structure and purpose of the *Copyright Act*. For that reason, it is the latter interpretation, not the one adopted by the Board, that should be given effect.

[52] My analysis in this section will proceed in five parts. I will explain why the Board’s interpretation (1) is inconsistent with s. 2.4(1.1)’s text and structure; (2) undermines the purpose of the *Copyright Act*; and (3) is not required by art. 8. I will then (4) offer my own interpretation of s. 2.4(1.1) and (5) explain why this interpretation allows Canada to fulfill its obligations under art. 8 through a combination of the performance, reproduction, and authorization rights in s. 3(1).

(1) Text and Structure

[53] To understand the text of s. 2.4(1.1), one must understand the basic scheme of the *Copyright Act*.

[54] The opening paragraph of s. 3(1) of the *Copyright Act* exhaustively sets out three copyright interests that authors have in their works: the right to (1) produce or reproduce a work in any material form; (2) perform a work in public; or (3) publish an unpublished work. Section 3(1)(a) to (j) is “illustrative” of these three broad copyrights: *ESA*, at para. 42. For example, s. 3(1)(f), which gives authors the right to “communicate the work to the public by telecommunication”, illustrates an activity that falls within the broader right to perform a work in public. It is

n’est pas compatible avec le texte, la structure et l’objet de la *Loi sur le droit d’auteur*. De plus, l’art. 8 ne commande pas cette interprétation. Si le par. 2.4(1.1) est interprété comme éclaircissant deux points — soit (1) que l’al. 3(1)(f) s’applique aux diffusions en continu sur demande et (2) qu’une œuvre est exécutée dès qu’elle est mise à la disposition du public pour diffusion en continu —, cette interprétation permettrait également au Canada de s’acquitter des obligations que lui impose l’art. 8. Ces deux interprétations permettent au Canada de s’acquitter des obligations que lui impose l’art. 8, mais la seconde est davantage compatible avec le texte, la structure et l’objet de la *Loi sur le droit d’auteur*. Pour cette raison, c’est à cette seconde interprétation, et non à celle adoptée par la Commission, qu’il faut donner effet.

[52] Mon analyse dans cette section se fera en cinq parties. J’expliquerai d’abord pourquoi l’interprétation de la Commission (1) est incompatible avec le texte et la structure du par. 2.4(1.1), (2) mine l’objet de la *Loi sur le droit d’auteur* et (3) n’est pas requise par l’art. 8. Je proposerai ensuite (4) ma propre interprétation du par. 2.4(1.1), et je dirai enfin (5) pourquoi cette interprétation permet au Canada de s’acquitter des obligations que lui impose l’art. 8 grâce à une combinaison des droits d’exécution, de reproduction et d’autorisation visés au par. 3(1).

(1) Texte et structure

[53] Pour bien comprendre le texte du par. 2.4(1.1), il est nécessaire de considérer l’organisation fondamentale de la *Loi sur le droit d’auteur*.

[54] Le paragraphe 3(1) de la *Loi sur le droit d’auteur* commence par énoncer de manière exhaustive les trois droits conférés aux auteurs à l’égard d’une œuvre, à savoir : les droits (1) de produire ou reproduire une œuvre sous une forme matérielle quelconque, (2) d’exécuter l’œuvre ou de la représenter en public ou (3) de publier une œuvre non publiée. Les alinéas 3(1)a) à j) donnent des « exemples » de ces trois droits généraux : *ESA*, par. 42. Par exemple, l’al. 3(1)f), qui confère aux auteurs le droit « de communiquer au public, par télécommunication, une œuvre », donne

not a standalone or *sui generis* copyright in addition to the general rights described in s. 3(1): *ESA*, at paras. 25-27 and 42.

[55] The rights enumerated in s. 3(1) are distinct. A single activity can only engage one of the three copyright interests. When a song is downloaded, for example, only the author's reproduction right is engaged. Similarly, when a work is streamed, only the author's performance right is engaged: *ESA*, at para. 41. Authors are entitled to royalties for use of their works when an activity engages one of the copyright interests in s. 3(1).

[56] To determine which copyright interest is engaged by an activity, one must examine what that activity does to the copyrighted work. A performance is impermanent — “[w]hen it is over, only the memory remains”: *Bishop v. Stevens*, [1990] 2 S.C.R. 467, at p. 479. Performances also allow authors to retain more control over their works than reproductions, as performed works can be withdrawn from the user after the performance is over. Accordingly, when an activity allows a user to experience a work for a limited period of time, the author's performance right is engaged. A reproduction, by contrast, gives a user a durable copy of a work: *Théberge v. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, 2002 SCC 34, [2002] 2 S.C.R. 336, at paras. 42 and 47; *ESA*, at para. 35. Authors lose significantly more control over their works when they are reproduced. Once reproduced, authors cannot limit when, how, or the number of times a user experiences the work. Accordingly, activities that give users a durable copy of a work engage the author's reproduction right.

[57] An activity that does not engage one of the three copyright interests in s. 3(1) or the author's moral

un exemple d'activité qui fait partie du droit général d'exécuter ou de représenter une œuvre en public. Il ne s'agit pas d'un droit autonome ou d'un droit d'auteur *sui generis* qui s'ajoute aux droits généraux décrits au par. 3(1) : *ESA*, par. 25-27 et 42.

[55] Les droits énumérés au par. 3(1) sont des droits distincts. Une activité unique ne peut faire intervenir qu'un seul des trois droits prévus dans cette disposition. Ainsi, dans le cas du téléchargement d'une chanson, seul le droit de reproduction conféré à l'auteur entre en jeu. De même, lorsqu'une œuvre est diffusée en continu, seul le droit d'exécution dont l'auteur est titulaire entre en jeu : *ESA*, par. 41. Les auteurs ont le droit de recevoir des redevances pour l'utilisation de leurs œuvres lorsqu'une activité fait intervenir l'un des droits énoncés au par. 3(1).

[56] Pour déterminer quel droit est mis en jeu par une activité, il faut examiner l'utilisation qui est faite de l'œuvre protégée. Une exécution est passagère — « [l]orsqu'elle est terminée, il n'en reste plus que le souvenir » : *Bishop c. Stevens*, [1990] 2 R.C.S. 467, p. 479. Les exécutions permettent aussi aux auteurs de conserver davantage de contrôle sur leurs œuvres que les reproductions, étant donné qu'on peut retirer aux utilisateurs les œuvres exécutées une fois l'exécution terminée. En conséquence, le droit de l'auteur à l'égard de l'exécution entre en jeu pendant la période limitée où l'utilisateur profite de l'œuvre lors de l'activité. Une reproduction, en revanche, donne à l'utilisateur une copie durable de l'œuvre : *Théberge c. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, 2002 CSC 34, [2002] 2 R.C.S. 336, par. 42 et 47; *ESA*, par. 35. Les auteurs perdent beaucoup plus de contrôle sur leurs œuvres lorsque celles-ci sont reproduites. Une fois la reproduction faite, les auteurs ne peuvent limiter les moments où les utilisateurs profiteront de l'œuvre, la façon dont ils le feront ni le nombre de fois qu'ils le feront. Par conséquent, les activités qui donnent aux utilisateurs une copie durable d'une œuvre font intervenir le droit de reproduction de l'auteur.

[57] L'activité qui ne fait pas intervenir l'un des trois droits énoncés au par. 3(1) ou les droits moraux

rights³ is not a protected or compensable activity under the *Copyright Act*. In *Théberge*, for example, this Court held that authors could not prevent users from re-fixing their works on other canvasses because that activity did not engage the author's reproduction, performance, or first publication rights. Even though altering the work in this manner was undoubtedly an "activity" in a physical sense, it was not a protected or compensable activity because there is no right of "fixation" in s. 3(1) of the Act.

[58] The Board's interpretation of s. 2.4(1.1) is inconsistent with the text of s. 2.4(1.1) and the scheme of the *Copyright Act*. In *ESA* and *Rogers*, this Court explained that, since downloads and streams were single protected activities, authors could charge one royalty when users access works as downloads or streams — a reproduction royalty for downloads or a performance royalty for streams. The Board's interpretation is entirely inconsistent with the holdings in *ESA* and *Rogers*. It would allow authors to charge two royalties for a single protected activity. If a work is downloaded, a user would pay (1) a performance royalty for making the work available and (2) a reproduction royalty for the download. If a work is streamed, a user would pay two performance royalties: (1) a performance royalty for making the work available and (2) another performance royalty for the stream.

[59] There is nothing in the text of s. 2.4(1.1) to indicate that this was Parliament's intent. Section 2.4(1.1) is located in the "Interpretation" Division of the Act. It modifies the scope of an author's performance right by modifying the definition of s. 3(1)(f). Since a download is a single protected activity that never engages s. 3(1)(f), I fail to see how modifying the

de l'auteur³ n'est pas protégée ou ne justifie pas rémunération suivant la *Loi sur le droit d'auteur*. Dans *Théberge*, par exemple, notre Cour a jugé que les auteurs ne pouvaient empêcher les utilisateurs de fixer à nouveau leurs œuvres sur d'autres toiles parce que cette activité ne mettait pas en cause les droits de reproduction, d'exécution ou de première publication de l'auteur. Même si altérer l'œuvre de cette manière constituait sans aucun doute une « activité » au sens physique, il ne s'agissait pas d'une activité protégée ou justifiant rémunération, car aucun droit de « fixation » ne figure au par. 3(1) de la Loi.

[58] La façon dont la Commission a interprété le par. 2.4(1.1) est incompatible avec le texte de la disposition et l'économie de la *Loi sur le droit d'auteur*. Dans les arrêts *ESA* et *Rogers*, notre Cour a expliqué que, comme les téléchargements et les transmissions en continu ne constituaient chacun qu'une seule activité protégée, les auteurs pouvaient percevoir une seule redevance pour l'accès des utilisateurs aux œuvres par téléchargement ou diffusion en continu — une redevance de reproduction pour les téléchargements ou une redevance d'exécution pour les diffusions en continu. L'interprétation de la Commission est complètement incompatible avec les conclusions tirées dans *ESA* et *Rogers*. Elle permettrait aux auteurs de percevoir deux redevances pour une seule activité protégée. Si une œuvre est téléchargée, l'utilisateur paierait (1) une redevance d'exécution pour la mise à la disposition de l'œuvre et (2) une redevance de reproduction pour le téléchargement. Si une œuvre est diffusée en continu, l'utilisateur paierait deux redevances d'exécution : (1) une redevance d'exécution pour la mise à la disposition de l'œuvre et (2) une autre redevance d'exécution pour la diffusion en continu.

[59] Le texte du par. 2.4(1.1) ne laisse aucunement croire que c'était l'intention du Parlement. Le paragraphe 2.4(1.1) se trouve dans la section « Définitions et dispositions interprétatives » de la Loi. Il modifie l'étendue du droit de l'auteur à l'égard de l'exécution en modifiant la définition de l'al. 3(1)(f). Comme un téléchargement constitue une seule activité protégée

³ Moral rights are outlined in ss. 14.1 and 28.1 of the *Copyright Act*. They are not in issue here.

³ Les droits moraux sont énoncés aux art. 14.1 et 28.1 de la *Loi sur le droit d'auteur*. Ils ne sont pas en litige dans la présente affaire.

definition of s. 3(1)(f) transforms downloads into two separately compensable activities. Similarly, I do not see how s. 2.4(1.1) transforms a single activity like streaming into two separately compensable performances. While I accept that the act of “making a work available” is a separate *physical* activity from the act of a user downloading or streaming a work, it does not follow that it is a *separately compensable* activity. Had Parliament intended to treat the act of making available as a new separately compensable activity, the way to do so would have been to add “making available” as a fourth copyright interest in the opening paragraph of s. 3(1), rather than as a modification to the scope of s. 3(1)(f).

[60] I do not accept SOCAN’s argument that this case is similar to *CBC*. In *CBC*, this Court found that the CBC had to pay separate reproduction royalties each time it made synchronization and broadcast incidental copies of a work. Two reproduction royalties were appropriate in that case because there were two protected activities in issue: (1) synchronization copying and (2) broadcast incidental copying. Since each activity created a separate durable copy of the work, each activity was protected and engaged the author’s reproduction interest: *Théberge*. But in this case, like in *ESA* and *Rogers*, there is only one protected activity in issue: either a download or a stream.

[61] For these reasons, I find no textual support for the Board’s interpretation of s. 2.4(1.1).

(2) Purpose of the Copyright Act

[62] The Board’s interpretation of s. 2.4(1.1) also undermines the purpose of the *Copyright Act* because it violates the principle of technological neutrality.

qui n’entraîne jamais l’application de l’al. 3(1)(f), je ne vois pas comment la modification de la définition figurant à l’al. 3(1)(f) transforme un téléchargement en deux activités distinctes justifiant chacune rémunération. De même, je ne vois pas comment le par. 2.4(1.1) transforme une activité unique telle la diffusion en continu en deux exécutions distinctes justifiant chacune rémunération. Bien que j’accepte que l’acte de « mise à la disposition d’une œuvre » est une activité *physique* distincte de l’acte de téléchargement ou de diffusion en continu d’une œuvre par un utilisateur, cela ne veut pas dire qu’il s’agit d’une activité *distincte justifiant rémunération*. Si le Parlement avait voulu traiter l’acte de mise à la disposition comme une nouvelle activité distincte justifiant rémunération, la façon de le faire aurait été d’ajouter la « mise à la disposition » en tant que quatrième droit dans la disposition liminaire du par. 3(1), plutôt que de modifier la portée de l’al. 3(1)(f).

[60] Je ne puis me rallier à l’argument de la SOCAN voulant que la présente instance soit semblable à l’affaire *SRC*. Dans cette affaire, notre Cour a conclu que la SRC devait payer des redevances de reproduction distinctes chaque fois qu’elle faisait des copies accessoires de synchronisation et de diffusion d’une œuvre. Le versement de deux redevances de reproduction était une solution appropriée dans cette affaire parce que deux activités protégées étaient en cause : (1) la copie de synchronisation et (2) la copie accessoire de diffusion. Comme chaque activité créait une copie durable distincte de l’œuvre, chaque activité était protégée et faisait intervenir le droit de reproduction de l’auteur : *Théberge*. Or, en l’espèce comme dans *ESA* et *Rogers*, il n’y a qu’une seule activité protégée en cause : soit un téléchargement, soit une diffusion en continu.

[61] Pour ces motifs, je conclus que l’interprétation du par. 2.4(1.1) faite par la Commission ne repose sur aucune assise textuelle.

(2) Objet de la Loi sur le droit d’auteur

[62] L’interprétation que donne la Commission au par. 2.4(1.1) mine aussi l’objet de la *Loi sur le droit d’auteur*, parce qu’elle viole le principe de la neutralité technologique.

[63] The principle of technological neutrality holds that, absent parliamentary intent to the contrary, the *Copyright Act* should not be interpreted in a way that either favours or discriminates against any form of technology: *CBC*, at para. 66. Distributing functionally equivalent works through old or new technology should engage the same copyright interests: *Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Bell Canada*, 2012 SCC 36, [2012] 2 S.C.R. 326, at para. 43; *CBC*, at para. 72. For example, purchasing an album online should engage the same copyright interests, and attract the same quantum of royalties, as purchasing an album in a bricks-and-mortar store since these methods of purchasing the copyrighted works are functionally equivalent. What matters is *what* the user receives, not *how* the user receives: *ESA*, at paras. 5-6 and 9; *Rogers*, at para. 29. In its summary to the *CMA*, which precedes the preamble, Parliament signalled its support for technological neutrality, by stating that the amendments were intended to “ensure that [the *Copyright Act*] remains technologically neutral”.

[64] The Board’s interpretation of s. 2.4(1.1) violates the principle of technological neutrality because it requires that users pay additional royalties to access works online. To illustrate, consider a retailer that allows customers to purchase a digital or physical copy of an album. Regardless of whether the work is sold digitally or physically, the author’s reproduction interest in s. 3(1) is engaged because the user receives a durable copy of the work: *ESA*, at para. 31. The author is therefore entitled to a reproduction royalty. But under the Board’s interpretation of s. 2.4(1.1), purchasing the album online would entitle the author to an additional royalty — a performance royalty for making the work available for online purchase. Similarly, streaming the album online would require paying a “making available performance” royalty and a “streaming performance” royalty. But playing that same album on the radio would only require paying one performance royalty. Requiring that users pay additional royalties based solely on the mode of the

[63] Selon le principe de la neutralité technologique, en l’absence d’une intention contraire du Parlement, la *Loi sur le droit d’auteur* ne devrait pas être interprétée de manière à favoriser ou à défavoriser une forme de technologie en particulier : *SRC*, par. 66. La distribution d’œuvres équivalentes sur le plan fonctionnel par des moyens technologiques anciens ou nouveaux devrait mettre en jeu les mêmes droits : *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Bell Canada*, 2012 CSC 36, [2012] 2 R.C.S. 326, par. 43; *SRC*, par. 72. Par exemple, l’achat d’un album en ligne devrait faire intervenir les mêmes droits, et donner lieu aux mêmes redevances, que l’acquisition d’un album effectuée dans un magasin physique, étant donné que ces façons d’acheter les œuvres protégées par le droit d’auteur sont équivalentes sur le plan fonctionnel. Ce qui compte, c’est *ce* que l’utilisateur reçoit, et non la *manière* dont il le reçoit : *ESA*, par. 5-6 et 9; *Rogers*, par. 29. Dans son sommaire de la *LMDA*, lequel précède le préambule, le Parlement a signalé son adhésion au principe de la neutralité technologique en déclarant que les modifications visaient à « éliminer la spécificité technologique des dispositions de la [*Loi sur le droit d’auteur*] ».

[64] L’interprétation du par. 2.4(1.1) faite par la Commission viole le principe de la neutralité technologique parce qu’elle exige que les utilisateurs paient des redevances additionnelles pour accéder aux œuvres en ligne. Prenons par exemple le cas d’un détaillant qui permet à ses clients d’acheter un exemplaire numérique ou physique d’un album. Peu importe que l’œuvre soit vendue sous forme numérique ou physique, le droit de reproduction de l’auteur énoncé au par. 3(1) entre en jeu puisque l’utilisateur reçoit une copie durable de l’œuvre : *ESA*, par. 31. L’auteur a par conséquent droit à une redevance de reproduction. Toutefois, suivant l’interprétation du par. 2.4(1.1) faite par la Commission, l’achat de l’album en ligne permettrait à l’auteur de toucher une redevance additionnelle — une redevance d’exécution pour la mise à la disposition de l’œuvre en vue de son achat en ligne. De même, la diffusion en continu de l’album exigerait le paiement d’une redevance pour la « mise à la disposition de l’exécution » et une redevance pour

work’s distribution violates the principle of technological neutrality.

[65] The appellants concede that the Board’s interpretation of s. 2.4(1.1) is not technologically neutral. They submit, however, that Parliament intended to derogate from the principle by passing s. 2.4(1.1). Because works can only be “made available” online — since there is no bricks-and-mortar way for the public to access a work at a time and place of their choosing — the appellants submit that Parliament must have intended to impose additional royalties on works distributed online.

[66] This is entirely unpersuasive. Clear legislative intent would be needed to derogate from the principle of technological neutrality given its central importance to the scheme of the *Copyright Act*. To appreciate why, it is necessary to situate the principle within the Act.

[67] Copyright law does not exist solely for the benefit of authors: *York University v. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright)*, 2021 SCC 32, [2021] 2 S.C.R. 734, at paras. 90-91. Its overarching purpose is to balance users’ and authors’ rights. It does this by securing just rewards for authors while facilitating “public access to and dissemination of artistic and intellectual works, which enrich society and often provide users with the tools and inspiration to generate works of their own”: *Access Copyright*, at para. 92; see also *Théberge*, at paras. 30-31.

[68] The *Copyright Act* uses various tools to achieve this balance. Fair dealing, for example, promotes this balance by allowing “users to engage in some activities that might otherwise amount to copyright infringement”: *Bell*, at para. 11; see also *Access Copyright*, at para. 90. Similarly, the idea/expression dichotomy

l’« exécution diffusée en continu ». Mais faire jouer ce même album à la radio requerrait uniquement le paiement d’une redevance d’exécution. Exiger que les utilisateurs paient des redevances additionnelles sur le seul fondement du mode de distribution de l’œuvre viole le principe de la neutralité technologique.

[65] Les appelantes concèdent que l’interprétation du par. 2.4(1.1) faite par la Commission ne respecte pas le principe de la neutralité technologique. Ils soutiennent toutefois que le Parlement a voulu déroger à ce principe en adoptant le par. 2.4(1.1). Comme les œuvres ne peuvent être « mises à la disposition » qu’en ligne — puisqu’aucun lieu physique ne permet au public d’accéder aux œuvres de l’endroit et au moment qu’il choisit —, les appelantes affirment que le Parlement devait vouloir imposer des redevances additionnelles pour les œuvres mises en circulation en ligne.

[66] Ces prétentions ne sont aucunement convaincantes. Il faudrait une intention claire du législateur pour déroger au principe de la neutralité technologique étant donné son importance capitale pour l’économie de la *Loi sur le droit d’auteur*. Pour comprendre pourquoi il en est ainsi, il faut replacer le principe dans le contexte de la Loi.

[67] Le droit d’auteur n’existe pas uniquement au profit des auteurs : *Université York c. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright)*, 2021 CSC 32, [2021] 2 R.C.S. 734, par. 90-91. Il a pour objectif général de trouver un équilibre entre les droits des utilisateurs et ceux des auteurs. Il le fait en assurant une juste rétribution aux auteurs tout en favorisant « l’accès du public aux œuvres artistiques et intellectuelles et [en] facilit[ant] leur diffusion, ce qui constitue une richesse pour la société et procure souvent aux utilisateurs les outils et l’inspiration nécessaires pour créer leurs propres œuvres » : *Access Copyright*, par. 92; voir aussi *Théberge*, par. 30-31.

[68] La *Loi sur le droit d’auteur* emploie plusieurs outils pour parvenir à cet équilibre. L’exception au titre de l’utilisation équitable d’une œuvre, par exemple, favorise l’atteinte de cet équilibre en permettant aux utilisateurs de faire « [c]ertaines activités qui, sans cette exception, pourraient violer le droit d’auteur » :

protects this balance by extending copyright protection to only original artistic expressions, not original ideas. This ensures that the public can freely use new ideas to inspire their own original works: *CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada*, 2004 SCC 13, [2004] 1 S.C.R. 339, at para. 8; A. Drassinower, “Copyright Is Not About Copying” (2012), 125 *Harv. L. Rev. F.* 108, at p. 111.

[69] Like fair dealing and the idea/expression dichotomy, the principle of technological neutrality is a tool for balancing users’ and authors’ rights. It ensures that authors retain the same rights over their works regardless of the technological means used to distribute those works. If the *Copyright Act* entitles authors to receive a certain royalty when their work is reproduced or performed offline, technological neutrality preserves an author’s right to receive that same royalty when their work is reproduced or performed online. As a corollary, it also protects users by preventing authors from extracting more royalties merely because their work is reproduced or performed online. As Professor Carys J. Craig explains in “Technological Neutrality: (Pre)Serving the Purposes of Copyright Law”, in M. Geist, ed., *The Copyright Pentology: How the Supreme Court of Canada Shook the Foundations of Canadian Copyright Law* (2013), 271,

[t]his principled recognition of copyright as requiring a sensitive public policy balance, rather than simply the protection of a private property right, has had a marked impact on the landscape of Canadian copyright law. If copyright in general requires this balance, then it must surely follow that copyright in the digital era requires the *preservation* of this balance, which must mean that the law should have the same effect (produce a similar balance of rights and interests) whether applied offline or online. [Emphasis in original; p. 292.]

Bell, par. 11; voir aussi *Access Copyright*, par. 90. De même, la dichotomie idée/expression protège cet équilibre en étendant la protection conférée par le droit d’auteur uniquement aux expressions artistiques originales, et non aux idées originales. Ainsi, le public peut librement utiliser de nouvelles idées comme source d’inspiration pour créer ses propres œuvres originales : *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*, 2004 CSC 13, [2004] 1 R.C.S. 339, par. 8; A. Drassinower, « Copyright Is Not About Copying » (2012), 125 *Harv. L. Rev. F.* 108, p. 111.

[69] Tout comme l’exception au titre de l’utilisation équitable et la dichotomie idée/expression, le principe de la neutralité technologique sert à mettre en équilibre les droits des utilisateurs et ceux des auteurs. Il fait en sorte que les auteurs obtiennent les mêmes droits sur leurs œuvres peu importe le moyen technologique utilisé pour les distribuer. Si la *Loi sur le droit d’auteur* accorde aux auteurs le droit de recevoir certaines redevances lorsque leurs œuvres sont reproduites ou exécutées hors ligne, le principe de la neutralité technologique a pour effet de préserver le droit des auteurs à recevoir les mêmes redevances lorsque leurs œuvres sont reproduites ou exécutées en ligne. Corollairement, il protège aussi les utilisateurs en empêchant les auteurs d’obtenir plus de redevances simplement parce que leurs œuvres sont reproduites ou exécutées en ligne. Comme l’explique la professeure Carys J. Craig dans « Technological Neutrality : (Pre)Serving the Purposes of Copyright Law », dans M. Geist, dir., *The Copyright Pentology : How the Supreme Court of Canada Shook the Foundations of Canadian Copyright Law* (2013), 271 :

[TRADUCTION] Cette reconnaissance raisonnée du fait que le droit d’auteur nécessite une mise en équilibre délicate de l’intérêt général, et non simplement la protection d’un droit de propriété privé, a eu des répercussions importantes sur le paysage canadien en matière de droit d’auteur. Si le droit d’auteur exige de façon générale une telle mise en équilibre, il s’ensuit sûrement qu’à l’ère du numérique le droit d’auteur exige la *préservation* de cet équilibre, ce qui signifie que la loi devrait avoir le même effet (produire un équilibre similaire des droits et intérêts), qu’elle soit appliquée à des œuvres hors ligne ou en ligne. [En italique dans l’original; p. 292.]

[70] With this context in mind, I am not persuaded that, in adopting s. 2.4(1.1), Parliament intended to derogate from the principle of technological neutrality. The principle of technological neutrality is designed to operate precisely in situations like the present case, where a novel technology emerges that has no clear traditional equivalent. In those circumstances, courts must look at what that new technology does to the substance of the work by examining which, if any, of the copyright interests in s. 3(1) are engaged by this new method of distributing a work. If that new technology gives users durable copies of a work, the author's reproduction right is engaged. If the new technology gives users impermanent access to the work, the author's performance right is engaged. What matters is *what* the user receives, not *how* the user receives it.

[71] With that said, copyright is a creature of statute. Parliament can therefore always choose to derogate from the principle of technological neutrality: *Keatley Surveying Ltd. v. Teranet Inc.*, 2019 SCC 43, [2019] 3 S.C.R. 418, at para. 40. But derogating from this principle means significantly altering the balance between users' and authors' rights that has been foundational to the *Copyright Act* for decades: *Keatley*, at paras. 43-44. In this case, it would tilt the balance significantly in favour of authors. Users would face increased costs and be penalized for using certain new and improved technologies.

[72] Thus, courts should not conclude that Parliament intended to derogate from the principle of technological neutrality unless there is strong evidence that this was Parliament's intent: see, for example, *CBC*, at paras. 50-51. That is not the case here. As discussed, the text of s. 2.4(1.1) and its placement in the *Copyright Act* does not support the view that Parliament wanted to make downloads and streams subject to two royalties. Further, as I will discuss next, giving effect to the *WIPO Copyright Treaty* does not demand this interpretation.

[70] Gardant à l'esprit ce contexte, je ne suis pas convaincu que le Parlement cherchait, par l'adoption du par. 2.4(1.1), à déroger au principe de la neutralité technologique. Ce principe est conçu pour s'appliquer précisément dans des situations comme celle qui nous occupe, où apparaît une nouvelle technologie n'ayant aucun équivalent traditionnel. Dans ces circonstances, les tribunaux doivent se pencher sur ce que fait la nouvelle technologie au contenu de l'œuvre en examinant lequel, s'il en est, des droits énoncés au par. 3(1) est mis en jeu par ce nouveau mode de distribution d'une œuvre. Si cette nouvelle technologie donne aux utilisateurs des copies durables d'une œuvre, le droit de reproduction de l'auteur entre en jeu. Si la nouvelle technologie donne aux utilisateurs un accès temporaire à l'œuvre, le droit d'exécution de l'auteur entre en jeu. Ce qui compte, c'est *ce que* reçoit l'utilisateur, et non *la manière* dont il le reçoit.

[71] Cela dit, le droit d'auteur tire son origine de la loi. Le Parlement peut donc en tout temps choisir de déroger au principe de la neutralité technologique : *Keatley Surveying Ltd. c. Teranet Inc.*, 2019 CSC 43, [2019] 3 R.C.S. 418, par. 40. Mais déroger à ce principe signifie modifier considérablement l'équilibre entre les droits des utilisateurs et ceux des auteurs, équilibre sur lequel repose depuis des décennies la *Loi sur le droit d'auteur* : *Keatley*, par. 43-44. Dans la présente affaire, une telle dérogation ferait pencher la balance de façon importante en faveur des auteurs. Les utilisateurs paieraient davantage et seraient pénalisés pour l'utilisation de certaines technologies nouvelles et meilleures.

[72] Par conséquent, les tribunaux ne devraient pas conclure que le Parlement souhaitait déroger au principe de la neutralité technologique à moins qu'une preuve solide ne le démontre : voir, p. ex., *SRC*, par. 50-51. Ce n'est pas le cas en l'espèce. Comme je l'ai exposé précédemment, le texte du par. 2.4(1.1) et l'endroit où se trouve cette disposition dans la *Loi sur le droit d'auteur* n'étaient pas le point de vue selon lequel le Parlement voulait que les téléchargements et les diffusions en continu fassent l'objet de deux redevances. De plus, comme je l'expliquerai ci-après, cette interprétation n'est pas nécessaire pour donner effet au *Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur*.

[73] Since there is no persuasive basis for concluding that Parliament intended to derogate from the principle of technological neutrality, s. 2.4(1.1) should be interpreted in a way that is technologically neutral: reproducing or performing a work online or offline should engage the same copyright interests and require the same royalties.

(3) Section 2.4(1.1)'s Statutory Context: Article 8

[74] The Board did not err when it concluded that art. 8 requires that member countries give authors the right to control the act of making works available, in addition to any download or stream that might later occur. Authors should have recourse against individuals who upload their works online in a way that makes them available for downloading or streaming, even if the work is never actually downloaded or streamed.

[75] But I part company with the Board in its conclusion that this obligation requires imposing additional royalties on downloaded or streamed content. The *WIPO Copyright Treaty* does not demand that member countries create a new compensable “making available right” to satisfy art. 8. Member countries simply need to ensure that authors can control the physical act of making their works available. This control can be provided through any combination of rights. Accordingly, while I agree that the act of “making a work available” is a separate physical activity from a download or stream, I disagree with the view that the act of “making a work available” gives rise to distinct communications to the public (i.e., distinct performances). The making available of a stream and a download are both protected as a single communication to the public, while the making available of a download is protected as an authorization to reproduce, and the download is protected as a reproduction.

[73] Comme il n’y a aucune raison persuasive de conclure que le Parlement voulait déroger au principe de la neutralité technologique, il convient d’interpréter le par. 2.4(1.1) de manière à ce que son application respecte le principe de neutralité technologique : la reproduction ou l’exécution d’une œuvre en ligne ou hors ligne devrait faire intervenir les mêmes droits d’auteur et donner lieu aux mêmes redevances.

(3) Le contexte légal du par. 2.4(1.1) : article 8

[74] La Commission n’a pas commis d’erreur en concluant que l’art. 8 exige que les États membres confèrent aux auteurs le droit de contrôler l’acte de mettre les œuvres à la disposition du public, mais aussi tout téléchargement ou toute diffusion en continu qui pourrait avoir lieu subséquemment. Les auteurs devraient avoir des recours contre les personnes qui téléversent leurs œuvres en ligne de façon à rendre possible leur téléchargement ou leur diffusion en continu, même si un téléchargement ou une diffusion en continu de l’œuvre ne se matérialise jamais.

[75] Je ne souscris toutefois pas à la conclusion de la Commission suivant laquelle cette obligation exige l’imposition de redevances additionnelles sur le contenu téléchargé ou diffusé en continu. Le *Traité de l’OMPI sur le droit d’auteur* n’exige pas que les États membres créent un nouveau « droit de mise à la disposition » justifiant rémunération pour respecter l’art. 8. Les États membres doivent tout simplement veiller à ce que les auteurs puissent contrôler l’acte physique de mettre leurs œuvres à la disposition du public. Ce contrôle peut être offert en combinant d’une façon ou d’une autre différents droits. Par conséquent, même si je conviens que l’acte de « mettre une œuvre à la disposition du public » soit une activité physique distincte d’un téléchargement ou d’une diffusion en continu, je suis en désaccord avec l’opinion voulant que cet acte donne lieu à des communications distinctes au public (c.-à-d. des exécutions distinctes). La mise à la disposition d’une diffusion en continu et une diffusion en continu sont toutes les deux protégées en tant que communication unique au public, alors que la mise à la disposition d’un téléchargement est protégée comme autorisation de reproduire, et le téléchargement est protégé à titre de reproduction.

[76] I expand on these points below, beginning with an examination of the goals of art. 8.

(a) *Article 8's Goals*

[77] Article 8 has two goals: (1) clarify that on-demand transmissions are captured by the right to communicate works to the public; and (2) ensure that authors can control the act of making their works available online. To understand these goals, it is necessary to understand the problem that art. 8 was designed to address.

[78] There is no “international copyright” law. However, many states have signed international treaties that require that they provide authors with certain protections in domestic copyright legislation. The 1886 *Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works*, 828 U.N.T.S. 221, for example, requires that member countries give authors an exclusive right to reproduce a work or perform a work in public. Canada’s *Copyright Act, 1921*, S.C. 1921, c. 24, was based on, and designed to implement, the *Berne Convention*: C. Foong, *The Making Available Right: Realizing the Potential of Copyright’s Dissemination Function in the Digital Age* (2019), at p. 54; L. Bently and B. Sherman, *Intellectual Property Law* (4th ed. 2014), at pp. 40-41; D. Vaver, *Intellectual Property Law: Copyright, Patents, Trade-marks* (2nd ed. 2011), at p. 55; *ESA*, at para. 13, citing *Bishop*, at pp. 473-74.

[79] The *Berne Convention* has been updated from time-to-time to respond to new technologies: L. E. Harris, *Canadian Copyright Law* (4th ed. 2014), at p. 59. In 1928, for example, the *Berne Convention* was updated to clarify that radio communications should be treated as an extension of the existing performance right: *ESA*, at para. 16.

[80] The *Berne Convention* needed to be updated again in response to on-demand technologies. By the 1990s, it was clear the *Berne Convention* protected authors when their works were distributed through traditional “push” technologies like radio and cable broadcasts. But it was not clear whether it also protected authors when their works were distributed

[76] J’examinerai ci-après plus en détail ces points, en commençant par les objectifs de l’art. 8.

a) *Les objectifs de l’art. 8*

[77] L’article 8 a deux objectifs : (1) clarifier que les diffusions sur demande sont visées par le droit de communiquer les œuvres au public; et (2) faire en sorte que les auteurs puissent contrôler la mise à la disposition de leurs œuvres au public en ligne. Pour comprendre ces objectifs, il faut comprendre le problème que l’art. 8 visait à régler.

[78] Il n’existe pas de « droit d’auteur international ». De nombreux États ont cependant signé des traités internationaux qui exigent qu’ils accordent aux auteurs certaines protections par leur législation interne. Par exemple, la *Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques*, 828 R.T.N.U. 221, de 1886, exige que les États membres confèrent aux auteurs le droit exclusif de reproduire, ou de représenter ou d’exécuter, une œuvre en public. La *Loi de 1921 concernant le droit d’auteur*, S.C. 1921, c. 24, du Canada était fondée sur la *Convention de Berne*, et visait à mettre en œuvre celle-ci : C. Foong, *The Making Available Right : Realizing the Potential of Copyright’s Dissemination Function in the Digital Age* (2019), p. 54; L. Bently et B. Sherman, *Intellectual Property Law* (4^e éd. 2014), p. 40-41; D. Vaver, *Intellectual Property Law : Copyright, Patents, Trade-marks* (2^e éd. 2011), p. 55; *ESA*, par. 13, citant *Bishop*, p. 473-474.

[79] La *Convention de Berne* a été mise à jour à quelques reprises pour tenir compte des nouvelles technologies : L. E. Harris, *Canadian Copyright Law* (4^e éd. 2014), p. 59. Par exemple, elle a été mise à jour en 1928 pour préciser que la transmission radiophonique devait être considérée comme un élargissement du droit d’exécution : *ESA*, par. 16.

[80] La *Convention de Berne* a dû à nouveau être mise à jour pour tenir compte des technologies de communication sur demande. Dans les années 1990, il ne faisait aucun doute que la *Convention de Berne* protégeait les auteurs dont les œuvres étaient mises en circulation au moyen de technologies traditionnelles de transmission personnalisée comme la radio

through newer “pull” technologies like on-demand transmissions. While it was possible to read the *Berne Convention* as applying to on-demand technologies, uncertainty existed: S. Ricketson and J. C. Ginsburg, *International Copyright and Neighbouring Rights: The Berne Convention and Beyond* (2nd ed. 2005 (reprinted 2010)), vol. I, at p. 742; Foong, at pp. 56-57; M. F. Makeen, “Video streaming and the communication to the public right in the United States and European Union”, in T. Aplin, ed., *Research Handbook on Intellectual Property and Digital Technologies* (2020), 246, at p. 253; Rogers, at para. 43.

[81] Article 8 resolved this ambiguity: Foong, at p. 60. It clarified that the right of “communication to the public” (an existing *Berne Convention* right) applied to on-demand transmissions:

The WCT’s principal innovation is its specification that the right of communication to the public includes a right of “making available. . .”. This right targets on-demand transmissions (whether by wire or wireless means), for it makes clear that the members of the public may be separated both in space and in time. . . . [I]t was possible to interpret the *Berne Convention* to cover at least wired on-demand transmissions of certain kinds of works, but it was not clear that the *Berne Convention* required member states to extend the communication to the public right to these transmissions. The WCT therefore supplies the missing mandate. . . . [Emphasis in original.]

(Ricketson and Ginsburg, at p. 746; see also explanatory notes on art. 8 (then art. 10) in Diplomatic Conference on Certain Copyright and Neighboring Rights Questions, *Basic Proposal for the Substantive Provisions of the Treaty on Certain Questions Concerning the Protection of Literary and Artistic Works to be Considered by the Diplomatic Conference*, Doc. CRNR/DC/4, August 30, 1996, at notes 10.11 and 10.13.)

[82] Article 8’s first goal was therefore to clarify that the right to communicate works to the public (a

ou le câble. Il n’est cependant pas évident qu’elle protégeait également les auteurs dont les œuvres étaient mises en circulation au moyen de technologies d’extraction personnalisée plus récentes comme les diffusions sur demande. Il était possible d’interpréter la *Convention de Berne* comme s’appliquant aux technologies de communication sur demande, mais l’incertitude demeurait : S. Ricketson et J. C. Ginsburg, *International Copyright and Neighbouring Rights : The Berne Convention and Beyond* (2^e éd. 2005 (réimprimé 2010)), vol. I, p. 742; Foong, p. 56-57; M. F. Makeen, « Video streaming and the communication to the public right in the United States and European Union », dans T. Aplin, dir., *Research Handbook on Intellectual Property and Digital Technologies* (2020), 246, p. 253; Rogers, par. 43.

[81] L’article 8 a dissipé cette ambiguïté : Foong, p. 60. Il a clarifié que le droit de « communication au public » (prévu par la *Convention de Berne*) s’appliquait aux transmissions sur demande :

[TRADUCTION] La principale innovation du Traité de l’OMPI sur le droit d’auteur est qu’il précise que le droit de communication au public comprend un droit « mise à la disposition [. . .] ». Ce droit vise la transmission « sur demande » (par fil ou sans fil), car il indique clairement que les membres du public peuvent être séparés tant dans l’espace que dans le temps [. . .] [I]l était possible d’interpréter la *Convention de Berne* de telle sorte qu’elle couvre au moins les transmissions filaires sur demande, mais il n’était pas évident que la *Convention obligeait* les États membres à étendre la communication au droit du public à ces transmissions. Le Traité de l’OMPI sur le droit d’auteur supplée donc l’obligation manquante [. . .] [En italique dans l’original.]

(Ricketson et Ginsburg, p. 746; voir aussi les notes explicatives se rapportant à l’art. 8 (qui était alors l’art. 10), dans Conférence diplomatique sur certaines questions de droit d’auteur et de droits voisins, *Proposition de base concernant les dispositions de fond du Traité sur certaines questions relatives à la protection des œuvres littéraires et artistiques soumise à l’examen de la Conférence diplomatique*, Doc. CRNR/DC/4, 30 août 1996, notes 10.11 et 10.13.)

[82] L’article 8 avait par conséquent comme objectif premier de clarifier que le droit de communiquer

performative activity) applied to on-demand technology. This was “neither a reaffirmation nor a novelty, for it resolves an ambiguity as to whether the old communication to the public rights accommodated or excluded ‘pull technologies’”: J. C. Ginsburg, “The (New?) Right of Making Available to the Public”, in Columbia Law School Public Law & Legal Theory Working Paper Group, Working Paper No. 04-78 (2004), at p. 12; see also J. Reinbothe and S. von Lewinski, *The WIPO Treaties 1996: The WIPO Copyright Treaty and The WIPO Performances and Phonograms Treaty — Commentary and Legal Analysis* (2002), at pp. 102 and 109; Makeen, at pp. 253-54; J. S. McKeown, *Fox on Canadian Law of Copyright and Industrial Designs* (4th ed. (loose-leaf)), at § 21:59.

[83] Article 8’s second goal was to ensure that authors could control when their works were made available online. The appellants, respondents, and their experts generally agree that art. 8 requires that member countries give authors the right to control the act of *offering* their works for downloading or streaming. The academic literature overwhelmingly supports this view: Reinbothe and von Lewinski, at p. 108; Bently and Sherman, at p. 45; United States Copyright Office, *The Making Available Right in the United States: A Report of the Register of Copyrights* (February 2016), at pp. 13-14; B. B. Sookman, *Sookman: Computer, Internet and Electronic Commerce Law* (loose-leaf), at § 3:90. As Cheryl Foong explains,

[c]ertain characteristics of the making available right can be outlined. As the provision of mere accessibility is sufficient to infringe the right, it is not necessary to prove that an actual transmission has occurred. In this way, article 8 of the WCT lowered the communication right’s threshold of protection and enlarged its scope. [p. 79]

[84] Similarly, as Ricketson and Ginsburg wrote, “[i]t is not necessary that the offer be accepted:

des œuvres au public (activité liée à l’exécution ou à la représentation) s’appliquait à la technologie de communication sur demande. Cela ne constituait [TRADUCTION] « ni la réaffirmation d’un principe ni une nouveauté, car cela ne fait que lever une ambiguïté quant à savoir si l’ancien droit de communication au public s’appliquait ou non aux “technologies d’extraction personnalisée” » : J. C. Ginsburg, « The (New?) Right of Making Available to the Public », dans Columbia Law School Public Law & Legal Theory Working Paper Group, Working Paper No. 04-78 (2004), p. 12; voir aussi J. Reinbothe et S. von Lewinski, *The WIPO Treaties 1996 : The WIPO Copyright Treaty and The WIPO Performances and Phonograms Treaty — Commentary and Legal Analysis* (2002), p. 102 et 109; Makeen, p. 253-254; J. S. McKeown, *Fox on Canadian Law of Copyright and Industrial Designs* (4^e éd. (feuilles mobiles)), § 21:59.

[83] Le deuxième objectif de l’art. 8 était de faire en sorte que les auteurs puissent contrôler le moment où leurs œuvres sont mises à la disposition du public en ligne. Les appelantes, les intimées et leurs experts s’accordent de façon générale pour dire que l’art. 8 exige que les États membres confèrent aux auteurs le droit de contrôler l’acte d’*offrir* le téléchargement de leurs œuvres ou leur diffusion en continu. La très grande majorité des auteurs de doctrine appuient ce point de vue : Reinbothe et von Lewinski, p. 108; Bently et Sherman, p. 45; United States Copyright Office, *The Making Available Right in the United States : A Report of the Register of Copyrights* (février 2016), p. 13-14; B. B. Sookman, *Sookman : Computer, Internet and Electronic Commerce Law* (feuilles mobiles)), § 3:90. Comme l’explique Cheryl Foong,

[TRADUCTION] [c]ertaines caractéristiques du droit de mise à la disposition peuvent être soulignées. Comme le simple fait de rendre accessible est suffisant pour porter atteinte au droit, il n’est pas nécessaire de prouver qu’il y a effectivement eu transmission. Ainsi, l’article 8 du Traité de l’OMPI sur le droit d’auteur a abaissé le seuil d’application de la protection du droit de communication et a élargi son étendue. [p. 79]

[84] Dans le même ordre d’idées, Ricketson et Ginsburg ont écrit qu’il [TRADUCTION] « n’est pas

‘making available’ embraces incipient as well as effected communications” (p. 747).

[85] This persuasively establishes that art. 8 requires that member countries give authors the right to control when and how their work is made available for downloading or streaming. This conclusion is in full accordance with the wording of art. 8, which entitles authors to control the act of making a work available in a way that the public “may access” it. Actual transmission is not required. It is also supported by the explanatory notes accompanying art. 8 (then art. 10), which explain that the relevant act protected by art. 8 is the “initial act” of providing “access” to the work:

10.10 The second part of Article 10 explicitly states that communication to the public includes the making available to the public of works, by wire or wireless means, in such a way that members of the public may access these works from a place and at a time individually chosen by them. The relevant act is the making available of the work by providing access to it. What counts is the initial act of making the work available, not the mere provision of server space, communication connections, or facilities for the carriage and routing of signals. It is irrelevant whether copies are available for the user or whether the work is simply made perceptible to, and thus usable by, the user. [Emphasis added.]

[86] This conclusion is also consistent with the *WIPO Copyright Treaty*’s purpose: to fill potential gaps in the *Berne Convention* created by the emergence of new Internet technologies. There would be significant gaps in protection if copyright owners had no recourse against individuals who illicitly make works available online for downloading or streaming.

[87] But this conclusion does not require reading s. 2.4(1.1) as creating a new compensable “making available right”. Under the *WIPO Copyright Treaty*’s “umbrella solution”, member countries can protect

nécessaire que l’offre soit acceptée : la “mise à la disposition” englobe les communications embryonnaires ainsi que celles qui sont effectuées » (p. 747).

[85] Cela établit de façon convaincante que l’art. 8 exige des États membres qu’ils accordent aux auteurs le droit de contrôler le moment et la façon dont leurs œuvres sont mises à la disposition pour téléchargement ou diffusion en continu. Cette conclusion est en totale conformité avec le libellé de l’art. 8, qui confère aux auteurs le droit de contrôler l’acte de mettre une œuvre à la disposition du public d’une façon qui lui permette d’y « avoir accès ». Le fait que l’œuvre soit effectivement transmise n’est pas nécessaire. Cette interprétation trouve aussi appui dans les notes explicatives qui accompagnent l’art. 8 (qui était alors l’art. 10), suivant lesquelles l’acte important protégé par l’art. 8 est l’« acte initial » de donner « accès » à l’œuvre :

10.10 Dans la seconde partie de l’article 10, il est clairement indiqué que la communication au public comprend la mise à la disposition du public des œuvres, par fil ou sans fil, de manière que chacun puisse y avoir accès de l’endroit et au moment qu’il choisit. L’acte important est la mise à la disposition de l’œuvre en permettant d’y avoir accès. Ce qui compte, c’est l’acte initial de mise à la disposition de l’œuvre et non la simple fourniture d’un espace serveur, de liaisons de communication ou d’équipements permettant le transport et l’acheminement de signaux. Il est sans intérêt, en l’occurrence, de se demander si les exemplaires sont mis à la disposition de l’utilisateur ou si l’œuvre est simplement rendue perceptible pour l’utilisateur et donc utilisable par celui-ci. [Je souligne.]

[86] Cette conclusion est aussi compatible avec l’objet du *Traité de l’OMPI sur le droit d’auteur* : combler les possibles lacunes de la *Convention de Berne* créées par l’apparition de nouvelles technologies Internet. Il y aurait des lacunes importantes sur le plan de la protection si les titulaires de droits d’auteur n’avaient pas de recours contre les personnes qui mettent illégalement en ligne leurs œuvres à des fins de téléchargement ou de diffusion en continu.

[87] Mais cette conclusion n’oblige pas à interpréter le par. 2.4(1.1) comme créant un nouveau « droit de mise à la disposition » justifiant rémunération. Aux termes de la « solution cadre » du *Traité de l’OMPI*

the act of making a work available through various means. This is the issue to which I turn next.

(b) *The Umbrella Solution*

[88] To recap, art. 8 obliges member countries to do two things: (1) protect on-demand transmissions and (2) give authors the right to control when and how their work is made available for downloading or streaming. It does not, however, tell member countries how to give effect to these obligations. To accommodate different legal traditions and different drafting techniques among member countries, the *WIPO Copyright Treaty* adopted an “umbrella solution”: each state could decide how to fulfill its art. 8 obligations. Member countries could provide for art. 8 protections through “an explicit making available right or provide effective coverage of the right through a combination of pre-existing rights”: Foong, at pp. 62-63; see also Makeen, at p. 254; R. Keller, “Moving Toward a Balanced ‘Making Available Right’ in Canada” (2014), 27 *I.P.J.* 213, at pp. 221-22. As the explanatory text accompanying art. 8 (then art. 10) emphasizes:

10.21 It is strongly emphasized that Article 10 does not attempt to define the nature or extent of liability on a national level. This proposed international agreement determines only the scope of the exclusive rights that shall be granted to authors in respect of their works. Who is liable for the violation of these rights and what the extent of liability shall be for such violations is a matter for national legislation and case law according to the legal traditions of each Contracting Party.

[89] In accordance with the umbrella solution, member countries have protected the act of making works available through a variety of means. Some have adopted wording similar to that in art. 8. Others have made no statutory changes, relying instead on existing rights to give effect to the obligations under art. 8. The United States, for example, has relied on its existing reproduction, performance, and distribution

sur le droit d’auteur, les États membres peuvent protéger l’acte de mise à la disposition d’une œuvre de diverses façons. C’est ce dont je traiterai maintenant.

b) *La solution cadre*

[88] Pour récapituler, l’art. 8 oblige les États membres à faire deux choses : (1) protéger les transmissions sur demande et (2) conférer aux auteurs le droit de contrôler comment et quand leur œuvre est mise à la disposition du public pour téléchargement ou diffusion en continu. La disposition ne précise toutefois pas la façon dont les États membres doivent donner effet à ces obligations. Compte tenu des différentes traditions juridiques et techniques de rédaction des États membres, le *Traité de l’OMPI sur le droit d’auteur* a adopté une « solution cadre » : chaque État doit décider de la manière dont il s’acquittera des obligations que lui impose l’art. 8. Les États membres peuvent fournir les protections commandées par l’art. 8 en prévoyant [TRADUCTION] « un droit explicite de mise à la disposition ou en assurant efficacement le respect de ce droit par le truchement d’une combinaison de droits préexistants » : Foong, p. 62-63; voir aussi Makeen, p. 254; R. Keller, « Moving Toward a Balanced “Making Available Right” in Canada » (2014), 27 *I.P.J.* 213, p. 221-222. Comme le souligne le texte explicatif qui accompagne l’art. 8 (qui était à l’époque l’art. 10) :

10.21 Il faut tout particulièrement insister sur le fait que l’article 10 ne vise pas à définir la nature ou l’étendue de la responsabilité au niveau national. Ce projet d’arrangement international ne fixe que l’étendue des droits exclusifs qui seront accordés aux auteurs sur leurs œuvres. C’est à la législation et à la jurisprudence nationales, compte tenu de la tradition juridique de chaque Partie contractante, qu’il incombera de déterminer qui est responsable de la violation de ces droits ainsi que l’étendue de la responsabilité.

[89] Conformément à la solution cadre, les États membres ont protégé l’acte de mise à la disposition des œuvres en recourant à divers moyens. Certains ont adopté un libellé semblable à celui de l’art. 8. D’autres n’ont fait aucun changement législatif, se contentant plutôt de s’appuyer sur des droits existants pour donner effet aux obligations que leur impose l’art. 8. Les États-Unis, par exemple, s’en sont remis aux droits

rights to give effect to its art. 8 obligations: United States Copyright Office, at pp. 74-77; Foong, at p. 84; Makeen, at pp. 256-57.

[90] In sum, the umbrella solution gave “relative freedom [to] national legislators in choosing the right of distribution, the right of communication to the public, the combination of these rights, or a new right, to fulfil obligations under Article 8”: M. Ficsor, *The Law of Copyright and the Internet: The 1996 WIPO Treaties, their Interpretation and Implementation* (2002), at p. 501. Accordingly, provided that the *Copyright Act* gives effect to art. 8’s goals through any combination of rights, Canada will be in compliance with its obligations under art. 8.

(4) What Is the Correct Interpretation of Section 2.4(1.1)?

[91] With the art. 8 context in mind, the reading that is most consistent with the text, structure, purpose, and context of s. 2.4(1.1) is as follows: s. 2.4(1.1) clarifies that (1) s. 3(1)(f) applies to on-demand streams, and (2) a work is performed as soon as it is made available for on-demand streaming. This interpretation gives effect to Canada’s obligations under art. 8 through a combination of the performance, reproduction, and authorization rights in s. 3(1). In so doing, it also respects the principle of technological neutrality as it ensures that authors retain the same rights and royalties over their works regardless of whether the works are distributed online or offline.

[92] First, s. 2.4(1.1) clarifies that the communication right in s. 3(1)(f) applies to on-demand streams. When the *CMA* received royal assent, it was not clear whether s. 3(1)(f) applied to “pull” technologies like on-demand streams. In *Rogers*, for example, a group of music service providers argued that s. 3(1)(f) did not apply to newer “pull” technologies like on-demand streams. Section 2.4(1.1) ends this debate by clarifying that s. 3(1)(f) applies to on-demand technology, since on-demand technology “allows a member of the public

existants en matière de reproduction, d’exécution ou représentation et de distribution pour s’acquitter de leurs obligations au titre de l’art. 8 : United States Copyright Office, p. 74-77; Foong, p. 84; Makeen, p. 256-257.

[90] En somme, la solution cadre a conféré aux [TRANSDUCTION] « législateurs nationaux une liberté relative leur permettant de choisir le droit de distribution, le droit de communication au public, la combinaison de ces droits, ou un nouveau droit, pour s’acquitter des obligations qu’impose l’article 8 » : M. Ficsor, *The Law of Copyright and the Internet : The 1996 WIPO Treaties, their Interpretation and Implementation* (2002), p. 501. En conséquence, pourvu que la *Loi sur le droit d’auteur* donne effet aux objectifs de l’art. 8 par une combinaison de droits, le Canada respecte ses obligations au titre de l’art. 8.

(4) Quelle est l’interprétation correcte du par. 2.4(1.1)?

[91] Si l’on garde à l’esprit le contexte de l’art. 8, l’interprétation qui est la plus compatible avec le texte, la structure, l’objet et le contexte du par. 2.4(1.1) est la suivante : le par. 2.4(1.1) précise (1) que l’al. 3(1)f s’applique aux diffusions en continu sur demande et (2) qu’une œuvre est exécutée dès qu’elle est mise à la disposition pour diffusion en continu. Cette interprétation donne effet aux obligations du Canada au titre de l’art. 8 au moyen d’une combinaison des droits d’exécution, de reproduction et d’autorisation prévus au par. 3(1). Ce faisant, elle respecte aussi le principe de la neutralité technologique, en ce qu’elle fait en sorte que les auteurs conservent les mêmes droits et redevances sur leurs œuvres, que leurs œuvres soient distribuées en ligne ou hors ligne.

[92] Premièrement, le par. 2.4(1.1) précise que le droit de communication visé à l’al. 3(1)f s’applique aux diffusions en continu sur demande. Quand la *LMDA* a reçu la sanction royale, il n’était pas évident que l’al. 3(1)f s’appliquait aux technologies d’extraction personnalisée comme les transmissions en continu sur demande. Par exemple, dans *Rogers*, un groupe de fournisseurs de service de musique a fait valoir que l’al. 3(1)f ne s’appliquait pas aux technologies plus récentes d’extraction personnalisée

to have access to [a work] from a place and at a time individually chosen by that member of the public”.

[93] The significance of s. 2.4(1.1) was blunted by *Rogers*, which interpreted s. 3(1)(f) as applying to on-demand streaming before s. 2.4(1.1) came into force. However, the *CMA* received royal assent before *Rogers* was released. Just as art. 8 did for the *Berne Convention*, s. 2.4(1.1) was intended to resolve an ambiguity and clarify that s. 3(1)(f) applies to on-demand streams. Had *Rogers* not been decided at the time or had it been decided differently, s. 2.4(1.1) would have significantly clarified the law: see J. de Beer, “Copyright Royalty Stacking”, in M. Geist, ed., *The Copyright Pentology: How the Supreme Court of Canada Shook the Foundations of Canadian Copyright Law* (2013), 335, at p. 363.

[94] I also note that s. 2.4(1.1) provides slightly broader protection to authors than *Rogers* provides. Section 2.4(1.1)’s language makes clear that a single on-demand stream to a member of the public is a “communication to the public” under s. 3(1)(f). By contrast, the *ratio* in *Rogers* held that on-demand streams could be communications to the public if there was a “series of point-to-point communications of the same work to an aggregation of individuals”: para. 52 (emphasis added). Under s. 2.4(1.1) there is no need to prove a “series” of point-to-point communications. A single point-to-point on-demand communication to a member of the public will engage s. 3(1)(f).

[95] Second, s. 2.4(1.1) clarifies that a work is performed as soon as it is made available for on-demand streaming. This interpretation is supported by the text of s. 2.4(1.1), its context, and the broader purpose of the *Copyright Act*.

comme les transmissions en continu sur demande. Le paragraphe 2.4(1.1) clôt ce débat en précisant que l’al. 3(1)(f) s’applique à la technologie de communication sur demande, étant donné que cette technologie permet que « chacun puisse [. . .] avoir accès [à une œuvre] de l’endroit et au moment qu’il choisit individuellement ».

[93] L’importance du par. 2.4(1.1) a été atténuée par l’arrêt *Rogers*, dans lequel la Cour a, avant l’entrée en vigueur de ce paragraphe, interprété l’al. 3(1)(f) comme s’appliquant aux transmissions en continu sur demande. La *LMDA* a cependant reçu la sanction royale avant le prononcé de l’arrêt *Rogers*. Tout comme l’art. 8 à l’égard de la *Convention de Berne*, le par. 2.4(1.1) visait à dissiper une ambiguïté et à préciser que l’al. 3(1)(f) s’applique aux diffusions en continu sur demande. Si l’arrêt *Rogers* n’avait pas été rendu à ce moment-là ou si le jugement avait été différent, le par. 2.4(1.1) aurait grandement clarifié le droit : voir J. de Beer, « Copyright Royalty Stacking », dans M. Geist, dir., *The Copyright Pentology : How the Supreme Court of Canada Shook the Foundations of Canadian Copyright Law* (2013), 335, p. 363.

[94] Je remarque aussi que le par. 2.4(1.1) offre une protection légèrement plus étendue aux auteurs que celle offerte par l’arrêt *Rogers*. Il ressort du libellé du par. 2.4(1.1) qu’une unique diffusion en continu sur demande à un membre du public constitue une « communication au public » visée par l’al. 3(1)(f). À l’inverse, selon la *ratio* dans l’arrêt *Rogers*, les transmissions en continu sur demande pouvaient être des communications au public s’il existait une « série de communications point à point de la même œuvre à un groupe de personnes » : par. 52 (je souligne). Aux termes du par. 2.4(1.1), il n’est pas nécessaire de prouver l’existence d’une « série » de communications point à point. Une unique communication point à point sur demande à un membre du public suffit à faire intervenir l’al. 3(1)(f).

[95] Deuxièmement, le par. 2.4(1.1) précise qu’une œuvre est exécutée dès qu’elle est mise à la disposition pour diffusion sur demande. Cette interprétation est étayée par le texte de la disposition, son contexte et l’objet général de la *Loi sur le droit d’auteur*.

[96] Textually, s. 2.4(1.1) says that a work is communicated when the work is made available in a way that “allows” a member of the public to access a work from a place and time of their choosing. It does not say that the work needs to be accessed for it to be communicated.

[97] Contextually, art. 8 supports this reading of s. 2.4(1.1). As discussed, art. 8 requires that member countries give authors the right to control the act of making works available, in addition to any resulting download or stream. One way to do so is to clarify that a work is performed as soon as it is made available for on-demand streaming.

[98] Finally, this interpretation is consistent with the purpose of the *Copyright Act* as it promotes technological neutrality. Historically, a work was performed as soon as the public was given the *opportunity* to experience the work for a limited period of time. For example, when a work is transmitted over cable television, the work is performed, regardless of how many customers tune in to the channel. “[T]here need not be an audience listening to the performance, as long as the performance is meant for an audience”: Harris, at p. 141. As Ricketson and Ginsburg explain,

[i]f only one person initiates the on-demand transmission at a time (or ever) is there a “communication to the public” within the meaning of the Berne Convention? The number of recipients should not in fact matter; what should count is the availability of the communication to “the public”. For example, there is a “communication to the public by wire” of a cinematographic work (article 14bis(1)) if a film is transmitted on cable television, even if no viewer in fact selects that channel to watch. What makes the communication “to the public” is the invitation to any member of the public to turn on the television and view the programme. Even when the cable transmission is restricted, for example, to paying subscribers, it still is “to the public” because any member of the public is invited to pay the fee. [Emphasis added; pp. 742-43.]

[96] Textuellement, le par. 2.4(1.1) dispose qu’une œuvre est communiquée lorsqu’elle est mise à la disposition du public de manière que chacun « puisse » y avoir accès de l’endroit et au moment qu’il choisit individuellement. Il n’indique pas qu’on doit accéder à l’œuvre pour qu’elle soit communiquée.

[97] Contextuellement, l’art. 8 appuie cette interprétation du par. 2.4(1.1). Tel que je l’ai expliqué, l’art. 8 exige que les États membres confèrent aux auteurs le droit de contrôler l’acte de mise à la disposition des œuvres, en plus des éventuels téléchargements ou diffusions en continu. Une façon de le faire est de préciser qu’une œuvre est exécutée dès qu’elle est mise à la disposition pour diffusion en continu sur demande.

[98] Enfin, cette interprétation est compatible avec l’objet de la *Loi sur le droit d’auteur* étant donné qu’elle promeut la neutralité technologique. Par le passé, une œuvre était « exécutée » dès que le public avait eu la *possibilité* d’en profiter pendant une période limitée. Par exemple, la transmission de l’œuvre par câblodistribution vaut « exécution », peu importe le nombre de personnes qui visionnent la chaîne. [TRADUCTION] « [I]l n’est pas nécessaire qu’il y ait un public, du moment que l’exécution est destinée à un auditoire » : Harris, p. 141. Comme l’expliquent Ricketson et Ginsburg :

[TRADUCTION] Si une seule personne lance (ou pourrait un jour lancer) à un moment donné la transmission en continu sur demande [d’une œuvre], cela équivaut-il à une « communication au public » au sens de la Convention de Berne? Le nombre de destinataires ne devrait pas importer dans les faits; ce qui devrait compter, c’est l’accessibilité de la communication « au public ». Par exemple, il y a une « transmission par fil au public » d’une œuvre cinématographique (par. 14bis(1)) si le film est transmis par la télévision par câble, même si en réalité aucun téléspectateur ne choisit le canal où a lieu cette transmission. C’est l’invitation lancée à tout membre du public à allumer le téléviseur et à regarder le film qui fait qu’il y a communication « au public ». Même lorsque la transmission par câble est restreinte, par exemple, aux abonnés payants, il y a communication « au public » parce tout membre du public est invité à payer les frais requis pour y avoir accès. [Je souligne; p. 742-743.]

[99] Section 2.4(1.1) ensures that on-demand streams receive similar treatment. Section 2.4(1.1) makes it clear that a work is performed as soon as it is made available to the public for on-demand streaming because, at that point, users are given the opportunity to temporarily experience the work. Once a work is made available for on-demand streaming, all users have to do is tune in to the stream to experience the work. This is the digital equivalent of flipping to a 24/7 television channel that is continuously playing — that is performing — a particular work.

[100] This interpretation does not require treating the act of making the work available as a separate performance from the work’s subsequent transmission as a stream. The work is performed as soon as it is made available for on-demand streaming. At this point, a royalty is payable. If a user later experiences this performance by streaming the work, they are experiencing an already ongoing performance, not starting a new one. No separate royalty is payable at that point. The “act of ‘communication to the public’ in the form of ‘making available’ is completed by merely making a work available for on-demand transmission. If then the work is actually transmitted in that way, it does not mean that two acts are carried out: ‘making available’ and ‘communication to the public’. The entire act thus carried out will be regarded as communication to the public”: Ficsor, at p. 508. In other words, the making available of a stream and a stream by a user are both protected as a single performance — a single communication to the public.

(5) Does the *Copyright Act* Accord With Article 8?

[101] With this interpretation in mind, I conclude that the *Copyright Act* gives effect to Canada’s obligations under art. 8 through a combination of the

[99] Le paragraphe 2.4(1.1) fait en sorte que les diffusions en continu sur demande reçoivent un traitement semblable. Il ressort clairement de cette disposition qu’une œuvre est exécutée dès qu’elle est mise à la disposition du public pour diffusion en continu sur demande, car les utilisateurs ont dès lors la possibilité de profiter temporairement de l’œuvre. Une fois qu’une œuvre est mise à la disposition pour diffusion en continu sur demande, les utilisateurs n’ont qu’à recourir aux services de diffusion en continu pour profiter de l’œuvre. C’est donc l’équivalent numérique de la possibilité de capter une chaîne de télévision 24/7 qui diffuse continuellement une œuvre donnée.

[100] Cette interprétation n’exige pas que l’acte de mise à la disposition de l’œuvre soit considéré comme une exécution distincte de la transmission subséquente de l’œuvre par la diffusion en continu. L’œuvre est exécutée dès qu’elle est mise à la disposition pour diffusion en continu. Une redevance d’exécution doit être payée à ce stade. Si l’utilisateur profite subséquentement de cette exécution en diffusant l’œuvre en continu, il bénéficie d’une exécution déjà en cours, et non d’une nouvelle exécution. Aucune redevance distincte ne doit être payée à ce stade. [TRADUCTION] « L’acte de “communication au public” sous la forme d’une “mise à la disposition” est entièrement accompli par la simple mise à la disposition d’une œuvre pour diffusion en continu sur demande. Si l’œuvre est alors effectivement transmise de cette façon, cela ne signifie pas que deux actes sont accomplis : la “mise à la disposition” et la “communication au public”. L’acte entier ainsi accompli sera considéré comme une communication au public » : Ficsor, p. 508. Autrement dit, la mise à la disposition d’une diffusion en continu et une diffusion en continu par un utilisateur sont toutes les deux protégées en tant qu’exécution unique — une communication unique au public

(5) La *Loi sur le droit d’auteur* s’accorde-t-elle avec l’art. 8?

[101] Gardant cette interprétation à l’esprit, je conclus que la *Loi sur le droit d’auteur* donne effet aux obligations du Canada au titre de l’art. 8 au moyen

performance, reproduction, and authorization rights in s. 3(1).

[102] If works are streamed or made available for streaming, the author’s performance right as illustrated by s. 3(1)(f) is engaged. A user cannot stream a work or make a work available for on-demand streaming without engaging the author’s performance right in s. 3(1).

[103] However, since downloads do not engage s. 3(1)(f) or the author’s performance rights, the *Copyright Act* protects downloads through a different set of rights: the reproduction and authorization rights. If a work is downloaded, the author’s reproduction right is engaged; if the work is made available for downloading, the author’s right to authorize reproductions is engaged. To understand this point, it is necessary to understand the right to authorize reproductions or performances of a work in s. 3(1).

[104] “It is an infringement of copyright for any person to do, without the consent of the copyright owner, anything that by this Act only the owner of the copyright has the right to do”: s. 27(1). This includes the right to “authorize” a reproduction or performance: s. 3(1). To “authorize” means to sanction, approve and countenance: *CCH*, at para. 38, citing *Muzak Corp. v. Composers, Authors and Publishers Association of Canada, Ltd.*, [1953] 2 S.C.R. 182, at p.193. Whether a reproduction or performance has been authorized is a question of fact and can be “inferred from acts that are less than direct and positive, including a sufficient degree of indifference”: *CCH*, at para. 38.

[105] Authorization is a distinct right granted to copyright owners. A user who unlawfully authorizes a reproduction or a performance of a work may be held liable for infringement of that right, regardless

d’une combinaison des droits en matière d’exécution et représentation, de reproduction et d’autorisation prévus au par. 3(1).

[102] Si les œuvres sont diffusées en continu ou mises à la disposition pour diffusion en continu, le droit d’exécution de l’auteur visé à l’al. 3(1)f) entre en jeu. Un utilisateur ne peut diffuser une œuvre en continu ou la mettre à la disposition pour diffusion sur demande sans faire intervenir le droit d’exécution de l’auteur prévu au par. 3(1).

[103] Toutefois, étant donné que les téléchargements ne font intervenir ni l’al. 3(1)f) ni les droits d’exécution de l’auteur, la *Loi sur le droit d’auteur* protège les téléchargements au moyen d’un ensemble différent de droits : les droits de reproduction et d’autorisation. Si une œuvre est téléchargée, le droit de reproduction de l’auteur est mis en jeu; si l’œuvre est mise à la disposition pour téléchargement, le droit de l’auteur d’autoriser les reproductions est mis en jeu. Pour bien saisir ce point, il faut comprendre le droit d’autoriser des reproductions ou représentations d’une œuvre visé au par. 3(1).

[104] « Constitue une violation du droit d’auteur l’accomplissement, sans le consentement du titulaire de ce droit, d’un acte qu’en vertu de la présente loi seul ce titulaire a la faculté d’accomplir » : par. 27(1). Est notamment visé le droit d’« autoriser » une reproduction ou une exécution ou représentation : par. 3(1). « Autoriser » signifie « sanctionner, approuver ou soutenir » : *CCH*, par. 38, citant *Muzak Corp. c. Composers, Authors and Publishers Association of Canada, Ltd.*, [1953] 2 R.C.S. 182, p. 193. La question de savoir si une reproduction ou encore une exécution ou représentation a été autorisée est une question de fait, et la réponse peut « s’inférer d’agissements qui ne sont pas des actes directs et positifs, et notamment d’un degré suffisamment élevé d’indifférence » : *CCH*, par. 38.

[105] L’autorisation est un droit distinct conféré aux titulaires de droits d’auteur. Un utilisateur qui autorise illégalement une reproduction ou une exécution d’une œuvre peut être tenu responsable de la violation de

of whether the work is ultimately reproduced or performed: *CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada*, 2002 FCA 187, [2002] 4 F.C. 213, at paras. 112-13; *Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Canadian Assn. of Internet Providers*, 2004 SCC 45, [2004] 2 S.C.R. 427, at para. 120; B. Sookman, S. Mason and C. Craig, *Copyright: Cases and Commentary on the Canadian and International Law* (2nd ed. 2013), at p. 1001.

[106] If an individual makes a work available for downloading, that person implicitly authorizes the work's reproduction: *Apple Computer, Inc. v. Mackintosh Computers Ltd.*, [1988] 1 F.C. 673 (C.A.), at p. 697, aff'd [1990] 2 S.C.R. 209. As the Copyright Board recognized in *SOCAN Statement of Royalties, Public Performance of Musical Works 1996, 1997, 1998 (Tariff 22, Internet) (Re)* (1999), 1 C.P.R. (4th) 417,

“[a]uthorization” constitutes a separate protected use under the *Act*. To authorize is to sanction, approve and countenance. The person who makes a musical work available on an Internet-accessible site authorizes its communication. The work is posted for the sole purpose of being communicated and with full knowledge and intention that such a communication would occur. The person who makes the work available does more than merely provide the means to communicate the work; he/she either controls or purports to control the right to communicate it.

...

Moreover, it is the act of posting that constitutes authorization. By doing so, a person invites anyone with Internet access to have the work communicated to them. [Footnotes omitted; pp. 455-57.]

(See also *Warman v. Fournier*, 2012 FC 803, 104 C.P.R. (4th) 21, at para. 13.)

[107] While the above passage refers to communications, the Board's comments are similarly applicable to reproductions. If a person makes a work available for downloading without authorization, that person infringes the copyright owner's right to authorize

ce droit, que l'œuvre ait en fin de compte été ou non reproduite ou exécutée : *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*, 2002 CAF 187, [2002] 4 C.F. 213, par. 112-113; *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Assoc. canadienne des fournisseurs Internet*, 2004 CSC 45, [2004] 2 R.C.S. 427, par. 120; B. Sookman, S. Mason et C. Craig, *Copyright : Cases and Commentary on the Canadian and International Law* (2^e éd. 2013), p. 1001.

[106] Si une personne met une œuvre à la disposition pour téléchargement, cette personne autorise implicitement la reproduction de l'œuvre : *Apple Computer, Inc. c. Mackintosh Computers Ltd.*, [1988] 1 C.F. 673 (C.A.), p. 697, conf. par [1990] 2 R.C.S. 209. Tel que l'a reconnu la Commission du droit d'auteur dans la décision *SOCAN — Tarif 22 (Transmission d'œuvres musicales à des abonnés d'un service de télécommunications non visé par le tarif 16 ou le tarif 17)*, 1999 CanLII 35813,

[I]’ « autorisation » constitue une utilisation protégée distincte sous le régime de la *Loi*. Autoriser, c’est sanctionner, appuyer et soutenir. La personne qui rend disponible une œuvre musicale sur un site accessible par l’Internet en autorise la communication. Elle le fait uniquement afin que celle-ci puisse être communiquée, en sachant fort bien et en espérant qu’une telle communication aura lieu. La personne qui rend l’œuvre disponible ne fait pas que fournir les moyens d’assurer la communication de l’œuvre; elle contrôle ou prétend contrôler le droit de la communiquer.

...

De plus, c’est l’acte même de rendre disponible qui constitue une autorisation. En agissant de la sorte, la personne se trouve à offrir à ceux qui ont accès à l’Internet de leur communiquer l’œuvre. [Notes en bas de page omises; p. 29-31.]

(Voir aussi *Warman c. Fournier*, 2012 CF 803, par. 13 (CanLII).)

[107] Bien que le passage reproduit ci-dessus renvoie aux communications, les commentaires de la Commission valent également pour les reproductions. Si une personne met une œuvre à la disposition pour téléchargement sans y être autorisée, cette personne

reproductions. That is so regardless of whether the works are ultimately downloaded.

[108] Together, the performance, reproduction, and authorization rights in s. 3(1) of the *Copyright Act* give effect to Canada's obligations under art. 8 and they do so in a technologically neutral manner. If a work is streamed or made available for on-demand streaming, the author's performance right is engaged. If a work is downloaded, the author's reproduction right is engaged. If a work is made available for downloading, the author's right to authorize reproductions is engaged. There are no gaps in protection.

[109] I would add that there is nothing novel about relying on a combination of rights to give effect to the obligations under art. 8. As noted above, the United States also relies on a combination of rights to satisfy art. 8's requirements. As the United States Copyright Office explained, when examining the United States' compliance with the *WIPO Copyright Treaty*,

[t]he Office maintains its longstanding view that the act of making a copyrighted work available in such a way that members of the public may access it at a time and place of their choosing will implicate one or more of the exclusive rights under Section 106 of the U.S. Copyright Act. In general, where a party offers members of the public access to a work in the form of a download, the offer implicates the right of distribution. Where access is offered in the form of a stream or the showing of an image, the relevant right is that of public performance or public display. In each case, the applicable statutory provision satisfies the essential elements of the treaty obligation, including specifically the requirements that the exclusive right cover (1) offers to communicate a work, not just completed transmissions, and (2) individualized communications that can be received in separate places and at different times. [p. 74]

viole le droit d'auteur du titulaire de ce droit à autoriser les reproductions, et ce, que l'œuvre soit ou non téléchargée en fin de compte.

[108] Ensemble, les droits d'exécution et représentation, de reproduction et d'autorisation conférés par le par. 3(1) de la *Loi sur le droit d'auteur* donnent effet aux obligations du Canada au titre de l'art. 8, et ils le font d'une manière qui respecte le principe de neutralité technologique. Si une œuvre est diffusée en continu ou mise à la disposition pour diffusion en continu sur demande, le droit d'exécution de l'auteur intervient. Si une œuvre est téléchargée, c'est le droit de reproduction de l'auteur qui intervient. Enfin, si une œuvre est mise à la disposition pour téléchargement, c'est le droit de l'auteur d'autoriser les reproductions qui entre en jeu. La protection ne souffre d'aucune lacune.

[109] J'ajouterais qu'il n'y a rien de nouveau dans le fait d'avoir recours à une combinaison de droits pour donner effet aux obligations découlant de l'art. 8. Rappelons que les États-Unis le font eux aussi. Comme l'a expliqué le *Copyright Office* (Bureau du droit d'auteur) des États-Unis, alors qu'il examinait le respect par ce pays du *Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur*,

[TRADUCTION] [l]e Bureau maintient son opinion de longue date suivant laquelle l'acte de mettre à la disposition une œuvre protégée par le droit d'auteur de manière à ce que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit fera intervenir un ou plusieurs droits exclusifs prévus à l'article 106 de la loi sur le droit d'auteur des É-U. En général, lorsqu'une partie offre aux membres du public d'accéder à une œuvre au moyen d'un téléchargement, l'offre fait intervenir le droit de distribution. Lorsque l'accès est offert sous la forme d'une diffusion en continu ou la présentation d'une image, le droit en cause est le droit relatif à l'exécution publique ou à la présentation publique. Dans chaque cas, la disposition légale applicable répond aux éléments essentiels de l'obligation découlant du traité, notamment l'exigence que le droit exclusif vise (1) des offres de communication d'une œuvre, et non uniquement des transmissions effectuées, et (2) des communications individualisées qui puissent être reçues dans des lieux distincts et à des moments différents. [p. 74].

D. Summary

[110] To recap, I do not agree with the Board’s interpretation of s. 2.4(1.1). The reading most consistent with the text, structure, purpose and context of s. 2.4(1.1) is as follows: s. 2.4(1.1) clarifies that (1) s. 3(1)(f) applies to on-demand streams, and (2) a work is performed as soon as it is made available for on-demand streaming.

[111] This interpretation of s. 2.4(1.1) gives effect to Canada’s obligations under art. 8. There is no way to download a work, stream a work, or make a work available for on-demand streaming or downloading that does not engage one of the author’s exclusive rights in s. 3(1).

[112] This interpretation is also technologically neutral. Similar to offline distributions, downloading or streaming works will continue to engage only one copyright interest and require paying one royalty — a reproduction royalty for downloads or a performance royalty for streams. If a work is downloaded or made available for downloading, s. 3(1)(f) is not engaged. If a work is made available for streaming and later streamed, s. 3(1)(f) is only engaged once.

[113] Before concluding, I would note that the value of these rights is not in issue in this appeal. Setting the appropriate royalties to compensate authors when these rights are engaged is a matter for the Board to decide. Similarly, the considerations that a court might have regard to in assessing monetary remedies for infringement is a matter to be decided if and when such a case arises.

D. Résumé

[110] En somme, je ne souscris pas à l’interprétation du par. 2.4(1.1) faite par la Commission. L’interprétation suivante est plus compatible avec le texte, la structure, l’objet et le contexte de cette disposition : le par. 2.4(1.1) précise (1) que l’al. 3(1)f) s’applique aux diffusions en continu sur demande et (2) qu’une œuvre est exécutée dès qu’elle est mise à disposition pour diffusion en continu sur demande.

[111] Cette interprétation du par. 2.4(1.1) donne effet aux obligations du Canada au titre de l’art. 8. Il est impossible de télécharger une œuvre, de diffuser en continu une œuvre ou de mettre une œuvre à la disposition pour diffusion en continu sur demande ou pour téléchargement sans mettre en jeu l’un des droits exclusifs de l’auteur prévus au par. 3(1).

[112] Cette interprétation respecte aussi le principe de neutralité technologique. À l’instar des distributions hors ligne, le téléchargement ou la diffusion en continu d’œuvres ne font intervenir qu’un seul droit et commandent le paiement d’une seule redevance — une redevance de reproduction pour les téléchargements ou une redevance d’exécution pour les diffusions en continu. Si une œuvre est téléchargée ou mise à la disposition du public pour téléchargement, l’al. 3(1)f) ne s’applique pas. Si une œuvre est mise à la disposition du public pour diffusion en continu, puis diffusée en continu ultérieurement, l’al. 3(1)f) ne s’applique qu’une fois.

[113] Avant de conclure, je tiens à signaler que la valeur de ces droits n’est pas en litige dans le présent pourvoi. C’est à la Commission qu’incombe la tâche de trancher la question de l’établissement de redevances appropriées pour rémunérer les auteurs lorsque ces droits entrent en jeu. De même, la détermination des facteurs dont pourrait tenir compte une cour pour évaluer les réparations pécuniaires découlant d’une violation sera une question à trancher en temps opportun, dans l’éventualité où une telle question serait soulevée dans une affaire.

VII. Conclusion

[114] For the foregoing reasons, I would dismiss the appeal. Apple Inc. and Apple Canada Inc. are awarded their costs in this Court; the remaining respondents are awarded their costs in this Court and in the Federal Court of Appeal.

The reasons of Karakatsanis and Martin JJ. were delivered by

[115] KARAKATSANIS J. — In *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov*, 2019 SCC 65, [2019] 4 S.C.R. 653, this Court sought to bring coherence and predictability to the law governing judicial review. The majority “set out a holistic revision of the framework” anchored in a strong presumption of reasonableness, which could only be rebutted in five situations (para. 143).

[116] This case does not fall within any of those categories. Nevertheless, my colleague concludes the standard of review is correctness. Even though the majority in *Vavilov* did not choose to recognize concurrent first instance jurisdiction between courts and administrative bodies as an exception to the presumption of reasonableness, my colleague does so, creating a sixth category of correctness review. I cannot agree.

[117] By creating a new correctness category only three years after a majority of the Court set out a comprehensive framework, my colleague’s conclusion undermines *Vavilov*’s promise of certainty and predictability. His approach shows no fidelity to the majority’s reasons in *Vavilov*, which were “the product of careful consideration undertaken following extensive submissions and based on a thorough review of the relevant jurisprudence” (para. 69). This thorough review obviously considered correctness cases of recent vintage, such as *Rogers Communications Inc. v. Society of Composers, Authors and Music Publishers*

VII. Conclusion

[114] Pour les motifs qui précèdent, je suis d’avis de rejeter le pourvoi. Apple Inc. et Apple Canada Inc. se voient adjuger leurs dépens devant notre Cour; les autres intimées se voient adjuger leurs dépens devant notre Cour et la Cour d’appel fédérale.

Version française des motifs des juges Karakatsanis et Martin rendus par

[115] LA JUGE KARAKATSANIS — Dans l’arrêt *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) c. Vavilov*, 2019 CSC 65, [2019] 4 R.C.S. 653, notre Cour a voulu apporter cohérence et prévisibilité au droit régissant le contrôle judiciaire. Les juges majoritaires ont entrepris « une révision globale du cadre d’analyse » ancrée dans une forte présomption d’application de la norme de la décision raisonnable, qui ne pouvait être réfutée que dans cinq situations (par. 143).

[116] La présente affaire ne fait partie d’aucune de ces situations. Mon collègue conclut tout de même que la norme de contrôle applicable est celle de la décision correcte. Bien que les juges majoritaires dans *Vavilov* n’aient pas choisi de reconnaître la compétence concurrente en première instance entre les cours de justice et les organismes administratifs comme une exception à la présomption d’application de la norme de la décision raisonnable, mon collègue le fait, créant ainsi une sixième catégorie de questions appelant la norme de la décision correcte. Je ne saurais être d’accord.

[117] En créant une nouvelle catégorie de questions appelant la norme de la décision correcte seulement trois ans après la mise en œuvre d’un cadre d’analyse exhaustif par les juges majoritaires de la Cour, mon collègue compromet la certitude et la prévisibilité promises dans *Vavilov*. Son approche n’est d’aucune manière fidèle aux motifs des juges majoritaires dans *Vavilov*, qui « découl[aient] d’un examen minutieux, entrepris après avoir reçu des observations approfondies et procédé à une étude fouillée de la jurisprudence applicable » (par. 69). Dans cette étude fouillée, les juges majoritaires ont évidemment tenu compte

of Canada, 2012 SCC 35, [2012] 2 S.C.R. 283. Indeed, the majority cited *Rogers* at para. 48.

[118] In my view, a faithful application of the *Vavilov* framework can only result in one conclusion — the standard of review in this case is reasonableness. Even so, the Copyright Board of Canada’s decision cannot be upheld. The reasons are unreasonable in light of the statutory context and this Court’s precedents.

[119] My reasons proceed in three parts. First, I address the applicable standard of review in light of *Vavilov*. Second, I discuss the appropriate approach to a reasonableness review. Finally, I turn to the Board’s reasons in this case (2017 CanLII 152886).

I. The Standard of Review is Reasonableness

[120] In the decade following the Court’s decision in *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, the standard of review proved contentious. *Vavilov* promised to bring the parties’ focus back to the substantive merits of their case rather than the governing test (para. 69, quoting *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers’ Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654, at para. 36, which quoted *Dunsmuir*, at para. 145, per Binnie J., concurring).

[121] In granting leave in *Vavilov*, the Court “viewed these appeals as an opportunity to consider the law applicable to the judicial review of administrative decisions as addressed in *Dunsmuir* and subsequent cases” (para. 6 (emphasis added)). The Court “appointed two *amici curiae*, invited the parties to devote a substantial portion of their submissions to the standard of review issue, and granted leave to 27 interveners, comprising 4 attorneys general and numerous organizations representing the breadth of

d’arrêts récents où la norme de la décision correcte a été appliquée, comme *Rogers Communications Inc. c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2012 CSC 35, [2012] 2 R.C.S. 283. En effet, ils ont cité l’arrêt *Rogers* au par. 48.

[118] À mon avis, une application fidèle du cadre d’analyse établi dans *Vavilov* ne peut mener qu’à une seule conclusion : la norme de contrôle en l’espèce est celle de la décision raisonnable. Même d’après cette norme, la décision de la Commission du droit d’auteur du Canada ne peut être maintenue. Les motifs sont déraisonnables à la lumière du contexte législatif et de la jurisprudence de notre Cour.

[119] Mes motifs se divisent en trois parties. Premièrement, je me pencherai sur la norme de contrôle applicable à la lumière de *Vavilov*. Deuxièmement, j’expliquerai la bonne façon de procéder à un contrôle judiciaire suivant la norme de la décision raisonnable. Enfin, j’examinerai les motifs de la Commission en l’espèce (2017 CanLII 152886).

I. La norme de contrôle est celle de la décision raisonnable

[120] Dans la décennie qui a suivi l’arrêt de notre Cour dans *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, la norme de contrôle s’est révélée être un sujet controversé. La promesse de l’arrêt *Vavilov* était d’amener les parties à s’attacher à leurs prétentions sur le fond plutôt qu’au critère applicable (par. 69, citant *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers’ Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654, par. 36, où était cité *Dunsmuir*, par. 145, motifs concordants du juge Binnie).

[121] En accordant l’autorisation de pourvoi dans *Vavilov*, la Cour a « consid[éré] les [. . .] pourvois comme une occasion de se pencher sur le droit applicable au contrôle judiciaire des décisions administratives tel que traité dans l’arrêt *Dunsmuir* et les arrêts subséquents » (par. 6 (je souligne)). La Cour « a nommé deux *amici curiae*, invité les parties à consacrer une bonne partie de leurs arguments à la question de la norme de contrôle et accordé l’autorisation d’intervenir à 27 intervenants, dont 4

the Canadian administrative law landscape” (*Vavilov*, at para. 6).

[122] In addition to hearing from a broad range of parties, the Court undertook an exhaustive review of its jurisprudence, including recent correctness cases: *Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Canadian Assn. of Internet Providers*, 2004 SCC 45, [2004] 2 S.C.R. 427, at paras. 48-50; *Rogers*, at paras. 10-20; *Canadian Broadcasting Corp. v. SODRAC 2003 Inc.*, 2015 SCC 57, [2015] 3 S.C.R. 615 (*CBC*), at para. 35. The majority’s decision was “the product of careful consideration undertaken following extensive submissions and based on a thorough review of the relevant jurisprudence” (*Vavilov*, at para. 69 (emphasis added)).

[123] With the assistance of submissions and our existing jurisprudence, the majority set out a new “holistic” framework. *Vavilov* was explicit about what it accomplished: a presumption of reasonableness in judicial review that could only be displaced in five situations. Those situations are: (i) where the legislature explicitly prescribes the applicable standard of review; (ii) where the legislature has provided a statutory appeal mechanism; (iii) constitutional questions; (iv) general questions of law of central importance to the legal system as a whole; and (v) questions related to the jurisdictional boundaries between two or more administrative bodies (*Vavilov*, at paras. 17 and 69). The Court made clear “that these reasons address all of the situations in which a reviewing court should derogate from the presumption of reasonableness review” (*Vavilov*, at para. 69 (emphasis added)).

[124] Concurrent jurisdiction at first instance was not among these five exceptional categories. Although the Court did not “definitively foreclose the possibility that another category could be recognized”, noting that “it would be unrealistic to declare that we have contemplated every possible set of circumstances [that would] require a derogation from the presumption of reasonableness”, this was clearly not so with

procureurs généraux et de nombreuses organisations représentatives de tout l’éventail du droit administratif canadien » (*Vavilov*, par. 6).

[122] En plus d’entendre un large éventail de parties, la Cour a entrepris un examen exhaustif de sa jurisprudence, y compris des arrêts récents où la norme de la décision correcte a été appliquée : *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Assoc. canadienne des fournisseurs Internet*, 2004 CSC 45, [2004] 2 R.C.S. 427, par. 48-50; *Rogers*, par. 10-20; *Société Radio-Canada c. SODRAC 2003 Inc.*, 2015 CSC 57, [2015] 3 R.C.S. 615 (*SR*C), par. 35. La décision des juges majoritaires « découle[ait] d’un examen minutieux, entrepris après avoir reçu des observations approfondies et procédé à une étude fouillée de la jurisprudence applicable » (*Vavilov*, par. 69 (je souligne)).

[123] À l’aide des arguments des parties et de notre jurisprudence actuelle, les juges majoritaires ont établi un nouveau cadre « globa[l] ». L’arrêt *Vavilov* indiquait clairement ce qu’il établissait : une présomption d’application de la norme de la décision raisonnable en contrôle judiciaire qui ne pouvait être réfutée que dans cinq situations. Ces situations sont les suivantes : (i) lorsque le législateur a prescrit expressément la norme de contrôle applicable, (ii) lorsque le législateur a prévu dans la loi un mécanisme d’appel, (iii) les questions constitutionnelles, (iv) les questions de droit générales d’importance capitale pour le système juridique dans son ensemble, ainsi que (v) les questions liées aux délimitations des compétences respectives d’organismes administratifs (*Vavilov*, par. 17 et 69). La Cour a indiqué clairement « que les présents motifs couvrent l’ensemble des situations dans lesquelles il convient que la cour de révision déroge à la présomption de contrôle selon la norme de la décision raisonnable » (*Vavilov*, par. 69 (je souligne)).

[124] La compétence concurrente en première instance ne faisait pas partie de ces cinq catégories exceptionnelles. Bien que la Cour n’ait pas « ferm[é] [. . .] définitivement la porte à la possibilité qu’une autre catégorie puisse [. . .] être reconnue », soulignant qu’il « serait illusoire de déclarer [avoir] envisagé toutes les combinaisons possibles de circonstances [qui] pourront commander une dérogação à la

concurrent first instance jurisdiction between the Copyright Board and courts (para. 70). I repeat the obvious: The Court had its own recent precedent in *Rogers* before it — a decision that is cited in *Vavilov*. The establishment of new categories was explicitly reserved for possible circumstances the Court could not realistically foresee. It is “unrealistic” to suggest that the Court’s *own precedent* represents a “possible set of circumstances” that it could not “have contemplated”.

[125] Instead, the Court chose *not* to make first instance concurrent jurisdiction an exception. In so doing, it overturned *Rogers* on the standard of review issue. This was not an oversight. Nor was it inadvertent. The majority acknowledged that the judgment “depart[ed] from the Court’s existing jurisprudence on standard of review in certain respects” (*Vavilov*, at para. 18).

[126] Finally, even if *Rogers* had *not* been within the contemplation of the Court, it would not qualify as an additional exceptional correctness category: “any new basis for correctness review would be exceptional and would need to be consistent with the framework and the overarching principles set out in these reasons” (*Vavilov*, at para. 70).

[127] I reject the suggestion that this is such a rare and exceptional circumstance. A new category of concurrent jurisdiction at first instance cannot be justified on the basis of the rule of law or legislative intent. These considerations did not justify the creation of this category in *Vavilov*. They do not justify creating this category now.

[128] First, I agree with the majority in *Vavilov* that “the more robust form of reasonableness review . . . , which accounts for the value of consistency and the

présomption d’application de la norme de la décision raisonnable », ce n’était manifestement pas le cas de la compétence concurrente en première instance entre la Commission du droit d’auteur et les cours de justice (par. 70). Je répète l’évidence : la Cour a considéré sa propre jurisprudence récente — l’arrêt *Rogers*, qui a été cité dans *Vavilov*. L’établissement de nouvelles catégories était expressément réservé aux circonstances possibles que la Cour ne pouvait pas raisonnablement prévoir. Il est « illusoire » de laisser entendre que la *jurisprudence même* de la Cour représente une « combinaison possible de circonstances » qu’elle n’a pas pu « envisager ».

[125] En fait, la Cour a choisi de *ne pas* faire de la compétence concurrente en première instance une exception. Ainsi, elle a infirmé l’arrêt *Rogers* sur la question de la norme de contrôle. Il ne s’agissait pas d’un oubli. Il ne s’agissait pas non plus d’une erreur d’inattention. Les juges majoritaires ont reconnu que le jugement « s’écart[ait] à certains égards de la jurisprudence actuelle de la Cour » sur la question de la norme de contrôle (*Vavilov*, par. 18).

[126] Enfin, même si l’arrêt *Rogers* n’avait *pas* été considéré par la Cour, la situation évoquée ne revêt pas le caractère exceptionnel nécessaire pour justifier la création d’une nouvelle catégorie appelant à la norme de la décision correcte : « tout nouveau fondement pour l’application de la norme de la décision correcte devrait revêtir un caractère exceptionnel et devrait respecter le cadre d’analyse et les principes prépondérants énoncés dans les présents motifs » (*Vavilov*, par. 70).

[127] Je rejette la suggestion selon laquelle nous sommes en présence de telles circonstances rares et exceptionnelles. Reconnaître la compétence concurrente en première instance comme une nouvelle catégorie ne peut être justifié sur le fondement de la primauté du droit ou de l’intention du législateur. Ces considérations ne justifiaient pas la création de cette catégorie dans *Vavilov*. Elles ne justifient pas la création de cette catégorie maintenant non plus.

[128] Premièrement, je conviens avec les juges majoritaires dans *Vavilov* que « le cadre d’application plus rigoureux de la norme de la décision raisonnable

threat of arbitrariness, is capable, in tandem with internal administrative processes to promote consistency and with legislative oversight . . . , of guarding against threats to the rule of law” (para. 72 (citation omitted)). With courts also acting as first instance decision makers, a robust form of reasonableness is even more equipped to safeguard the rule of law. Specifically, a binding and material precedent will place a limit on what is reasonable in the circumstances (*Vavilov*, at paras. 111-12, per the majority, and para. 293, per Abella and Karakatsanis JJ., dissenting, but not on this point).

[129] Administrative decision makers also play an important role in upholding and applying the rule of law. In any event, consistency in decision making and the rule of law cannot be absolute in nature regardless of the context (*Domtar Inc. v. Quebec (Commission d’appel en matière de lésions professionnelles)*, [1993] 2 S.C.R. 756, at pp. 787-88).

[130] In my view, recognizing a sixth category on the basis of the rule of law flouts *stare decisis* principles and therefore runs directly *counter* to the rule of law. Ultimately, a faithful application of the majority’s framework in *Vavilov* cannot credibly justify the creation of a sixth correctness category on this basis.

[131] Second, the *Copyright Act*, R.S.C. 1985, c. C-42, gives no clear signal of legislative intent regarding the applicable standard of review. *Vavilov* states that the legislature can provide this signal in two ways: it can explicitly prescribe the standard, or it can provide a statutory appeal mechanism (para. 33). Concurrent jurisdiction between a tribunal and a court was before the Court in *Vavilov* but was not identified as an analogous signal of legislative intent requiring correctness review. Here, there is no legislated standard of review, statutory appeal mechanism, nor any other analogous provisions. Legislative choice “pulls in two directions” — the absence of these “clear

[. . .], qui tient compte de la valeur que représente la cohérence et du risque d’arbitraire, permet, de concert avec les processus administratifs internes qui favorisent l’uniformité et avec le contrôle que peut exercer le législateur [. . .], de se prémunir face aux menaces à la primauté du droit » (par. 72 (référence omise)). Lorsque des cours de justice agissent aussi comme décideurs de première instance, un cadre d’application plus rigoureux de la norme de la décision raisonnable parvient encore mieux à protéger la primauté du droit. Plus particulièrement, un précédent contraignant et important délimitera ce qui est raisonnable dans les circonstances (*Vavilov*, par. 111-112, les juges majoritaires, et par. 293, les juges Abella et Karakatsanis, dissidentes, mais non sur ce point).

[129] Les décideurs administratifs jouent eux aussi un rôle important dans le respect et l’application de la primauté du droit. Quoi qu’il en soit, la cohérence décisionnelle et la primauté du droit ne sauraient avoir un caractère absolu, peu importe le contexte (*Domtar Inc. c. Québec (Commission d’appel en matière de lésions professionnelles)*, [1993] 2 R.C.S. 756, p. 787-788).

[130] À mon avis, reconnaître une sixième catégorie sur le fondement de la primauté du droit bafoue le principe du *stare decisis* et, par conséquent, va directement à *l’encontre* de la primauté du droit. En fin de compte, une application fidèle du cadre d’analyse établi par les juges majoritaires dans *Vavilov* ne peut, de manière crédible, justifier la création d’une sixième catégorie de questions appelant la norme de la décision correcte sur ce fondement.

[131] Deuxièmement, la *Loi sur le droit d’auteur*, L.R.C. 1985, c. C-42, ne donne aucune indication claire de l’intention du législateur concernant la norme de contrôle applicable. Dans l’arrêt *Vavilov*, la Cour a affirmé que le législateur peut indiquer son intention de deux façons : il peut prescrire expressément la norme de contrôle ou prévoir dans la loi un mécanisme d’appel (par. 33). Dans *Vavilov*, la Cour a nécessairement considéré la question de la compétence concurrente entre un tribunal et une cour de justice, mais ne l’a néanmoins pas identifiée comme un signal de l’intention du législateur exigeant la norme de la décision correcte. Dans le cas qui nous occupe, il

signals” is telling (*Vavilov*, at paras. 39 and 49). It follows that a sixth category cannot be established on the basis of Parliament’s intent.

[132] Consequently, neither legislative intent nor the rule of law can bring this case into the realm of the “rare and exceptional” — to conclude otherwise sweeps aside the Court’s recently established framework governing the standard of review. Rather, the creation of a sixth category is simply contrary to the majority reasons in *Vavilov*. This Court’s “guidance . . . should be treated as binding” when it “turns its full attention to an issue and deals with it definitively” (M. Rowe and L. Katz, “A Practical Guide to *Stare Decisis*” (2020), 41 *Windsor Rev. Legal Soc. Issues* 1, at p. 10).

[133] Although my colleague relies on para. 70 to steer off the clear pathway set by *Vavilov*, it must be read in the context of the preceding paragraph. Paragraph 69 speaks for itself:

In these reasons, we have identified five situations in which a derogation from the presumption of reasonableness review is warranted either on the basis of legislative intent (i.e., legislated standards of review and statutory appeal mechanisms) or because correctness review is required by the rule of law (i.e., constitutional questions, general questions of law of central importance to the legal system as a whole, and questions regarding jurisdictional boundaries between administrative bodies). This framework is the product of careful consideration undertaken following extensive submissions and based on a thorough review of the relevant jurisprudence. We are of the view, at this time, that these reasons address all of the situations in which a reviewing court should derogate from the presumption of reasonableness review. As previously indicated, courts should no longer engage in a contextual inquiry to determine the standard of review or to rebut the presumption of reasonableness review. Letting go of this contextual approach will, we hope, “get the parties away from arguing about the tests and back to arguing about the substantive

n’y a aucune norme de contrôle prescrite ni aucun mécanisme d’appel prévu par la loi, ni aucune autre disposition semblable. Le choix du législateur « pointe [. . .] vers deux directions opposées » — l’absence de ces « indications claires » est révélatrice (*Vavilov*, par. 39 et 49). Il s’ensuit qu’une sixième catégorie de questions ne peut être établie sur le fondement de l’intention du Parlement.

[132] Par conséquent, ni l’intention du législateur ni la primauté du droit ne peut élever la présente affaire au rang des circonstances « rares et exceptionnelles »; conclure autrement écarterait le cadre d’analyse régissant la norme de contrôle récemment établi par la Cour. En fait, la création d’une sixième catégorie de questions est simplement contraire aux motifs des juges majoritaires dans *Vavilov*. Lorsque la Cour [TRADUCTION] « accorde toute son attention à une question et la tranche de façon définitive », ses « instructions [. . .] devraient être considérées comme contraignantes » (M. Rowe et L. Katz, « A Practical Guide to *Stare Decisis* » (2020), 41 *Windsor Rev. Legal Soc. Issues* 1, p. 10).

[133] Bien que mon collègue s’appuie sur le par. 70 pour s’écarter de la voie bien tracée par l’arrêt *Vavilov*, ce paragraphe doit être lu eu égard à celui qui le précède. Le paragraphe 69 parle de lui-même :

Dans les présents motifs, nous avons relevé cinq situations où se justifie une dérogation à la présomption de contrôle selon la norme de la décision raisonnable, soit sur le fondement de l’intention du législateur (en l’occurrence, les normes de contrôle établies par voie législative et les mécanismes d’appel prévus par la loi), soit parce que la primauté du droit exige un contrôle selon la norme de la décision correcte (en l’occurrence, les questions constitutionnelles, les questions de droit générales d’importance capitale pour le système juridique dans son ensemble, ainsi que les questions liées aux délimitations des compétences respectives d’organismes administratifs). Ce cadre d’analyse découle d’un examen minutieux, entrepris après avoir reçu des observations approfondies et procédé à une étude fouillée de la jurisprudence applicable. Pour le moment, nous estimons que les présents motifs couvrent l’ensemble des situations dans lesquelles il convient que la cour de révision déroge à la présomption de contrôle selon la norme de la décision raisonnable. Comme nous l’avons déjà indiqué, les cours de justice ne devraient plus

merits of their case”: *Alberta Teachers*, at para. 36, quoting *Dunsmuir*, at para. 145, per Binnie J., concurring.

[134] For all these reasons, I conclude that the majority decision in *Vavilov* compels review of the Board’s decision under a reasonableness standard.

[135] Given the majority’s departure from *Vavilov*, I would sound a note of caution. Questioning the continued authority of correctness cases that predate *Vavilov* undermines the Court’s framework and its goal of promoting consistency, coherence, and certainty in the law of judicial review. Regrettably, my colleague’s approach will not be without consequences. Not only will it open the door to endless litigation concerning possible exceptions to the reasonableness presumption, it will erode the presumption of reasonableness in all standard of review cases going forward. This result is precisely what *Vavilov* aimed to avoid.

II. Reasonableness Review

[136] Before turning to the Board’s reasons in this case, I address the approach to reasonableness review. First, three clarifying comments.

[137] In *Vavilov*, the Court was clear: there is only one standard of reasonableness. The Court expressly rejected the idea that context could modify the standard or degree of scrutiny by the reviewing court. While context does not affect the standard of review, it is obviously important in determining whether the decision itself is reasonable (*Vavilov*, at para. 67; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*,

recourir à l’analyse contextuelle pour déterminer la norme de contrôle applicable ou pour réfuter la présomption d’application de la norme de la décision raisonnable. En finir avec cette approche contextuelle fera en sorte, nous l’espérons, que « les parties cessent de débattre des critères applicables et fassent plutôt valoir leurs prétentions sur le fond » : *Alberta Teachers*, par. 36, citant *Dunsmuir*, par. 145, motifs concordants du juge Binnie.

[134] Pour tous ces motifs, je conclus que la décision des juges majoritaires dans l’arrêt *Vavilov* exige que la décision de la Commission soit contrôlée selon la norme de la décision raisonnable.

[135] Étant donné que les juges majoritaires en l’espèce se sont écartés de l’arrêt *Vavilov*, je tiens à faire une mise en garde. Remettre en question la jurisprudence constante établie par des arrêts antérieurs à *Vavilov* où la norme de la décision correcte a été appliquée mine le cadre d’analyse énoncé par la Cour ainsi que son objectif de promouvoir l’uniformité, la cohérence et la certitude dans le droit régissant le contrôle judiciaire. Malheureusement, l’approche adoptée par mon collègue ne sera pas sans conséquence. Non seulement va-t-elle ouvrir la porte à des litiges sans fin concernant des exceptions possibles à la présomption d’application de la norme de la décision raisonnable, mais elle va également éroder cette présomption dans toutes les affaires portant sur le choix de la norme de contrôle à l’avenir. C’est précisément ce résultat que *Vavilov* visait à éviter.

II. Contrôle selon la norme de la décision raisonnable

[136] Avant d’examiner les motifs de la Commission en l’espèce, je me pencherai sur la façon d’aborder l’application de la norme de la décision raisonnable dans le cadre du contrôle judiciaire. Premièrement, j’aimerais apporter trois précisions.

[137] Dans l’arrêt *Vavilov*, la Cour a été claire : il n’y a qu’une seule norme de la décision raisonnable. La Cour a expressément rejeté l’idée selon laquelle le contexte pourrait modifier la norme ou le degré d’examen que doit appliquer la cour de révision. Bien que le contexte ne change en rien la norme de contrôle, il est évidemment important pour déterminer si la décision en soi est raisonnable (*Vavilov*, par. 67;

2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339, at para. 59). To the extent that the reasons of the Federal Court of Appeal imply otherwise, they are incorrect (2020 FCA 100, [2021] 1 F.C.R. 374).

[138] Second, I would also note that, in conducting a reasonableness review, it is not helpful to review the factors set out by the court below in paras. 26-36 of their reasons. *Vavilov* was designed to provide a clear, coherent and *comprehensive* framework, so additional considerations are unnecessary and undermine the Court’s goal of bringing clarity to the standard of review.

[139] Finally, it is misleading to characterize the Court’s recent jurisprudence as a return to textualism, as the Federal Court of Appeal did, at para. 42. As the Court confirmed in *Vavilov*, courts and administrative decision makers alike interpret a statutory provision “by applying the ‘modern principle’ of statutory interpretation, that is, that the words of a statute must be read ‘in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament’” (*Vavilov*, at para. 117, citing *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at para. 21, and *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559, at para. 26, both quoting E. Driedger, *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at p. 87).

[140] Context and consequences remain essential (see, e.g., *Uber Technologies Inc. v. Heller*, 2020 SCC 16, [2020] 2 S.C.R. 118). A purely textual reading is inconsistent with a broad and remedial approach to statutory interpretation. And, as Abella J. and I have noted elsewhere, “words matter, policy objectives matter, and consequences matter” (*TELUS Communications Inc. v. Wellman*, 2019 SCC 19, [2019] 2 S.C.R. 144, at para. 108).

[141] With those clarifications in mind, the framework for reasonableness review can be plainly stated as follows.

Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339, par. 59). Dans la mesure où les motifs de la Cour d’appel fédérale laissent entendre le contraire, ils sont incorrects (2020 CAF 100, [2021] 1 R.C.F. 374).

[138] Deuxièmement, je ferais également observer que, dans le cadre d’un contrôle selon la norme de la décision raisonnable, il n’est pas utile d’examiner les facteurs énoncés par la juridiction inférieure aux par. 26-36 de ses motifs. L’arrêt *Vavilov* visait à établir un cadre clair, cohérent et *complet*; toute considération additionnelle est donc inutile et mine l’objectif de la Cour de clarifier la norme de contrôle.

[139] Enfin, il est trompeur de qualifier la jurisprudence récente de notre Cour de retour au textualisme, comme l’a fait la Cour d’appel fédérale au par. 42. Comme l’a confirmé notre Cour dans *Vavilov*, tant les cours de justice que les décideurs administratifs interprètent une disposition législative « en appliquant le “principe moderne” en matière d’interprétation des lois, selon lequel il faut lire les termes d’une loi “dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s’harmonise avec l’économie de la loi, l’objet de la loi et l’intention du législateur” » (*Vavilov*, par. 117, citant *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, par. 21, et *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559, par. 26, citant tous deux E. Driedger, *Construction of Statutes* (2^e éd. 1983), p. 87).

[140] Le contexte et les conséquences demeurent essentiels (voir, p. ex., *Uber Technologies Inc. c. Heller*, 2020 CSC 16, [2020] 2 R.C.S. 118). Une interprétation purement textuelle n’est pas compatible avec la méthode générale et réparatrice d’interprétation des lois. Et, comme la juge Abella et moi-même l’avons fait remarquer dans un autre arrêt, « les mots comptent, les objectifs de politique générale comptent et les conséquences comptent » (*TELUS Communications Inc. c. Wellman*, 2019 CSC 19, [2019] 2 R.C.S. 144, par. 108).

[141] Gardant ces éclaircissements à l’esprit, j’estime que le cadre d’analyse régissant le contrôle selon la norme de la décision raisonnable peut être énoncé simplement en ces termes.

[142] A reasonable decision is “one that is based on an internally coherent and rational chain of analysis” that operates within the bounds set by the context (*Vavilov*, at para. 85; see also paras. 293 and 296, per Abella and Karakatsanis JJ., dissenting, but not on this point). The reviewing court asks “whether the decision bears the hallmarks of reasonableness — justification, transparency and intelligibility” (*Vavilov*, at para. 99). This approach requires the reviewing court to start with how the decision maker arrived at their interpretation and to determine whether that interpretation was defensible in light of the facts and the law (*Vavilov*, at para. 86, per the majority, and para. 205, per Abella and Karakatsanis JJ., both quoting *Dunsmuir*, at para. 47).

[143] Statutory interpretation questions may be evaluated on a reasonableness standard (*Vavilov*, at para. 115). Where this standard applies, “the reviewing court does not undertake a *de novo* analysis of the question or ‘ask itself what the correct decision would have been’” (*Vavilov*, at para. 116, quoting *Law Society of New Brunswick v. Ryan*, 2003 SCC 20, [2003] 1 S.C.R. 247, at para. 50). Rather, “the court must examine the administrative decision as a whole, including the reasons provided by the decision maker and the outcome that was reached” (*Vavilov*, at para. 116).

[144] The court does so, as explained above, in reference to the modern principle of statutory interpretation. Although administrative decision makers need not engage in a formalistic interpretation, their task is to interpret the contested provision in a manner that is consistent with the text, context and purpose, applying their particular insight into the statutory scheme at issue (*Vavilov*, at paras. 120-21).

[145] At all times, a reasonableness review proceeds from a posture of deference. It finds its starting point in judicial restraint and respects the distinct role of administrative decision makers (*Vavilov*, at para. 75). It follows that a decision must be afforded a fair and generous construction.

[142] Une décision raisonnable « doit être fondée sur une analyse intrinsèquement cohérente et rationnelle » qui respecte les limites établies par le contexte (*Vavilov*, par. 85; voir aussi par. 293 et 296, les juges Abella et Karakatsanis, dissidentes, mais non sur ce point). La cour de révision se demande « si la décision possède les caractéristiques d’une décision raisonnable, soit la justification, la transparence et l’intelligibilité » (*Vavilov*, par. 99). Selon cette approche, la cour de révision doit commencer par examiner comment le décideur en est arrivé à cette interprétation, puis déterminer si cette interprétation peut se justifier au regard des faits et du droit (*Vavilov*, par. 86, les juges majoritaires, et par. 205, les juges Abella et Karakatsanis, citant tous *Dunsmuir*, par. 47).

[143] Les questions d’interprétation de la loi peuvent être évaluées selon la norme de la décision raisonnable (*Vavilov*, par. 115). Lorsque cette norme s’applique, « la cour de révision ne procède pas à une analyse *de novo* de la question soulevée ni ne se demande “ce qu’aurait été la décision correcte” » (*Vavilov*, par. 116, citant *Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan*, 2003 CSC 20, [2003] 1 R.C.S. 247, par. 50). « [L]a cour de justice doit plutôt examiner la décision administrative dans son ensemble, y compris les motifs fournis par le décideur et le résultat obtenu » (*Vavilov*, par. 116).

[144] Comme je l’ai expliqué précédemment, la cour de justice s’acquitte de cette tâche en se référant au principe moderne d’interprétation des lois. Bien que le décideur administratif ne soit pas tenu de procéder à une interprétation formaliste, sa tâche est d’interpréter la disposition contestée d’une manière qui cadre avec le texte, le contexte et l’objet, compte tenu de sa compréhension particulière du régime législatif en cause (*Vavilov*, par. 120-121).

[145] En tout temps, la cour doit faire preuve de déférence lorsqu’elle procède au contrôle selon la norme de la décision raisonnable. Ce type de contrôle a pour point de départ la retenue judiciaire et le respect du rôle distinct des décideurs administratifs (*Vavilov*, par. 75). Il s’ensuit que la décision doit recevoir une interprétation équitable et généreuse.

[146] The party challenging the decision must satisfy the court “that any shortcomings or flaws relied on . . . are sufficiently central or significant to render the decision unreasonable” (*Vavilov*, at para. 100). In this case, that burden lies with the respondents.

III. Applying the Standard of Review in This Case

[147] I turn now to the application of the reasonableness standard in this case.

[148] As I will explain, the Board’s decision is unreasonable because it disregards two significant considerations: (i) a recent precedent from the Court, and (ii) the guiding principles of the statutory scheme. Although administrative decision makers need not “explicitly address all possible shades of meaning”, the Board did not consider key elements that supported a contrary interpretation of the relevant statutory provision (*Vavilov*, at para. 122, quoting *Construction Labour Relations v. Driver Iron Inc.*, 2012 SCC 65, [2012] 3 S.C.R. 405, at para. 3).

[149] First, the Board’s decision is unreasonable because it interpreted s. 2.4(1.1) without meaningful consideration of the legal context, as required by *Vavilov*, at para. 112. Specifically, the Board determined, at para. 136, that *Entertainment Software Association v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, 2012 SCC 34, [2012] 2 S.C.R. 231 (*ESA*) — a relevant and binding precedent from this Court — was distinguishable and therefore not binding. As a result, the Board considered it irrelevant to an interpretation of s. 2.4(1.1).

[150] In my view, it was unreasonable for the Board to disregard *ESA* — the leading domestic authority on s. 3(1)(f). It did so for three reasons. The Board first dismissed the applicability of *ESA* because it was decided without reference to the *WIPO Copyright Treaty*, Can. T.S. 2014 No. 20, or the *WIPO Performances and Phonograms Treaty*, Can. T.S. 2014 No. 21. Although I agree that the Treaties form part of the relevant legal context, this was not a cogent

[146] La partie qui conteste la décision doit convaincre la cour « que la lacune ou la déficience [invoquée] est suffisamment capitale ou importante pour rendre cette dernière déraisonnable » (*Vavilov*, par. 100). En l’espèce, ce fardeau repose sur les intimées.

III. Application de la norme de contrôle en l’espèce

[147] Je me pencherai maintenant sur l’application de la norme de la décision raisonnable en l’espèce.

[148] Comme je l’expliquerai, la décision de la Commission est déraisonnable parce qu’elle ne tient pas compte de deux facteurs importants : (i) la jurisprudence récente de notre Cour et (ii) les principes directeurs du régime législatif. Bien que les décideurs administratifs ne soient pas tenus « de traiter expressément de toutes les interprétations possibles », la Commission n’a pas tenu compte d’éléments essentiels qui étayaient une interprétation contraire de la disposition législative pertinente (*Vavilov*, par. 122, citant *Construction Labour Relations c. Driver Iron Inc.*, 2012 CSC 65, [2012] 3 R.C.S. 405, par. 3).

[149] Premièrement, la décision de la Commission est déraisonnable, car celle-ci a interprété le par. 2.4(1.1) sans tenir véritablement compte du contexte juridique, comme l’exige *Vavilov*, par. 112. Plus particulièrement, la Commission a jugé, au par. 136, que l’affaire *Entertainment Software Association c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2012 CSC 34, [2012] 2 R.C.S. 231 (*ESA*) — un arrêt pertinent et contraignant de notre Cour — se distinguait de l’espèce et n’était donc pas contraignant. Par conséquent, la Commission ne l’a pas jugé pertinent dans l’interprétation du par. 2.4(1.1).

[150] À mon avis, il était déraisonnable pour la Commission de ne pas tenir compte de l’arrêt *ESA* — l’arrêt de principe sur l’al. 3(1)f en droit canadien. Trois raisons l’ont mené à ne pas en tenir compte. La Commission a d’abord rejeté l’applicabilité de l’arrêt *ESA* parce que l’affaire a été jugée sans renvoi au *Traité de l’OMPI sur le droit d’auteur*, R.T. Can. 2014 n° 20, ou au *Traité de l’OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes*, R.T. Can.

basis to disregard or distinguish *ESA*'s interpretation of the *Copyright Act*, especially because domestic law always prevails (*National Corn Growers Assn. v. Canada (Import Tribunal)*, [1990] 2 S.C.R. 1324, at pp. 1371-72).

[151] The Board next pointed out that *ESA* was decided against a different legislative backdrop. Yet, three critical aspects of the legislation remained the same with the enactment of the *Copyright Modernization Act*, S.C. 2012, c. 20 (*CMA*): (i) the language of s. 3(1)(f), (ii) the *Copyright Act*'s fundamental distinction between performance and reproduction rights, and (iii) Parliament's commitment to preserve technological neutrality. All these aspects were critical to the Court's reasoning in *ESA* and have implications for the reasonable interpretations available to the Board. It was unreasonable for the Board to disregard the similarities in context.

[152] Finally, the Board noted that the "previous interpretation of 'communicate' in *ESA* focussed only on the transmission element of that right and is distinguishable" (para. 117). While *ESA* considered the definition of "communication" in a more narrow sense because it only focussed on part of the activity in question (i.e., downloads), summarily dispensing with its guidance was inappropriate. The act of making available is inextricably bound with any subsequent transmission — someone cannot stream or download a work without it first being made available. A consideration of this whole transaction is necessary because otherwise the Board could not assess the entirety of rights engaged. The result, as is evident, is an interpretation that would create two rights for a single activity, which fails to strike a proper balance between user and creator rights.

2014 n° 21. Je conviens que les Traités font partie du contexte juridique pertinent, mais il ne s'agissait pas d'un fondement solide pour établir une distinction avec l'arrêt *ESA* en ce qui concerne l'interprétation de la *Loi sur le droit d'auteur* ou pour faire fi de cette interprétation, en particulier parce que le droit interne prévaut toujours (*National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal des importations)*, [1990] 2 R.C.S. 1324, p. 1371-1372).

[151] La Commission a ensuite souligné que l'affaire *ESA* avait été décidée dans un contexte législatif différent. Pourtant, trois aspects cruciaux de la Loi sont demeurés les mêmes après l'adoption de la *Loi sur la modernisation du droit d'auteur*, L.C. 2012, c. 20 (*LMDA*) : (i) le libellé de l'al. 3(1)f), (ii) la distinction fondamentale dans la *Loi sur le droit d'auteur* entre les droits d'exécution et les droits de reproduction, et (iii) l'engagement du Parlement à préserver la neutralité technologique. Tous ces aspects étaient essentiels au raisonnement de la Cour dans *ESA*, et ils ont des répercussions sur les interprétations que pouvait raisonnablement donner la Commission. Il était déraisonnable pour la Commission de ne pas tenir compte des similitudes dans leur contexte.

[152] Enfin, la Commission a souligné que l'« interprétation antérieure de "communiquer" donnée dans l'arrêt *ESA* ne portait que sur l'élément lié à la transmission de ce droit et se distingue » (par. 117). Bien que dans *ESA*, la Cour ait examiné la définition de « communication » dans un sens plus restreint parce qu'elle ne s'est attardée qu'à une partie de l'activité en question (c.-à-d. les téléchargements), il était inopportun d'écarter sommairement les directives données dans cet arrêt. L'acte de mettre à disposition une œuvre est inextricablement lié à l'acte de transmission subséquent — on ne peut diffuser en continu ou télécharger une œuvre sans qu'elle n'ait d'abord été mise à la disposition du public. Il est nécessaire d'examiner cette activité dans son ensemble, car autrement, la Commission ne pourrait évaluer la totalité des droits en jeu. Il en résulterait, évidemment, une interprétation qui créerait deux droits pour une seule et même activité, qui viendrait rompre le juste équilibre entre les droits des utilisateurs et les droits des créateurs.

[153] Had the Board meaningfully engaged with *ESA*, it would not have rendered a decision that captured downloads — a reproductive activity — within an act of communication, contrary to *ESA*, at para. 39, nor would it have effectively created two separate rights for a single activity, contrary to *ESA*, at para. 41. Without a cogent reason to distinguish *ESA*, the Board unreasonably neglected the Court’s interpretation of s. 3(1)(f) and reached a conclusion that is inconsistent with a material legal precedent of the Court.

[154] The Board’s decision was also unreasonable in the context of the broader statutory scheme.

[155] First, as the Court has recognized, the Act aims to strike a balance between the interests of user and creator, and the proper balance “lies not only in recognizing the creator’s rights but in giving due weight to their limited nature” (*Théberge v. Galerie d’Art du Petit Champlain inc.*, 2002 SCC 34, [2002] 2 S.C.R. 336, at para. 31). With the benefit of duplicate royalties, the equilibrium now swings heavily in the creator’s favour, contrary to this Court’s instructions to maintain balance in *CBC*, at para. 63, and *ESA*, at paras. 9 and 11. The Board’s reasons fail to meaningfully address the duplicate royalties that would arise when a work is subsequently downloaded or streamed. This was unreasonable in light of the Court’s caution against this precise kind of layering of rights, or “double-dipping” of tariffs (*ESA*, at para. 11). This aspect of the Board’s decision was not reasonable.

[156] Second, the Board’s reasons with respect to technological neutrality — a guiding interpretive principle for the Act — were unreasonable. At para. 128, the Board recognized that the *CMA* expressed Parliament’s goal to ensure the Act remains technologically neutral. It also acknowledged that the principle of technological neutrality applies unless there is evidence of Parliamentary intent to the contrary (para. 127). Yet, the interpretation advanced by

[153] Si la Commission avait véritablement examiné l’arrêt *ESA*, elle n’aurait pas rendu une décision qui considère les téléchargements — une activité de reproduction — comme un acte de communication, contrairement à l’arrêt *ESA*, par. 39, et n’aurait pas non plus créé deux droits distincts pour une seule activité, contrairement à l’arrêt *ESA*, par. 41. Sans fondement solide pour établir une distinction avec l’arrêt *ESA*, la Commission a déraisonnablement fait fi de l’interprétation donnée par la Cour à l’al. 3(1)f) et tiré une conclusion qui est incompatible avec un précédent important de la Cour.

[154] La décision de la Commission était aussi déraisonnable dans le contexte plus général du régime législatif.

[155] Premièrement, comme la Cour l’a reconnu, la Loi vise à établir un équilibre entre les intérêts de l’utilisateur et ceux du créateur, et ce juste équilibre est atteint « non seulement en reconnaissant les droits du créateur, mais aussi en accordant l’importance qu’il convient à la nature limitée de ces droits » (*Théberge c. Galerie d’Art du Petit Champlain inc.*, 2002 CSC 34, [2002] 2 R.C.S. 336, par. 31). En raison des doubles redevances, la balance penche désormais lourdement en faveur du créateur, ce qui est contraire aux directives qu’a données notre Cour dans l’arrêt *SRC*, par. 63, et dans l’arrêt *ESA*, par. 9 et 11, de maintenir l’équilibre. Dans ses motifs, la Commission n’aborde pas véritablement les doubles redevances qui résulteraient du téléchargement ou de la diffusion en continu de l’œuvre par la suite. Cette omission est déraisonnable à la lumière de la mise en garde de la Cour contre ce genre précis de palier supplémentaire de droits, ou « double rémunération » (*ESA*, par. 11). Cet aspect de la décision de la Commission n’était pas raisonnable.

[156] Deuxièmement, les motifs de la Commission concernant la neutralité technologique — un principe qui guide l’interprétation de la Loi — étaient déraisonnables. Au paragraphe 128, la Commission reconnaît que la *LMDA* énonçait l’objectif du Parlement de préserver la neutralité technologique de la Loi. Elle a également reconnu que le principe de la neutralité technologique s’applique, à moins d’une intention contraire avérée du Parlement (par. 127). Pourtant,

the Board was not technologically neutral because, contrary to the importance placed on technological neutrality by this Court in *ESA*, at para. 2, and *CBC*, at para. 66, it opened the door to duplicate royalties simply because the transaction takes place online.

[157] The Board’s sole basis for concluding that the principle of technological neutrality does not limit or restrict the meaning of s. 2.4(1.1) was confined to one sentence highlighting “the legislative history, the rationale for the WIPO Internet Treaties, and the legislative objective to fully implement those treaties using a ‘coordinated approach’” (para. 129). The Board did not explain how this can displace Parliament’s express intention to enact the *CMA* in a technologically neutral way. Without displacing Parliament’s intent, the Board could not endorse an interpretation that applied differently to diverse forms of media. The Board’s decision in this respect was unreasonable.

[158] In summary, the failure of the Board to consider the Court’s material and binding precedents or the animating themes of the *Copyright Act* was unreasonable. While a failure to consider “a pertinent aspect of [a provision’s] text, context or purpose” will not always be fatal under a reasonableness review, this is not a case where the omission is a minor aspect of the interpretive context (*Vavilov*, at para. 122). As a result, I do not accept the Board’s interpretation of s. 2.4(1.1).

[159] Unless there is only one reasonable outcome, as a general rule, a court applying the reasonableness standard refrains from deciding the issue (*Vavilov*, at paras. 83 and 110). Accordingly, a reviewing court “does not ask what decision it would have made in place of that of the administrative decision maker, attempt to ascertain the ‘range’ of possible conclusions that would have been open to the decision maker, conduct a *de novo* analysis or seek to determine the ‘correct’ solution to the problem” (*Vavilov*, at para. 83).

l’interprétation avancée par la Commission n’est pas neutre sur le plan technologique puisque, contrairement à l’importance accordée à la neutralité technologique par notre Cour dans *ESA*, par. 2, et dans *SRC*, par. 66, elle a ouvert la porte à une double redevance simplement parce que l’activité a lieu en ligne.

[157] Le seul motif pour lequel la Commission a conclu que le principe de la neutralité technologique n’a pas pour effet de restreindre le sens du par. 2.4(1.1) se résumait en une phrase, dans laquelle elle souligne « l’historique législatif, l’objet des Traités Internet de l’OMPI et l’objectif du législateur de mettre pleinement en œuvre ces traités au moyen d’“approches coordonnées” » (par. 129). La Commission n’a pas expliqué comment ces considérations peuvent supplanter l’intention expresse du Parlement d’édicter la *LMDA* d’une manière neutre sur le plan technologique. La Commission ne pouvait souscrire à une interprétation qui s’appliquait différemment à divers médias sans que cela n’ait pour effet de supplanter l’intention du Parlement. La décision de la Commission à cet égard était déraisonnable.

[158] En résumé, il était déraisonnable pour la Commission de ne pas examiner la jurisprudence importante et contraignante de la Cour, ou les thèmes sous-jacents de la *Loi sur le droit d’auteur*. L’omission d’examiner « un aspect pertinent d[u] texte, d[u] contexte ou de [l’]objet » de la disposition ne portera pas toujours un coup fatal à la décision dans le cadre du contrôle selon la norme de la décision raisonnable, mais il ne s’agit pas d’un cas où l’omission est un aspect mineur du contexte interprétatif (*Vavilov*, par. 122). Par conséquent, je n’accepte pas l’interprétation donnée par la Commission au par. 2.4(1.1).

[159] À moins qu’il n’y ait qu’une seule issue raisonnable, en règle générale, la cour de révision qui applique la norme de la décision raisonnable s’abstiendra de trancher la question en litige (*Vavilov*, par. 83 et 110). Par conséquent, la cour de révision « ne se demande donc pas quelle décision elle aurait rendue à la place du décideur administratif, ne tente pas de prendre en compte l’“éventail” des conclusions qu’aurait pu tirer le décideur, ne se livre pas à une analyse *de novo*, et ne cherche pas à déterminer la solution “correcte” au problème » (*Vavilov*, par. 83).

[160] If correctness was the applicable standard, then I would agree with my colleague's conclusion that s. 2.4(1.1) could not be read as creating a new independent right that is triggered when works are made available for downloading or on-demand streaming, nor as creating a separate tariff. Nothing in the text, context, or purpose of s. 2.4(1.1) suggests otherwise, particularly when viewed in light of the legal landscape in which it operates.

IV. Disposition

[161] I would dismiss the appeal. Remitting the matter for a new interpretation is unnecessary because it would not change the result on the merits: the Board already found that it did not have sufficient evidence to determine what tariff should apply to the making available activity.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellant the Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada: Gowling WLG (Canada), Ottawa; Cassels Brock & Blackwell, Toronto.

Solicitors for the appellant Music Canada: McCarthy Tétrault, Toronto.

Solicitors for the respondents the Entertainment Software Association, the Entertainment Software Association of Canada, Bell Canada, Quebecor Media Inc., Rogers Communications Inc. and Shaw Communications: Fasken Martineau DuMoulin, Ottawa.

Solicitors for the respondents Apple Inc. and Apple Canada Inc.: Goodmans, Toronto.

Solicitors for the respondent Pandora Media Inc.: McMillan, Ottawa.

Solicitor for the intervener the Samuelson-Glushko Canadian Internet Policy and Public Interest Clinic: University of Ottawa, Ottawa.

[160] Si la norme de la décision correcte était la norme applicable, je souscrirais alors à la conclusion de mon collègue que le par. 2.4(1.1) ne pouvait pas être interprété comme créant un nouveau droit indépendant qui entre en jeu lorsque les œuvres sont mises à la disposition du public pour téléchargement ou diffusion en continu sur demande, ni créant un tarif distinct. Rien dans le texte, le contexte ou l'objet du par. 2.4(1.1) n'indique le contraire, particulièrement lorsque l'on examine cette disposition à la lumière du contexte juridique dans lequel elle s'applique.

IV. Dispositif

[161] Je suis d'avis de rejeter le pourvoi. Il n'est pas nécessaire de renvoyer l'affaire pour nouvelle interprétation, car cela ne changerait pas l'issue au fond : la Commission a déjà conclu qu'elle n'avait pas suffisamment de preuve pour déterminer quel tarif devrait s'appliquer à l'activité de mise à la disposition.

Pourvoi rejeté.

Procureurs de l'appelante la Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique : Gowling WLG (Canada), Ottawa; Cassels Brock & Blackwell, Toronto.

Procureurs de l'appelante Music Canada : McCarthy Tétrault, Toronto.

Procureurs des intimées Entertainment Software Association, l'Association canadienne du logiciel de divertissement, Bell Canada, Québecor Média Inc., Rogers Communications Inc. et Shaw Communications : Fasken Martineau DuMoulin, Ottawa.

Procureurs des intimées Apple Inc. et Apple Canada Inc. : Goodmans, Toronto.

Procureurs de l'intimée Pandora Media Inc. : McMillan, Ottawa.

Procureur de l'intervenante la Clinique d'intérêt public et de politique d'internet du Canada Samuelson-Glushko : Université d'Ottawa, Ottawa.

Solicitors for the interveners the Canadian Music Publishers Association carrying on business as “Music Publishers Canada” and the Professional Music Publishers Association: Cassels Brock & Blackwell, Toronto.

Solicitors for the interveners the Canadian Association of Law Libraries and the Library Futures Institute: JFK Law Corporation, Vancouver; Cornell Law School, Ithaca, N.Y.

Solicitors for the intervener Ariel Katz: Lenczner Slaght, Toronto.

Procureurs des intervenants les Éditeurs de musique au Canada et l’Association des professionnels de l’édition musicale : Cassels Brock & Blackwell, Toronto.

Procureurs des intervenantes l’Association canadienne des bibliothèques de droit et Library Futures Institute : JFK Law Corporation, Vancouver; Cornell Law School, Ithaca (N.Y.).

Procureurs de l’intervenant Ariel Katz : Lenczner Slaght, Toronto.

Darren Caley Daniel Sundman *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. SUNDMAN

2022 SCC 31

File No.: 39569.

2021: December 9; 2022: July 21.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA

Criminal law — First degree murder — Unlawful confinement — Elements of offence — Accused convicted of second degree murder in death of victim shot during chase after escaping from moving truck where he was confined — Trial judge finding that victim no longer unlawfully confined at time of murder — Court of Appeal holding that death caused while victim still unlawfully confined and substituting first degree murder conviction — Whether victim unlawfully confined after escape from truck — Whether unlawful confinement and murder formed part of same transaction justifying conviction for first degree murder — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 231(5).

The accused and the victim were drug dealers with a mutual animosity. On the day of the victim's murder, the accused unlawfully confined him in a moving pickup truck and repeatedly assaulted him by hitting him with a handgun. The victim jumped from the truck when it slowed to make a turn, but was then chased on foot by the accused and two accomplices. When the victim ran for his life, the accused shot him at least three times, but did not manage to kill him. As he lay wounded, the victim was shot and killed at close range by one of the accomplices.

The accused was charged with first degree murder. The Crown argued that the accused was guilty of first degree murder because the murder was planned and deliberate.

Darren Caley Daniel Sundman *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ : R. c. SUNDMAN

2022 CSC 31

N° du greffe : 39569.

2021 : 9 décembre; 2022 : 21 juillet.

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

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

Droit criminel — Meurtre au premier degré — Séquestration illégale — Éléments de l'infraction — Accusé déclaré coupable de meurtre au deuxième degré relativement à la mort d'une victime abattue au cours d'une poursuite après son évasion de la camionnette en mouvement dans laquelle elle était séquestrée — Conclusion du juge du procès portant que la victime n'était plus illégalement séquestrée au moment du meurtre — Cour d'appel statuant que la mort a été causée alors que la victime était toujours séquestrée illégalement et substituant une déclaration de culpabilité pour meurtre au premier degré — La victime était-elle séquestrée illégalement après son évasion de la camionnette? — La séquestration illégale et le meurtre faisaient-ils partie d'une même opération justifiant une déclaration de culpabilité pour meurtre au premier degré? — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 231(5).

L'accusé et la victime étaient des trafiquants de drogue qui se vouaient une animosité réciproque. Le jour où la victime a été tuée, l'accusé l'a séquestrée illégalement dans une camionnette en mouvement et l'a agressée à maintes reprises en la frappant avec une arme de poing. La victime a sauté de la camionnette alors qu'elle ralentissait pour effectuer un virage, mais elle a été ensuite pourchassée à pied par l'accusé et deux complices. Pendant que la victime s'enfuyait en courant, l'accusé a tiré sur elle au moins trois fois, mais n'est pas parvenu à la tuer. Alors qu'elle gisait blessée, la victime a été abattue à bout portant par l'un des complices.

L'accusé a été inculpé de meurtre au premier degré. La Couronne a plaidé que l'accusé était coupable de meurtre au premier degré parce qu'il s'agissait d'un meurtre prémédité

Alternatively, the Crown argued that, because he murdered the victim while committing the offence of unlawful confinement, the accused was guilty of first degree murder under s. 231(5)(e) of the *Criminal Code*. The trial judge was not satisfied that the murder was planned and deliberate. He also found that although the victim was unlawfully confined in the truck, he had managed to escape his confinement by jumping from the truck; accordingly, because of the brief gap in time between when the victim was confined in the truck and when he was killed, the accused did not murder him while committing the offence of unlawful confinement. The accused was therefore acquitted of first degree murder but convicted of second degree murder. The Court of Appeal unanimously allowed the Crown's appeal, set aside the conviction of second degree murder, and substituted a conviction of first degree murder. It held that the victim was still unlawfully confined when he jumped from the truck and was chased before being killed, and accordingly, the accused murdered the victim while committing the offence of unlawful confinement. It also held that the victim's unlawful confinement in the truck was temporally and causally connected to his murder, making the entire course of conduct a single transaction.

Held: The appeal should be dismissed.

The accused is guilty of first degree murder under s. 231(5)(e) of the *Criminal Code*. The victim was still unlawfully confined when he escaped from the truck and ran for his life. Even though the victim was not physically restrained outside the truck, he continued to be coercively restrained through violence, fear, and intimidation. The accused then murdered him while unlawfully confining him. These two distinct criminal acts were part of a continuous sequence of events forming a single transaction. They were close in time and involved an ongoing domination of the victim that began in the truck, continued when he escaped from the truck and ran for his life, and ended with his murder.

Section 231(5) of the *Criminal Code* provides that murder is first degree murder, irrespective of whether the murder is planned and deliberate, when the victim's death is caused "while committing or attempting to commit" any of several listed crimes of domination. Section 231(5) does not create a substantive offence; rather, it is essentially a sentencing provision reflecting Parliament's decision to treat murder in connection with the listed offences as

et de propos délibéré. Elle a plaidé subsidiairement que, comme l'accusé a tué la victime en commettant l'infraction de séquestration illégale, il était coupable de meurtre au premier degré par application de l'al. 231(5)e) du *Code criminel*. Le juge du procès n'était pas convaincu qu'il s'agissait d'un meurtre prémédité et de propos délibéré. Il a aussi estimé que, bien que la victime ait été séquestrée illégalement dans la camionnette, elle était parvenue à s'échapper en sautant de celle-ci; en conséquence, en raison du bref intervalle entre la séquestration de la victime dans la camionnette et le moment où elle a été abattue, l'accusé ne l'avait pas tuée en commettant l'infraction de séquestration illégale. L'accusé a donc été acquitté de meurtre au premier degré, mais il a été déclaré coupable de meurtre au deuxième degré. La Cour d'appel, à l'unanimité, a accueilli l'appel de la Couronne, a annulé la déclaration de culpabilité pour meurtre au deuxième degré, et y a substitué une déclaration de culpabilité pour meurtre au premier degré. La cour a conclu que la victime était toujours séquestrée illégalement quand elle a sauté de la camionnette et a été pourchassée avant d'être tuée, et qu'en conséquence l'accusé avait tué la victime en commettant l'infraction de séquestration illégale. La Cour d'appel a également statué qu'il existait un lien temporel et causal entre la séquestration illégale de la victime dans la camionnette et son meurtre, et que la suite d'événements en entier constituait de ce fait une seule affaire ou opération.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

L'accusé est coupable de meurtre au premier degré par application de l'al. 231(5)e) du *Code criminel*. La victime était toujours séquestrée illégalement lorsqu'elle s'est enfuie de la camionnette en courant. Même si la victime ne subissait pas de contrainte physique à l'extérieur de la camionnette, elle était toujours soumise à la coercition par la violence, la peur et l'intimidation. L'accusé l'a ensuite tuée alors qu'il la séquestrait illégalement. Ces deux actes criminels distincts faisaient partie d'une suite ininterrompue d'événements qui constituaient une seule affaire. Ils étaient rapprochés dans le temps et consistaient en une domination constante de la victime, domination qui a commencé dans la camionnette, s'est poursuivie quand la victime s'en est échappée en courant et a pris fin avec le meurtre.

Le paragraphe 231(5) du *Code criminel* prévoit qu'un meurtre est assimilé à un meurtre au premier degré, peu importe qu'il soit commis avec préméditation et de propos délibéré, lorsque la personne qui le commet cause la mort de la victime « en commettant ou tentant de commettre » l'une ou l'autre de plusieurs infractions énumérées comportant domination. Le paragraphe 231(5) ne crée pas une infraction substantielle; il s'agit plutôt essentiellement

involving a heightened degree of moral blameworthiness or an aggravating circumstance warranting a more severe punishment. It applies only when the offender has been found guilty of murder beyond a reasonable doubt. The organizing principle for the offences listed in s. 231(5) is that they are all crimes involving the illegal domination of victims. Parliament has treated murder committed in relation to these crimes of domination as especially serious and as warranting the exceptional punishment for first degree murder. Illegal domination is not an essential element to be proved under s. 231(5) but a principle that helps courts apply the provision purposively, so that the law develops in a principled manner.

For a murder to be committed “while committing or attempting to commit” an underlying offence listed in s. 231(5), the following elements are required: (1) an underlying crime of domination; (2) murder; (3) substantial cause; (4) no intervening act; and (5) the same transaction. The Court’s decisions have adopted two approaches to the “same transaction” element, which have been used interchangeably: the “single transaction” test and the temporal-causal connection approach. These approaches do not involve different inquiries; they are simply different ways of addressing the “same transaction” element. The “single transaction” approach asks if the listed offence of domination and the killing all form part of one continuous sequence of events forming a single transaction. It is the continuing illegal domination of the victim which gives continuity to the sequence of events culminating in the murder. The murder represents an exploitation of the position of power created by the underlying crime and makes the entire course of conduct a single transaction. The temporal and causal connection approach asks whether the underlying offence of domination and the murder have a close temporal and causal connection. There is a temporal connection between an underlying offence of domination and a murder when the two criminal acts are committed close together in time. There is a causal connection when there is a unifying relationship, beyond mere closeness in time, between the act of illegal domination and the act of murder, such as when the offender’s reason or motivation for the killing arises from, or is linked to, the offender’s unlawful domination of a victim. The application of either of these two approaches involves the same inquiry and will result in the same conclusion: when a single transaction is found, there will necessarily be a temporal-causal

d’une disposition en matière de détermination de la peine qui témoigne de la décision du Parlement de considérer que les meurtres liés aux infractions énumérées comportent un degré élevé de culpabilité morale ou une circonstance aggravante justifiant une peine plus lourde. Le paragraphe 231(5) s’applique uniquement lorsque le délinquant concerné a été reconnu coupable de meurtre hors de tout doute raisonnable. Le principe directeur des infractions énumérées au par. 231(5) est que ces infractions sont toutes des crimes impliquant la domination illégale de victimes. Le Parlement a jugé qu’un meurtre commis en lien avec ces crimes comportant domination est particulièrement grave et justifie la peine exceptionnelle prévue pour le meurtre au premier degré. La domination illégale est non pas un élément essentiel qu’il faut établir pour l’application du par. 231(5), mais un principe qui aide les tribunaux à appliquer la disposition de manière téléologique, pour que le droit évolue de façon raisonnée.

Pour qu’un meurtre soit commis « en commettant ou tentant de commettre » une infraction sous-jacente énumérée au par. 231(5), les éléments suivants sont requis : (1) un crime sous-jacent comportant domination; (2) un meurtre; (3) une cause substantielle; (4) l’absence d’intervention d’une autre personne; et (5) une même opération. La jurisprudence de la Cour a adopté deux approches à l’égard de l’élément « même opération » qui ont été utilisées de manière interchangeable : le test de la « seule affaire » et l’approche fondée sur le lien temporel-causal. Ces approches n’impliquent pas des analyses différentes; il s’agit simplement de deux façons différentes de traiter l’élément « même opération ». La démarche dite de la « seule affaire » consiste à se demander si l’infraction énumérée comportant domination et le meurtre font tous partie d’une suite ininterrompue d’événements qui constituent une seule affaire. C’est la domination illégale continue exercée sur la victime qui confère de la continuité à la suite d’événements qui aboutissent au meurtre. Le meurtre représente une exploitation de la position de force créée par l’infraction sous-jacente et fait de l’ensemble des actes qui constituent la conduite en question une seule affaire. L’approche fondée sur lien temporel et causal consiste à se demander si l’infraction sous-jacente comportant domination et le meurtre sont unis par un lien temporel et causal étroit. Il existe un lien temporel entre une infraction sous-jacente comportant domination et un meurtre lorsque les deux actes criminels sont rapprochés dans le temps. Il existe un lien de causalité quand il y a un rapport unificateur, outre la simple proximité dans le temps, entre l’acte de domination illégale et le meurtre, par exemple lorsque le motif ou le mobile du meurtre découle de la domination illégale de la victime par le délinquant ou est relié à celle-ci.

connection, and when a temporal-causal connection is found, there will necessarily be a single transaction.

The underlying offence of domination and the killing must involve two distinct criminal acts. The underlying offence cannot be consumed in the very act of killing. If there is only one criminal act, it cannot be said that the offender exploited the domination inherent in the underlying offence with the act of killing. In such cases, the heightened moral blameworthiness required for first degree murder is absent.

Unlawful confinement occurs if, for any significant time period, a person is coercively restrained or directed contrary to their wishes so that they cannot move about according to their own inclination and desire. The person need not be restricted to a particular place or physically restrained. The restraint can be through violence, fear, intimidation or psychological or other means, and the purpose of the confinement is not relevant.

In the present case, the victim's unlawful confinement continued when he escaped from the truck. He was coercively restrained, deprived of his liberty, and unable to move about according to his own inclination and desire. In fact, the victim was still unlawfully confined at the time of his death. The accused thus murdered him while committing the offence of unlawful confinement. The unlawful confinement and the murder were close in time, and involved an ongoing course of domination. In addition, the unlawful confinement was distinct from and not consumed by the shooting. As a result, the accused's first degree murder conviction is justified.

Cases Cited

Referred to: *R. v. Paré*, [1987] 2 S.C.R. 618; *R. v. Magoon*, 2018 SCC 14, [2018] 1 S.C.R. 309; *R. v. Bottineau*, [2006] O.J. No. 1864 (QL), 2006 CarswellOnt 8510 (WL), aff'd 2011 ONCA 194, 269 C.C.C. (3d) 227; *R. v. Luxton*, [1990] 2 S.C.R. 711; *R. v. Pritchard*, 2008 SCC 59, [2008] 3 S.C.R. 195; *R. v. Gratton* (1985), 18 C.C.C. (3d) 462; *R. v. Lemaigre* (1987), 56 Sask. R. 300; *R. v. Kimberley* (2001), 56 O.R. (3d) 18; *R. v. Johnstone*, 2014 ONCA 504, 313 C.C.C. (3d) 34; *R. v. Parris*, 2013 ONCA 515, 300 C.C.C. (3d) 41; *R. v. Newman*, 2016 SCC 7, [2016] 1 S.C.R. 27; *R. v. Arkell*, [1990] 2 S.C.R. 695; *R. v. Russell*, 2001 SCC 53, [2001] 2 S.C.R. 804; *R. v. Harbottle*, [1993] 3 S.C.R. 306;

L'application de l'une ou l'autre de ces deux approches implique la même analyse et mène à la même conclusion : lorsque le tribunal conclut à l'existence d'une seule affaire, il y a nécessairement un lien temporel-causal, et lorsque le tribunal conclut à l'existence d'un lien temporel-causal, il y a nécessairement une seule affaire.

L'infraction sous-jacente comportant domination et le meurtre doivent impliquer deux actes criminels distincts. L'infraction sous-jacente ne peut se dissoudre dans l'acte même du meurtre. S'il n'y a qu'un seul acte criminel, on ne saurait dire que le délinquant a exploité la situation de domination inhérente à l'infraction sous-jacente en commettant le meurtre. En pareil cas, la culpabilité morale élevée requise à l'égard du meurtre au premier degré est absente.

Il y a séquestration illégale si, pendant un laps de temps assez long, une personne est soumise à la coercition ou forcée d'agir contre sa volonté, de telle sorte qu'elle n'est pas libre de ses mouvements. Il n'est pas nécessaire que la personne soit confinée dans un endroit particulier ou qu'elle subisse une contrainte physique. La contrainte peut être exercée par la violence, la peur, l'intimidation ou encore par des moyens psychologiques ou autres, et l'objet de la séquestration n'est pas pertinent.

En l'espèce, la séquestration illégale de la victime s'est poursuivie quand cette dernière s'est échappée de la camionnette. Elle était soumise à la coercition, elle était privée de sa liberté et elle n'était pas libre de ses mouvements. En fait, la victime était toujours séquestrée illégalement au moment de sa mort. L'accusé l'a donc tuée en commettant l'infraction de séquestration illégale. La séquestration illégale et le meurtre étaient rapprochés dans le temps, et comportaient une domination en cours. De plus, la séquestration illégale se distinguait de la fusillade et ne se dissolvait pas dans celle-ci. En conséquence, la déclaration de culpabilité pour meurtre au premier degré prononcée à l'égard de l'accusé est justifiée.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *R. c. Paré*, [1987] 2 R.C.S. 618; *R. c. Magoon*, 2018 CSC 14, [2018] 1 R.C.S. 309; *R. c. Bottineau*, [2006] O.J. No. 1864 (QL), 2006 CarswellOnt 8510 (WL), conf. par 2011 ONCA 194, 269 C.C.C. (3d) 227; *R. c. Luxton*, [1990] 2 R.C.S. 711; *R. c. Pritchard*, 2008 CSC 59, [2008] 3 R.C.S. 195; *R. c. Gratton* (1985), 18 C.C.C. (3d) 462; *R. c. Lemaigre* (1987), 56 Sask. R. 300; *R. c. Kimberley* (2001), 56 O.R. (3d) 18; *R. c. Johnstone*, 2014 ONCA 504, 313 C.C.C. (3d) 34; *R. c. Parris*, 2013 ONCA 515, 300 C.C.C. (3d) 41; *R. c. Newman*, 2016 CSC 7, [2016] 1 R.C.S. 27; *R. c. Arkell*, [1990] 2 R.C.S. 695; *R. c. Russell*, 2001 CSC 53, [2001] 2 R.C.S. 804; *R. c.*

R. v. Nette, 2001 SCC 78, [2001] 3 S.C.R. 488; *R. v. Niemi*, 2017 ONCA 720, 355 C.C.C. (3d) 344; *R. v. Imona-Russell*, 2018 ONCA 590; *R. v. McGregor*, 2019 ONCA 307, 145 O.R. (3d) 641; *R. v. Stevens* (1984), 11 C.C.C. (3d) 518; *R. v. Ganton* (1992), 77 C.C.C. (3d) 259; *R. v. Johnson and Jensen* (1993), 141 A.R. 184; *R. v. Plewes*, 2000 BCCA 278, 144 C.C.C. (3d) 426; *R. v. Westergard* (2004), 24 C.R. (6th) 375; *R. v. Mullings*, 2014 ONCA 895, 319 C.C.C. (3d) 1; *R. v. Maybin*, 2012 SCC 24, [2012] 2 S.C.R. 30; *Grayson v. Wellington Insurance Co.* (1997), 37 B.C.L.R. (3d) 49; *R. v. Alexis*, 2020 ONCA 334, 388 C.C.C. (3d) 226; *R. v. Chung*, 2020 SCC 8, [2020] 1 S.C.R. 405; *R. v. J.M.H.*, 2011 SCC 45, [2011] 3 S.C.R. 197.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 9, 12.
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 231, 279(2), 676(1)(a), 745(a), (c), 745.4.

Authors Cited

Canadian Judicial Council. *Model Jury Instructions*, “Offence 231(5): First Degree Murder in the Commission of Another Offence”, last revised May 2019 (online).
Manning, Morris, and Peter Sankoff. *Manning, Mewett & Sankoff: Criminal Law*, 5th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2015.
Roach, Kent. *Criminal Law*, 7th ed. Toronto: Irwin Law, 2018.
Stuart, Don. *Canadian Criminal Law: A Treatise*, 8th ed. Toronto: Thomson Reuters, 2020.
Watt, David. *Watt’s Manual of Criminal Jury Instructions*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 2015.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Bauman C.J. and Fitch and Grauer J.J.A.), 2021 BCCA 53, 402 C.C.C. (3d) 463, [2021] B.C.J. No. 209 (QL), 2021 CarswellBC 309 (WL), substituting a conviction for first degree murder to the conviction for second degree murder entered by Williams J., 2018 BCSC 602, [2018] B.C.J. No. 673 (QL), 2018 CarswellBC 895 (WL). Appeal dismissed.

Daniel J. Song and Elliot Holzman, for the appellant.

Megan A. Street, for the respondent.

Harbottle, [1993] 3 R.C.S. 306; *R. c. Nette*, 2001 CSC 78, [2001] 3 R.C.S. 488; *R. c. Niemi*, 2017 ONCA 720, 355 C.C.C. (3d) 344; *R. c. Imona-Russell*, 2018 ONCA 590; *R. c. McGregor*, 2019 ONCA 307, 145 O.R. (3d) 641; *R. c. Stevens* (1984), 11 C.C.C. (3d) 518; *R. c. Ganton* (1992), 77 C.C.C. (3d) 259; *R. c. Johnson and Jensen* (1993), 141 A.R. 184; *R. c. Plewes*, 2000 BCCA 278, 144 C.C.C. (3d) 426; *R. c. Westergard* (2004), 24 C.R. (6th) 375; *R. c. Mullings*, 2014 ONCA 895, 319 C.C.C. (3d) 1; *R. c. Maybin*, 2012 CSC 24, [2012] 2 R.C.S. 30; *Grayson c. Cie d’assurance Wellington* (1997), 37 B.C.L.R. (3d) 49; *R. c. Alexis*, 2020 ONCA 334, 388 C.C.C. (3d) 226; *R. c. Chung*, 2020 CSC 8, [2020] 1 R.C.S. 405; *R. c. J.M.H.*, 2011 CSC 45, [2011] 3 R.C.S. 197.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 9, 12.
Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 231, 279(2), 676(1)a, 745a, c), 745.4.

Doctrine et autres documents cités

Conseil canadien de la magistrature. *Modèles de directives au jury*, « Infraction 231(5) : Meurtre au premier degré lors de la commission d’une autre infraction », dernière mise à jour mai 2019 (en ligne).
Manning, Morris, and Peter Sankoff. *Manning, Mewett & Sankoff : Criminal Law*, 5th ed., Markham (Ont.), LexisNexis, 2015.
Roach, Kent. *Criminal Law*, 7th ed., Toronto, Irwin Law, 2018.
Stuart, Don. *Canadian Criminal Law : A Treatise*, 8th ed., Toronto, Thomson Reuters, 2020.
Watt, David. *Watt’s Manual of Criminal Jury Instructions*, 2nd ed., Toronto, Carswell, 2015.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de la Colombie-Britannique (le juge en chef Bauman et les juges Fitch et Grauer), 2021 BCCA 53, 402 C.C.C. (3d) 463, [2021] B.C.J. No. 209 (QL), 2021 CarswellBC 309 (WL), qui a substitué une déclaration de culpabilité pour meurtre au premier degré à la déclaration de culpabilité pour meurtre au deuxième degré inscrite par le juge Williams, 2018 BCSC 602, [2018] B.C.J. No. 673 (QL), 2018 CarswellBC 895 (WL). Pourvoi rejeté.

Daniel J. Song et Elliot Holzman, pour l’appellant.

Megan A. Street, pour l’intimée.

The judgment of the Court was delivered by

JAMAL J. —

I. Overview

[1] Section 231(5) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, provides that murder is first degree murder, irrespective of whether the murder is planned and deliberate, when the victim’s death is caused “while committing or attempting to commit” any of several listed crimes of domination, including hijacking an aircraft, any form of sexual assault, kidnapping, hostage taking, or unlawful confinement. At issue in this appeal is whether the appellant, Darren Sundman, murdered Jordan McLeod “while committing” the offence of unlawful confinement.

[2] The appellant and Mr. McLeod were drug dealers with a mutual animosity. On the day of Mr. McLeod’s murder, the appellant unlawfully confined him in a moving pickup truck and repeatedly assaulted him by hitting him with a handgun. Mr. McLeod jumped from the truck when it slowed to make a turn but was then chased on foot by the appellant and two accomplices. When Mr. McLeod ran for his life, the appellant shot him at least three times but did not manage to kill him. As he lay wounded, Mr. McLeod was shot and killed at close range by one of the accomplices.

[3] The appellant was acquitted of first degree murder but convicted of second degree murder. The trial judge accepted that although Mr. McLeod was unlawfully confined in the truck, he had managed to escape his confinement by jumping from the truck. The trial judge held that the appellant murdered Mr. McLeod but ruled that because of the brief gap in time between when Mr. McLeod was confined in the truck and when he was killed, the appellant did not murder him “while committing” the offence of unlawful confinement. The murder was thus in the second degree.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE JAMAL —

I. Survol

[1] Le paragraphe 231(5) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, prévoit que le meurtre que commet une personne est assimilé à un meurtre au premier degré, peu importe qu’il soit prémédité et de propos délibéré, lorsque la mort de la victime est causée par cette personne « en commettant ou tentant de commettre » l’une ou l’autre de plusieurs infractions énumérées comportant domination, y compris le détournement d’aéronef, toute forme d’agression sexuelle, l’enlèvement, la prise d’otage, ou la séquestration illégale. Il s’agit en l’espèce de savoir si l’appellant, Darren Sundman, a tué Jordan McLeod « en commettant » l’infraction de séquestration illégale.

[2] L’appellant et M. McLeod étaient des trafiquants de drogue qui se vouaient une animosité réciproque. Le jour où M. McLeod a été tué, l’appellant l’a séquestré illégalement dans une camionnette en mouvement et l’a agressé à maintes reprises en le frappant avec une arme de poing. Monsieur McLeod a sauté de la camionnette alors que celle-ci ralentissait pour effectuer un virage, mais il a été ensuite pourchassé à pied par l’appellant et deux complices. Alors que M. McLeod s’enfuyait en courant, l’appellant a tiré sur lui au moins trois fois, mais n’est pas parvenu à le tuer. Alors qu’il gisait blessé, M. McLeod a été abattu à bout portant par l’un des complices.

[3] L’appellant a été acquitté de meurtre au premier degré, mais il a été déclaré coupable de meurtre au deuxième degré. Le juge du procès a accepté que, même si M. McLeod avait été séquestré illégalement dans la camionnette, il était parvenu à s’échapper en sautant de celle-ci. Le juge du procès a conclu que l’appellant avait tué M. McLeod, mais il a décidé qu’en raison du bref intervalle entre la séquestration de M. McLeod dans la camionnette et le moment où il a été abattu, l’appellant ne l’avait pas tué « en commettant » l’infraction de séquestration illégale. Il s’agissait donc d’un meurtre au deuxième degré.

[4] The Court of Appeal for British Columbia unanimously allowed the Crown's appeal and substituted a conviction for first degree murder under s. 231(5)(e) of the *Criminal Code*. The court held that Mr. McLeod was still unlawfully confined when he jumped from the truck and was chased before being killed. The unlawful confinement and the murder were temporally and causally connected, making the entire series of events a single transaction. The appellant now appeals to this Court as of right.

[5] I would dismiss the appeal. In my view, Mr. McLeod was still unlawfully confined when he escaped from the truck and ran for his life. Even though Mr. McLeod was not *physically restrained* outside the truck, he continued to be *coercively restrained* through violence, fear, and intimidation. He was deprived of his liberty and was not free to move about according to his inclination and desire. The appellant then murdered him while unlawfully confining him. These two distinct criminal acts were part of a continuous sequence of events forming a single transaction. They were close in time and involved an ongoing domination of Mr. McLeod that began in the truck, continued when he escaped from the truck and ran for his life, and ended with his murder. The appellant is therefore guilty of first degree murder under s. 231(5)(e) of the *Criminal Code*.

II. Facts

[6] On January 16, 2015, Mr. McLeod was shot and killed near Prince George, British Columbia, soon after he had been assaulted and unlawfully confined in a pickup truck. Five people had been in the truck: Mr. McLeod; the appellant; the appellant's girlfriend, Staci Stevenson; the appellant's brother, Kurtis Sundman; and Sebastian Martin. All five were drug dealers in and around Vanderhoof, British Columbia.

[7] The truck had been travelling from Vanderhoof to Prince George. Mr. Kurtis Sundman was driving and Mr. McLeod was in the front passenger seat, while

[4] La Cour d'appel de la Colombie-Britannique, à l'unanimité, a accueilli l'appel de la Couronne et a substitué une déclaration de culpabilité pour meurtre au premier degré par application de l'al. 231(5)e) du *Code criminel*. Selon la cour, M. McLeod était toujours séquestré illégalement quand il a sauté de la camionnette et a été pourchassé avant d'être tué. Il existait un lien temporel et causal entre la séquestration illégale et le meurtre, la suite d'événements en entier constituant de ce fait une seule affaire ou opération. L'appelant se pourvoit maintenant de plein droit devant notre Cour.

[5] Je suis d'avis de rejeter le pourvoi. À mon avis, M. McLeod était toujours séquestré illégalement lorsqu'il s'est enfui de la camionnette en courant. Même si M. McLeod ne subissait pas de *contrainte physique* à l'extérieur de la camionnette, il était toujours soumis à la *coercition* par la violence, la peur et l'intimidation. Il était privé de sa liberté et n'était pas libre de ses mouvements. L'appelant l'a ensuite tué alors qu'il le séquestrait illégalement. Ces deux actes criminels distincts faisaient partie d'une suite ininterrompue d'événements qui constituaient une seule affaire. Ils étaient rapprochés dans le temps et consistaient en une domination constante de M. McLeod qui a commencé dans la camionnette, s'est poursuivie quand il s'est échappé de celle-ci en courant, et a pris fin avec son meurtre. L'appelant est donc coupable de meurtre au premier degré par application de l'al. 231(5)e) du *Code criminel*.

II. Faits

[6] Le 16 janvier 2015, M. McLeod a été tué par balles près de Prince George, en Colombie-Britannique, peu après avoir été agressé et séquestré illégalement dans une camionnette. Cinq personnes se trouvaient dans la camionnette : M. McLeod; l'appelant; la petite amie de l'appelant, Staci Stevenson; le frère de l'appelant, Kurtis Sundman; et Sebastian Martin. Toutes ces personnes étaient des trafiquants de drogue actifs à Vanderhoof, en Colombie-Britannique, et dans les environs.

[7] La camionnette se rendait de Vanderhoof à Prince George. Monsieur Kurtis Sundman était au volant, et M. McLeod occupait le siège passager avant, tandis

the appellant, Ms. Stevenson, and Mr. Martin were in the back. The appellant and Mr. Kurtis Sundman were each carrying a handgun; Mr. Martin was carrying a shotgun. Mr. McLeod was unarmed.

[8] During the trip, a conflict arose between the Sundman brothers and Mr. McLeod. The appellant was angry with Mr. McLeod for many reasons: he suspected that Mr. McLeod was having a relationship with Ms. Stevenson; Mr. McLeod was encroaching on the Sundman brothers' turf by supplying drugs to the Vanderhoof market; the Sundman brothers owed a drug debt to Mr. McLeod and he was pressuring them to repay the debt; and the appellant had seen messages on Mr. McLeod's phone that had upset him. At one point, the appellant started hitting Mr. McLeod in the head with his handgun. Mr. McLeod tried to avoid the blows and promised to forgive the Sundmans' drug debt if they left him alone. Mr. Kurtis Sundman, who shared the appellant's anger, encouraged the ongoing assault and drove the truck so fast that Mr. McLeod could not jump out. He also taunted Mr. McLeod by telling him to jump out, even though realistically this was impossible.

[9] When the truck slowed to make a turn, Mr. McLeod jumped out of the truck and tried to escape. Mr. Kurtis Sundman immediately stopped the truck, and the appellant yelled "get him, get him". The three men quickly left the truck, each carrying their respective firearms, and chased Mr. McLeod.

[10] Mr. McLeod tried desperately to escape. He waded through deep snow, across a shallow ditch and barbed wire fence, towards the bush. The appellant then shot at Mr. McLeod at least four times, hitting him at least three times. Although these shots did not kill Mr. McLeod, they slowed him down and stopped him from escaping. Mr. Martin said to the appellant something to the effect of, "I got him, boss", and shot Mr. McLeod twice, once in the torso and once in the face at close range, killing him almost instantly.

que l'appellant, M^{me} Stevenson et M. Martin étaient à l'arrière. L'appellant et M. Kurtis Sundman portaient chacun une arme de poing; M. Martin portait un fusil de chasse. Monsieur McLeod n'était pas armé.

[8] Durant le trajet, une dispute a éclaté entre les frères Sundman et M. McLeod. L'appellant était en colère contre M. McLeod pour plusieurs raisons : il le soupçonnait d'entretenir une relation avec M^{me} Stevenson; M. McLeod empiétait sur le territoire des frères Sundman en fournissant de la drogue sur le marché de Vanderhoof; les frères Sundman avaient une dette de drogue envers M. McLeod et il faisait pression sur eux pour qu'ils la remboursent; et l'appellant a vu sur le téléphone de M. McLeod des messages qui l'ont frustré. À un moment donné, l'appellant s'est mis à frapper M. McLeod à la tête avec son arme de poing. Monsieur McLeod a tenté d'éviter les coups et a promis d'annuler la dette de drogue des Sundman s'ils le laissaient tranquille. Monsieur Kurtis Sundman, qui partageait la colère de l'appellant, a encouragé l'agression en cours et a conduit la camionnette si rapidement que M. McLeod ne pouvait pas sauter de celle-ci. Il a aussi nargué M. McLeod en lui disant de sauter, même si, en pratique, c'était impossible.

[9] Lorsque la camionnette a ralenti pour effectuer un virage, M. McLeod a sauté de la camionnette et a tenté de s'enfuir. Monsieur Kurtis Sundman a arrêté la camionnette sur-le-champ, et l'appellant a crié [TRADUCTION] « attrapez-le, attrapez-le ». Les trois hommes sont rapidement sortis de la camionnette, chacun portant son arme à feu respective, et ils ont pourchassé M. McLeod.

[10] Monsieur McLeod a désespérément essayé de s'échapper. Il a marché dans une neige profonde, a traversé un fossé peu profond et une clôture de barbelés en direction des buissons. L'appellant a alors tiré au moins quatre fois vers M. McLeod et l'a atteint d'au moins trois balles. Bien que ces coups n'aient pas tué M. McLeod, ils l'ont ralenti et empêché de s'échapper. Monsieur Martin a dit à l'appellant quelque chose qui ressemblait à [TRADUCTION] « Je l'ai, patron », et il a tiré deux fois sur M. McLeod, une fois au torse et une fois au visage à bout portant, le tuant presque instantanément.

[11] The three men loaded Mr. McLeod’s body into the truck and drove to an isolated location where they hid his body under foliage. The police found the body about a month later with Ms. Stevenson’s help.

[12] The appellant and his two accomplices, Mr. Martin and Mr. Kurtis Sundman, were each charged with first degree murder. The accomplices were convicted of second degree murder and manslaughter, respectively. Only the appellant’s case remains before this Court.

III. Judgments Below

A. *Supreme Court of British Columbia, 2018 BCSC 602 (Williams J.)*

[13] The Crown argued that the appellant was guilty of first degree murder because the murder was planned and deliberate. Alternatively, the Crown argued that, because the appellant murdered Mr. McLeod “while committing” the offence of unlawful confinement, he was guilty of first degree murder under s. 231(5)(e) of the *Criminal Code*. The trial judge rejected both arguments and acquitted the appellant of first degree murder but convicted him of second degree murder.

[14] The trial judge held that to prove first degree murder under s. 231(5)(e), the Crown had to prove that the appellant murdered Mr. McLeod while he was under “continuing confinement” at the time of his death (para. 289 (CanLII)). The appellant repeatedly assaulted and unlawfully confined Mr. McLeod in the truck, and Mr. McLeod was still “in a situation of vulnerability” when he escaped from the truck as a “consequence of the manner in which he had been dealt with in the truck” (para. 289). However, because Mr. McLeod “managed to escape his confinement” by jumping from the truck, when “Mr. McLeod was shot, his confinement had ended” (para. 288). The brief “gap in time” between the end of Mr. McLeod’s unlawful confinement in the truck and the firing of the fatal shots meant that he was not under “continuing confinement” when he was killed (para. 289). The

[11] Les trois hommes ont chargé le corps de M. McLeod dans la camionnette et se sont rendus à un endroit isolé où ils l’ont dissimulé sous du feuillage. La police a retrouvé le corps environ un mois plus tard avec l’aide de M^{me} Stevenson.

[12] L’appelant et ses deux complices, MM. Martin et Kurtis Sundman, ont tous les trois été accusés de meurtre au premier degré. Les complices ont été respectivement déclarés coupables de meurtre au deuxième degré et d’homicide involontaire coupable. Notre Cour n’est saisie que du cas de l’appelant.

III. Décisions des juridictions inférieures

A. *Cour suprême de la Colombie-Britannique, 2018 BCSC 602 (le juge Williams)*

[13] La Couronne a plaidé que l’appelant était coupable de meurtre au premier degré parce qu’il s’agissait d’un meurtre prémédité et de propos délibéré. Elle a plaidé subsidiairement que, comme l’appelant a tué M. McLeod « en commettant » l’infraction de séquestration illégale, il était coupable de meurtre au premier degré par application de l’al. 231(5)e) du *Code criminel*. Le juge du procès a rejeté ces deux arguments et a acquitté l’appelant de meurtre au premier degré, mais l’a reconnu coupable de meurtre au deuxième degré.

[14] Le juge du procès a conclu que, pour établir la perpétration d’un meurtre au premier degré au sens de l’al. 231(5)e), la Couronne devait prouver que l’appelant avait tué M. McLeod et qu’il y avait [TRADUCTION] « séquestration en cours » au moment de sa mort (par. 289 (CanLII)). L’appelant a agressé à maintes reprises et séquestré illégalement M. McLeod dans la camionnette, et lorsqu’il s’est échappé de la camionnette, M. McLeod se trouvait toujours [TRADUCTION] « dans une situation de vulnérabilité » qui « était la conséquence du traitement qui lui avait été réservé dans [celle-ci] » (par. 289). Cependant, comme M. McLeod [TRADUCTION] « était parvenu à s’échapper » en sautant de la camionnette, lorsqu’il « a été abattu, sa séquestration avait pris fin » (par. 288). Le bref [TRADUCTION] « intervalle » entre la fin de la séquestration illégale de M. McLeod dans

appellant was thus not guilty of first degree murder under s. 231(5)(e) of the *Criminal Code*.

B. *Court of Appeal for British Columbia, 2021 BCCA 53, 402 C.C.C. (3d) 463 (Bauman C.J. and Fitch and Grauer J.J.A.)*

[15] The Court of Appeal unanimously allowed the Crown’s appeal on the acquittal of first degree murder under s. 231(5)(e), set aside the conviction of second degree murder, and substituted a conviction of first degree murder.

[16] The Court of Appeal identified two legal errors in the trial decision. First, the trial judge erred in law on the scope of unlawful confinement by requiring that “the victim be physically restrained in an enclosed space” (para. 156). Unlawful confinement only requires “the intentional deprivation of another person’s liberty or the restriction of that person’s movement in the absence of lawful authority and contrary to the person’s wishes” (para. 153). Even after Mr. McLeod had jumped from the truck he was “in no sense free to move about according to his own inclination and desire” (para. 159). “His confinement did not, as a matter of law, end as soon as he bailed from the truck” (para. 159). Applying the trial judge’s undisputed factual findings to the correct legal test for unlawful confinement, the appellant “was committing the offence of unlawful confinement when he shot [Mr.] McLeod” (para. 159).

[17] Second, according to the Court of Appeal, the trial judge’s “more fundamental legal error” was in concluding that “the momentary gap in time” between when Mr. McLeod jumped from the truck and when the appellant shot him meant that he could not have murdered Mr. McLeod “while committing” the offence of unlawful confinement (para. 163). Such a “narrow approach” to s. 231(5)(e) diverges from this Court’s interpretation in *R. v. Paré*, [1987] 2 S.C.R.

la camionnette et les coups fatals signifiait qu’il n’y avait pas de « séquestration en cours » quand il a été tué (par. 289). L’appelant n’était donc pas coupable de meurtre au premier degré par application de l’al. 231(5)e) du *Code criminel*.

B. *Cour d’appel de la Colombie-Britannique, 2021 BCCA 53, 402 C.C.C. (3d) 463 (le juge en chef Bauman et les juges Fitch et Grauer)*

[15] La Cour d’appel a accueilli à l’unanimité l’appel formé par la Couronne contre l’acquittement relatif à l’accusation de meurtre au premier degré au sens de l’al. 231(5)e), annulé la déclaration de culpabilité pour meurtre au deuxième degré et substitué une déclaration de culpabilité pour meurtre au premier degré.

[16] La Cour d’appel a relevé deux erreurs de droit dans la décision de première instance. En premier lieu, le juge du procès a commis une erreur de droit au sujet de la portée de la séquestration illégale en exigeant que [TRADUCTION] « la victime subisse une contrainte physique dans un espace restreint et clos » (par. 156). La séquestration illégale ne requiert que [TRADUCTION] « la privation intentionnelle de la liberté d’une autre personne ou la restriction des mouvements de cette personne en l’absence d’autorisation légitime et contre sa volonté » (par. 153). Même après que M. McLeod ait sauté de la camionnette, il n’était [TRADUCTION] « en aucune manière libre de ses mouvements » (par. 159). « Sa séquestration n’a pas, en droit, pris fin dès qu’il a sauté de la camionnette » (par. 159). Si l’on examine les conclusions de fait non contestées du juge du procès en fonction du critère juridique applicable à la séquestration illégale, l’appelant « commettait l’infraction de séquestration illégale lorsqu’il a tiré sur [M.] McLeod » (par. 159).

[17] En deuxième lieu, selon la Cour d’appel, le juge du procès a commis une [TRADUCTION] « erreur de droit plus fondamentale » en concluant que « l’intervalle momentané » entre le moment où M. McLeod a sauté de la camionnette et le moment où l’appelant lui a tiré dessus signifiait qu’il ne pouvait avoir tué M. McLeod « en commettant » l’infraction de séquestration illégale (par. 163). Une telle [TRADUCTION] « approche étroite » à l’égard de

618, which asks whether the unlawful confinement and murder were part of a single transaction or were temporally and causally connected. The trial judge erred in law by failing to give legal effect to his factual findings. On the facts found by the trial judge, there was a temporal and causal connection between the unlawful confinement and the murder, making the entire course of conduct a single transaction. The temporal connection was established because the gap in time between the unlawful confinement and the murder was “brief” or “momentary” (para. 171). The causal connection was established because Mr. McLeod was still in a situation of vulnerability after he jumped from the truck and tried to escape from his attackers (para. 172). Based on these factual findings, the appellant was guilty of first degree murder.

IV. Relevant Statutory Provisions

[18] The relevant portions of ss. 231 and 279 of the *Criminal Code* read as follows:

Classification of murder

231 (1) Murder is first degree murder or second degree murder.

Planned and deliberate murder

(2) Murder is first degree murder when it is planned and deliberate.

...

Hijacking, sexual assault or kidnapping

(5) Irrespective of whether a murder is planned and deliberate on the part of any person, murder is first degree murder in respect of a person when the death is caused by that person while committing or attempting to commit an offence under one of the following sections:

- (a) section 76 (hijacking an aircraft);
- (b) section 271 (sexual assault);

l'al. 231(5)e) s'écarte de l'interprétation de la Cour dans l'arrêt *R. c. Paré*, [1987] 2 R.C.S. 618, laquelle consiste à déterminer si la séquestration illégale et le meurtre faisaient partie d'une seule affaire ou si un lien temporel et causal les unissait. Le juge du procès a commis une erreur de droit en ne donnant pas effet juridique à ses conclusions de fait. D'après les faits constatés par le juge du procès, il existait entre la séquestration illégale et le meurtre un lien temporel et causal qui faisait de l'ensemble des actes en question une seule affaire. Le lien temporel a été établi parce que l'intervalle entre la séquestration illégale et le meurtre était [TRADUCTION] « bref » ou « momentané » (par. 171). Le lien de causalité a été établi parce que M. McLeod se trouvait toujours dans une situation de vulnérabilité après avoir sauté de la camionnette et tenté d'échapper à ses agresseurs (par. 172). Au vu de ces conclusions de fait, l'appellant était coupable de meurtre au premier degré.

IV. Dispositions législatives pertinentes

[18] Les extraits pertinents des art. 231 et 279 du *Code criminel* sont ainsi libellés :

Classification

231 (1) Il existe deux catégories de meurtres : ceux du premier degré et ceux du deuxième degré.

Meurtre au premier degré

(2) Le meurtre au premier degré est le meurtre commis avec préméditation et de propos délibéré.

...

Détournement, enlèvement, infraction sexuelle ou prise d'otage

(5) Indépendamment de toute préméditation, le meurtre que commet une personne est assimilé à un meurtre au premier degré lorsque la mort est causée par cette personne, en commettant ou tentant de commettre une infraction prévue à l'un des articles suivants :

- a) l'article 76 (détournement d'aéronef);
- b) l'article 271 (agression sexuelle);

(c) section 272 (sexual assault with a weapon, threats to a third party or causing bodily harm);

(d) section 273 (aggravated sexual assault);

(e) section 279 (kidnapping and forcible confinement); or

(f) section 279.1 (hostage taking).

...

Second degree murder

(7) All murder that is not first degree murder is second degree murder.

...

Forcible confinement

279 ...

(2) Every one who, without lawful authority, confines, imprisons or forcibly seizes another person is guilty of

(a) an indictable offence and liable to imprisonment for a term not exceeding ten years; or

(b) an offence punishable on summary conviction.

V. Issues

[19] The appellant raises two main issues:

A. The Court of Appeal had no basis to interfere with the trial judge's conclusion that Mr. McLeod's unlawful confinement ended when he escaped from the truck, and thus the appellant did not murder Mr. McLeod "while committing" the offence of unlawful confinement and is not guilty of first degree murder under s. 231(5)(e) of the *Criminal Code*; and

B. The Court of Appeal erred in concluding that Mr. McLeod's unlawful confinement in the truck and his murder formed part of a "single

c) l'article 272 (agression sexuelle armée, menaces à une tierce personne ou infraction de lésions corporelles);

d) l'article 273 (agression sexuelle grave);

e) l'article 279 (enlèvement et séquestration);

f) l'article 279.1 (prise d'otage).

...

Meurtre au deuxième degré

(7) Les meurtres qui n'appartiennent pas à la catégorie des meurtres au premier degré sont des meurtres au deuxième degré.

...

Séquestration

279 ...

(2) Quiconque, sans autorisation légitime, séquestre, emprisonne ou saisit de force une autre personne est coupable :

a) soit d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de dix ans;

b) soit d'une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire.

V. Questions en litige

[19] L'appelant soulève deux questions principales :

A. La Cour d'appel n'avait aucune raison de modifier la conclusion du juge du procès suivant laquelle la séquestration illégale de M. McLeod a pris fin quand il s'est échappé de la camionnette, et, par conséquent, l'appelant n'a pas tué M. McLeod « en commettant » l'infraction de séquestration illégale et n'est pas coupable de meurtre au premier degré par application de l'al. 231(5)e) du *Code criminel*.

B. La Cour d'appel a eu tort de conclure que la séquestration illégale de M. McLeod dans la camionnette et son meurtre faisaient partie d'une

transaction” justifying a conviction for first degree murder under s. 231(5)(e).

VI. Analysis

[20] I will first review the legal principles for unlawful confinement under s. 279(2) of the *Criminal Code* and first degree murder under s. 231(5). I will then apply those principles to this case.

A. *Unlawful Confinement*

[21] To establish unlawful or forcible confinement under s. 279(2) of the *Criminal Code*, the Crown must prove that (1) the accused confined another person; and (2) the confinement was unlawful (*R. v. Magoon*, 2018 SCC 14, [2018] 1 S.C.R. 309, at para. 64). At its core, unlawful confinement involves a deprivation of a person’s liberty (*R. v. Bottineau*, [2006] O.J. No. 1864 (QL), 2006 CarswellOnt 8510 (WL) (S.C.J.), at para. 117, per Watt J. (as he then was), aff’d 2011 ONCA 194, 269 C.C.C. (3d) 227). Unlawful confinement occurs if, for any significant time period, a person is coercively restrained or directed contrary to their wishes, so that they cannot move about according to their own inclination and desire (*R. v. Luxton*, [1990] 2 S.C.R. 711, at p. 723; *R. v. Pritchard*, 2008 SCC 59, [2008] 3 S.C.R. 195, at para. 24; *Magoon*, at para. 64). The person need not be restricted to a particular place or physically restrained (*Magoon*, at para. 64; *R. v. Gratton* (1985), 18 C.C.C. (3d) 462 (Ont. C.A.), at pp. 473 and 475, per Cory J.A. (as he then was); *R. v. Lemaigre* (1987), 56 Sask. R. 300 (C.A.), at para. 3; M. Manning and P. Sankoff, *Manning, Mewett & Sankoff: Criminal Law* (5th ed. 2015), at p. 1037). The restraint can be through violence, fear, intimidation or psychological or other means (*Magoon*, at para. 64). The purpose of the confinement is not relevant (*Pritchard*, at para. 31; *R. v. Kimberley* (2001), 56 O.R. (3d) 18 (C.A.), at para. 107; *R. v. Johnstone*, 2014 ONCA 504, 313 C.C.C. (3d) 34, at para. 45; *R. v. Parris*, 2013 ONCA 515, 300 C.C.C. (3d) 41, at para. 47).

« seule affaire » justifiant une déclaration de culpabilité pour meurtre au premier degré par application de l’al. 231(5)e).

VI. Analyse

[20] J’examinerai d’abord les principes juridiques applicables à la séquestration illégale que l’on trouve au par. 279(2) du *Code criminel* et ceux applicables au meurtre au premier degré qui figurent au par. 231(5). J’appliquerai ensuite ces principes à la présente affaire.

A. *Séquestration illégale*

[21] Pour établir l’infraction de séquestration illégale prévue au par. 279(2) du *Code criminel*, la Couronne doit prouver (1) que l’accusé a séquestré une autre personne; et (2) qu’il s’agissait d’une séquestration illégale (*R. c. Magoon*, 2018 CSC 14, [2018] 1 R.C.S. 309, par. 64). Séquestrer illégalement une personne consiste fondamentalement à priver cette personne de sa liberté (*R. c. Bottineau*, [2006] O.J. No. 1864 (QL), 2006 CarswellOnt 8510 (WL) (C.S.J.), par. 117, le juge Watt (plus tard juge de la Cour d’appel de l’Ontario), conf. par 2011 ONCA 194, 269 C.C.C. (3d) 227). Il y a séquestration illégale si, pendant un laps de temps assez long, une personne est soumise à la coercition ou forcée d’agir contre sa volonté, de telle sorte qu’elle n’est pas libre de ses mouvements (*R. c. Luxton*, [1990] 2 R.C.S. 711, p. 723; *R. c. Pritchard*, 2008 CSC 59, [2008] 3 R.C.S. 195, par. 24; *Magoon*, par. 64). Il n’est pas nécessaire que la personne soit confinée dans un endroit particulier ou qu’elle subisse une contrainte physique (*Magoon*, par. 64; *R. c. Gratton* (1985), 18 C.C.C. (3d) 462 (C.A. Ont.), p. 473 et 475, le juge Cory (plus tard juge de notre Cour); *R. c. Lemaigre* (1987), 56 Sask. R. 300 (C.A.), par. 3; M. Manning et P. Sankoff, *Manning, Mewett & Sankoff: Criminal Law* (5^e éd. 2015), p. 1037). La contrainte peut être exercée par la violence, la peur, l’intimidation ou encore par des moyens psychologiques ou autres (*Magoon*, par. 64). L’objet de la séquestration n’est pas pertinent (*Pritchard*, par. 31; *R. c. Kimberley* (2001), 56 O.R. (3d) 18 (C.A.), par. 107; *R. c. Johnstone*, 2014 ONCA 504, 313 C.C.C. (3d) 34, par. 45; *R. c. Parris*, 2013 ONCA 515, 300 C.C.C. (3d) 41, par. 47).

[22] For example, a person can be unlawfully confined if an accused's violent acts lead the person to lock themselves in a room to avoid being attacked (*Johnstone*, at para. 47; K. Roach, *Criminal Law* (7th ed. 2018), at p. 442, fn. 83), or if the person is prevented from escaping from an apartment through the front door (*R. v. Newman*, 2016 SCC 7, [2016] 1 S.C.R. 27, at para. 1; Roach, at p. 442, fn. 81).

B. *First Degree Murder Under Section 231(5)*

(1) First Degree Murder

[23] First degree murder is the most serious crime in Canadian law and requires the highest level of moral blameworthiness, namely subjective foresight of death (*R. v. Arkell*, [1990] 2 S.C.R. 695, at p. 703; *Luxton*, at p. 724). It carries the most severe punishment under the *Criminal Code*, a sentence of life imprisonment without eligibility for parole for 25 years (s. 745(a); *R. v. Russell*, 2001 SCC 53, [2001] 2 S.C.R. 804, at para. 46). Any murder that is not first degree murder is second degree murder (s. 231(7)), which carries a punishment of life imprisonment without eligibility for parole of between 10 and 25 years, at the discretion of the sentencing judge (ss. 745(c) and 745.4).

[24] First degree murder is murder that is “planned and deliberate” (s. 231(2) and (3)). Murder is also deemed to be in the first degree, even if not planned and deliberate, if it is committed in connection with specific victims, specific situations, or any of several enumerated offences (s. 231(4) to (6.2)). Section 231(5) lists one such group of underlying offences. It provides that murder is first degree murder when the death of a person is caused “while committing or attempting to commit” any of the offences of hijacking an aircraft, any form of sexual assault, kidnapping, hostage taking, or unlawful confinement. Section 231(5) can apply even if the murder victim and the victim of the enumerated offence are different persons (*Russell*, at paras. 33 and 43; Manning and Sankoff, at p. 961).

[22] Par exemple, une personne peut être séquestrée illégalement si les actes violents de l'accusé amènent cette personne à s'enfermer dans une pièce pour éviter d'être agressée (*Johnstone*, par. 47; K. Roach, *Criminal Law* (7^e éd. 2018), p. 442, note 83), ou si on empêche la personne de s'échapper d'un appartement par la porte avant (*R. c. Newman*, 2016 CSC 7, [2016] 1 R.C.S. 27, par. 1; Roach, p. 442, note 81).

B. *Meurtre au premier degré au sens du par. 231(5)*

(1) Meurtre au premier degré

[23] Le meurtre au premier degré est le crime le plus grave en droit canadien, et il exige le plus haut degré de culpabilité morale, à savoir la prévision subjective de la mort (*R. c. Arkell*, [1990] 2 R.C.S. 695, p. 703; *Luxton*, p. 724). Il est passible de la peine la plus lourde prévue par le *Code criminel*, l'emprisonnement à perpétuité sans possibilité de libération conditionnelle avant 25 ans (al. 745a); *R. c. Russell*, 2001 CSC 53, [2001] 2 R.C.S. 804, par. 46). Tout meurtre qui n'appartient pas à la catégorie des meurtres au premier degré est un meurtre au deuxième degré (par. 231(7)), infraction qui est passible de l'emprisonnement à perpétuité sans possibilité de libération conditionnelle avant un délai de 10 à 25 ans, à la discrétion du juge chargé d'infliger la peine (al. 745c) et art. 745.4).

[24] Le meurtre au premier degré est un meurtre commis « avec préméditation et de propos délibéré » (par. 231(2) et (3)). Un meurtre est aussi réputé être au premier degré, même s'il n'est pas prémédité et de propos délibéré, s'il est commis en lien avec des victimes en particulier, des situations en particulier ou l'une ou l'autre de plusieurs infractions énumérées (par. 231(4) à (6.2)). Le paragraphe 231(5) fait état d'un tel groupe d'infractions sous-jacentes. Il prévoit que le meurtre en question est assimilé à un meurtre au premier degré lorsque la mort d'une personne est causée « en commettant ou tentant de commettre » l'une ou l'autre des infractions suivantes : un détournement d'aéronef, toute forme d'agression sexuelle, un enlèvement, une prise d'otage ou une séquestration illégale. Le paragraphe 231(5) peut s'appliquer même si la victime du meurtre et celle de l'infraction énumérée ne sont pas la même personne (*Russell*, par. 33 et 43; Manning et Sankoff, p. 961).

(2) Section 231(5): A Sentencing Provision

[25] Section 231(5) does not create a substantive offence. It is essentially a sentencing provision reflecting Parliament's decision to treat murder in connection with the listed offences as involving a heightened degree of moral blameworthiness or an aggravating circumstance warranting a more severe punishment. Section 231(5) applies only when the offender has been found guilty of murder beyond a reasonable doubt (*R. v. Harbottle*, [1993] 3 S.C.R. 306, at p. 323; *Arkell*, at pp. 702-3; *Luxton*, at p. 720; *Paré*, at p. 625; *Russell*, at para. 24; *Pritchard*, at para. 19).

[26] This Court has held that s. 231(5) is neither arbitrary nor irrational and does not infringe ss. 7, 9, or 12 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (*Arkell*, at p. 704; *Luxton*, at pp. 719-25; D. Stuart, *Canadian Criminal Law: A Treatise* (8th ed. 2020), at p. 234; Manning and Sankoff, at p. 958).

(3) The Organizing Principle of Illegal Domination

[27] The organizing principle for the offences listed in s. 231(5) — what they have in common — is that they are all crimes involving the illegal domination of victims. Parliament has treated murder committed in connection with these crimes of domination as especially serious and as warranting the exceptional punishment for first degree murder (*Paré*, at p. 633; *Luxton*, at p. 722; *R. v. Nette*, 2001 SCC 78, [2001] 3 S.C.R. 488, at para. 62; *Pritchard*, at paras. 19-20; *Magoon*, at para. 61). Illegal domination is not an essential element to be proved under s. 231(5) but a principle that helps courts apply the provision purposively, so that the law develops in a principled manner (*Russell*, at para. 43; *Kimberley*, at para. 104; *R. v. Niemi*, 2017 ONCA 720, 355 C.C.C. (3d) 344, at para. 62; *R. v. Imona-Russell*, 2018 ONCA 590, at para. 13 (CanLII); *R. v. McGregor*, 2019 ONCA 307, 145 O.R. (3d) 641, at paras. 58, 67 and 69-74).

(2) Paragraphe 231(5) : une disposition en matière de détermination de la peine

[25] Le paragraphe 231(5) ne crée pas une infraction substantielle. Il s'agit essentiellement d'une disposition en matière de détermination de la peine qui témoigne de la décision du Parlement de considérer que les meurtres liés aux infractions énumérées comportent un degré élevé culpabilité morale ou une circonstance aggravante justifiant une peine plus lourde. Le paragraphe 231(5) s'applique uniquement lorsque le délinquant concerné a été reconnu coupable de meurtre hors de tout doute raisonnable (*R. c. Harbottle*, [1993] 3 R.C.S. 306, p. 323; *Arkell*, p. 702-703; *Luxton*, p. 720; *Paré*, p. 625; *Russell*, par. 24; *Pritchard*, par. 19).

[26] Notre Cour a statué que le par. 231(5) n'est ni arbitraire ni irrationnel et ne contrevient pas aux art. 7, 9 ou 12 de la *Charte canadienne des droits et libertés* (*Arkell*, p. 704; *Luxton*, p. 719-725; D. Stuart, *Canadian Criminal Law : A Treatise* (8^e éd. 2020), p. 234; Manning et Sankoff, p. 958).

(3) Le principe directeur de domination illégale

[27] Le principe directeur des infractions énumérées au par. 231(5) — ce qu'elles ont en commun — est que ces infractions sont toutes des crimes impliquant la domination illégale de victimes. Le Parlement a jugé qu'un meurtre commis en lien avec ces crimes comportant domination est particulièrement grave et justifie la peine exceptionnelle prévue pour le meurtre au premier degré (*Paré*, p. 633; *Luxton*, p. 722; *R. c. Nette*, 2001 CSC 78, [2001] 3 R.C.S. 488, par. 62; *Pritchard*, par. 19-20; *Magoon*, par. 61). La domination illégale est non pas un élément essentiel qu'il faut établir pour l'application du par. 231(5), mais un principe qui aide les tribunaux à appliquer la disposition de manière téléologique, pour que le droit évolue de façon raisonnée (*Russell*, par. 43; *Kimberley*, par. 104; *R. c. Niemi*, 2017 ONCA 720, 355 C.C.C. (3d) 344, par. 62; *R. c. Imona-Russell*, 2018 ONCA 590, par. 13 (CanLII); *R. c. McGregor*, 2019 ONCA 307, 145 O.R. (3d) 641, par. 58, 67 et 69-74).

(4) “While Committing”: The Single Transaction Test

[28] This Court has provided guidance on what it means to commit murder “while committing or attempting to commit” an underlying offence listed in s. 231(5). In *Paré*, this Court’s leading interpretation of s. 231(5), the offender indecently assaulted a young boy, held him down for two minutes, and then strangled him to death when the boy said that he would tell his mother of the assault. Wilson J. for the Court rejected a narrow and literal interpretation of “while committing” under s. 231(5) that would require the underlying offence and the murder to be committed simultaneously. Such an interpretation would lead to irrational and arbitrary distinctions — in *Paré*, for example, applying the “simultaneous” interpretation would mean that whether the murder was in the first or second degree would turn on whether the offender was viewed as still indecently assaulting the victim when he held him down and strangled him. Instead of a “simultaneous” approach to s. 231(5), Wilson J. adopted the broad and purposive “single transaction” approach proposed by Martin J.A. in *R. v. Stevens* (1984), 11 C.C.C. (3d) 518 (Ont. C.A.), at p. 541, which asks if the listed offence of domination and the killing “all form part of one continuous sequence of events forming a single transaction”. Wilson J. held that “it is the continuing illegal domination of the victim which gives continuity to the sequence of events culminating in the murder. The murder represents an exploitation of the position of power created by the underlying crime and makes the entire course of conduct a ‘single transaction’” (p. 633). Applying this test, the offender in *Paré* was guilty of first degree murder because the indecent assault and the killing formed “part of one continuous sequence of events” constituting “the same transaction” (p. 634).

(4) « En commettant » : le test de la seule affaire

[28] Notre Cour a donné des précisions sur ce que l’on entend par commettre un meurtre « en commettant ou tentant de commettre » une infraction sous-jacente énumérée au par. 231(5). Dans *Paré*, l’arrêt de notre Cour qui a développé l’interprétation du par. 231(5) qui fait autorité, le délinquant a attenté à la pudeur d’un jeune garçon, l’a maintenu au sol pendant deux minutes, puis l’a étranglé à mort quand le garçon lui a dit qu’il raconterait l’agression à sa mère. S’exprimant au nom de la Cour, la juge Wilson a rejeté une interprétation étroite et littérale des mots « en commettant » au par. 231(5) qui exigerait la perpétration simultanée de l’infraction sous-jacente et du meurtre. Pareille interprétation donnerait lieu à des distinctions irrationnelles et arbitraires — dans l’affaire *Paré*, par exemple, l’application de l’interprétation requérant la « simultanéité » voudrait dire que, pour déterminer s’il s’agissait d’un meurtre au premier ou au deuxième degré, il aurait fallu se demander si le délinquant attentait toujours à la pudeur de la victime lorsqu’il l’a maintenue au sol et l’a étranglée. Au lieu d’aborder le par. 231(5) sous l’angle de la « simultanéité », la juge Wilson a adopté la démarche large et téléologique dite de la « seule affaire » qu’a proposée le juge d’appel Martin dans l’arrêt *R. c. Stevens* (1984), 11 C.C.C. (3d) 518 (C.A. Ont.), p. 541, laquelle consiste à se demander si l’infraction énumérée comportant domination et le meurtre [TRADUCTION] « font tous partie d’une suite ininterrompue d’événements qui constituent une seule affaire ». La juge Wilson a statué que « c’est la domination illégale continue exercée sur la victime qui confère de la continuité à la suite d’événements qui aboutissent au meurtre. Le meurtre représente une exploitation de la position de force créée par l’infraction sous-jacente et fait de l’ensemble des actes qui constituent la conduite en question “une seule affaire” » (p. 633). Suivant l’application de ce test, le délinquant dans l’affaire *Paré* était coupable de meurtre au premier degré parce que l’attentat à la pudeur et le meurtre faisaient « partie d’une suite ininterrompue d’événements » constituant « une seule et même affaire » (p. 634).

[29] A few years after deciding *Paré*, this Court in *Harbottle*, at p. 325, distilled s. 231(5) (then s. 214(5) of the *Criminal Code*) into five elements:

- (1) [T]he accused was guilty of the underlying crime of domination or of attempting to commit that crime;
- (2) the accused was guilty of the murder of the victim;
- (3) the accused participated in the murder in such a manner that he was a substantial cause of the death of the victim;
- (4) there was no intervening act of another which resulted in the accused no longer being substantially connected to the death of the victim; and
- (5) the crimes of domination and murder were part of the same transaction; that is to say, the death was caused while committing the offence of domination as part of the same series of events.

(See also *Magoon*, at paras. 17 and 63.)

[30] Section 231(5) thus requires (1) an underlying crime of domination; (2) murder; (3) substantial cause; (4) no intervening act; and (5) the same transaction (*Parris*, at para. 45; *McGregor*, at para. 61).

(5) “While Committing”: The Temporal and Causal Connection Approach

[31] In some cases, this Court has applied the “single transaction” test under s. 231(5) by asking whether the underlying offence of domination and the murder have a close “temporal and causal” connection (see *Paré*, at pp. 629 and 634; *Pritchard*, at paras. 19, 25, 33-35 and 38; *Russell*, at paras. 43 and 46-47).

[32] In other cases, this Court has simply applied the “single transaction” test as enunciated by Martin J.A. in *Stevens*, without expressly inquiring into the presence of a temporal-causal connection (*Harbottle*, at p. 326; *Magoon*, at paras. 73-75; see also *R. v. Ganton* (1992), 77 C.C.C. (3d) 259 (Sask. C.A.), at p.

[29] Quelques années après avoir rendu l’arrêt *Paré*, notre Cour dans l’affaire *Harbottle*, à la p. 325, a décomposé le par. 231(5) (alors le par. 214(5) du *Code criminel*) en cinq éléments :

- (1) [L]’accusé est coupable du crime sous-jacent comportant domination, ou d’une tentative de commettre ce crime,
- (2) l’accusé est coupable du meurtre de la victime,
- (3) l’accusé a participé au meurtre d’une telle manière qu’il a été une cause substantielle du décès de la victime,
- (4) il n’y a pas eu d’intervention d’une autre personne qui fait en sorte que l’accusé n’est plus substantiellement lié au décès de la victime, et
- (5) le crime comportant domination et le meurtre faisaient partie de la même opération, c’est-à-dire qu’on a causé la mort en commettant l’infraction comportant domination, dans le cadre de la même série d’événements.

(Voir aussi *Magoon*, par. 17 et 63.)

[30] Le paragraphe 231(5) exige donc (1) un crime sous-jacent comportant domination; (2) un meurtre; (3) une cause substantielle; (4) l’absence d’intervention d’une autre personne; et (5) une même opération (*Parris*, par. 45; *McGregor*, par. 61).

(5) « En commettant » : l’approche fondée sur le lien temporel et causal

[31] Dans certains cas, notre Cour a appliqué le test de la « seule affaire » suivant le par. 231(5) en se demandant si l’infraction sous-jacente comportant domination et le meurtre sont unis par un lien « temporel et causal » étroit (voir *Paré*, p. 629 et 634; *Pritchard*, par. 19, 25, 33-35 et 38; *Russell*, par. 43 et 46-47).

[32] Dans d’autres cas, notre Cour a tout simplement appliqué le test de la « seule affaire » tel qu’énoncé par le juge d’appel Martin dans l’arrêt *Stevens*, sans déterminer expressément la présence d’un lien temporel et causal (*Harbottle*, p. 326; *Magoon*, par. 73-75; voir aussi *R. c. Ganton* (1992), 77 C.C.C. (3d) 259

263; *R. v. Johnson and Jensen* (1993), 141 A.R. 184 (C.A.), at para. 53; *R. v. Plewes*, 2000 BCCA 278, 144 C.C.C. (3d) 426, at para. 34; *R. v. Westergard* (2004), 24 C.R. (6th) 375 (Ont. C.A.), at para. 30; *R. v. Mullings*, 2014 ONCA 895, 319 C.C.C. (3d) 1, at para. 102). Similarly, the Canadian Judicial Council's *Model Jury Instructions* on s. 231(5) focus solely on whether the underlying offence and the killing form "a continuous series of events that was a single ongoing transaction" ("Offence 231(5): First Degree Murder in the Commission of Another Offence", May 2019 (online); see also D. Watt, *Watt's Manual of Criminal Jury Instructions* (2nd ed. 2015), at pp. 716 and 719).

[33] It is usually easy to identify a "temporal connection" between an underlying offence of domination and a murder: it is when the two criminal acts are committed close together in time. But it can be harder to articulate the "causal connection" between an underlying offence and a murder. The difficulty is largely terminological. Causation in homicide cases has two aspects: factual causation and legal causation. Factual causation asks how the victim died and the role of the accused in effecting that result — whether the victim's death would have occurred "but for" the actions of the accused. When factual causation is established, legal causation asks whether the accused should be held responsible for the victim's death, based on principles of moral responsibility in criminal law (*Nette*, at paras. 44-45; *R. v. Maybin*, 2012 SCC 24, [2012] 2 S.C.R. 30, at paras. 15-16). Under s. 231(5), however, a "causal connection" involves neither factual nor legal causation. As the Court of Appeal for British Columbia remarked in another context, "[o]ne can murder someone 'in the course of' committing a robbery, but the robbery is only the context of the murder, not its 'cause'" (*Grayson v. Wellington Insurance Co.* (1997), 37 B.C.L.R. (3d) 49, at para. 26, per Newbury J.A.).

[34] Instead, a causal connection has been found under s. 231(5) where *the offender's reason or*

(C.A. Sask.), p. 263; *R. c. Johnson and Jensen* (1993), 141 A.R. 184 (C.A.), par. 53; *R. c. Plewes*, 2000 BCCA 278, 144 C.C.C. (3d) 426, par. 34; *R. c. Westergard* (2004), 24 C.R. (6th) 375 (C.A. Ont.), par. 30; *R. c. Mullings*, 2014 ONCA 895, 319 C.C.C. (3d) 1, par. 102). De même, les *Modèles de directives au jury* du Conseil canadien de la magistrature sur le par. 231(5) s'attachent uniquement à la question de savoir si l'infraction sous-jacente et le meurtre font partie « d'une série ininterrompue d'événements ne constituant qu'une seule opération continue » (« Infraction 231(5) : Meurtre au premier degré lors de la commission d'une autre infraction », mai 2019 (en ligne); voir aussi D. Watt, *Watt's Manual of Criminal Jury Instructions* (2^e éd. 2015), p. 716 et 719).

[33] Il est habituellement facile de cerner un « lien temporel » entre une infraction sous-jacente comportant domination et un meurtre : c'est le cas lorsque les deux actes criminels sont rapprochés dans le temps. Mais il est parfois plus difficile de formuler le « lien causal » entre une infraction sous-jacente et un meurtre. La difficulté est en grande partie d'ordre terminologique. La causalité dans les cas d'homicide comporte deux aspects : la causalité factuelle et la causalité juridique. Pour établir la causalité factuelle, il faut examiner comment la victime est morte et comment l'accusé a contribué à ce résultat — la mort de la victime serait-elle survenue « n'eussent été » les actes de l'accusé? Lorsque la causalité factuelle est établie, la causalité juridique consiste à se demander si l'accusé devrait être tenu responsable de la mort de la victime, compte tenu des principes de responsabilité morale en droit criminel (*Nette*, par. 44-45; *R. c. Maybin*, 2012 CSC 24, [2012] 2 R.C.S. 30, par. 15-16). Sous le régime du par. 231(5), cependant, le « lien de causalité » n'implique ni causalité factuelle ni causalité juridique. Comme l'a fait remarquer la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans un autre contexte, [TRADUCTION] « [o]n peut tuer quelqu'un "en commettant" un vol qualifié, mais le vol qualifié forme seulement le contexte du meurtre, il n'en est pas la "cause" » (*Grayson c. Cie d'assurance Wellington* (1997), 37 B.C.L.R. (3d) 49, par. 26, la juge d'appel Newbury).

[34] Les tribunaux ont plutôt conclu à l'existence du lien de causalité requis au par. 231(5) lorsque *le*

motivation for the killing arises from, or is linked to, the offender's unlawful domination of a victim. In *Paré*, Wilson J. found a causal connection between the underlying offence and the killing because the accused strangled the victim to death after indecently assaulting him to prevent him from telling his mother about the assault (p. 634; see also *Pritchard*, at para. 34). The indecent assault was not the factual or legal cause of the murder; it was the reason or motivation for it, marking the beginning of a continuing process of illegal domination culminating in the murder, thus making the entire course of conduct a single transaction (*Paré*, at p. 633). Likewise, a causal connection has been found under s. 231(5) when the murder was committed *to facilitate* the crime of domination, such as by eliminating a potential witness to the crime (*Pritchard*, at para. 38; *Russell*, at paras. 47-48; *R. v. Alexis*, 2020 ONCA 334, 388 C.C.C. (3d) 226, at para. 18). In all cases, a “causal connection” under s. 231(5) concerns whether there is a *unifying relationship*, beyond mere closeness in time, between the act of illegal domination and the act of murder, so as to constitute a single transaction (see *Alexis*, at para. 24).

(6) The Single Transaction Test and the Temporal-Causal Connection Approach Involve the Same Inquiry

[35] I do not read this Court's decisions as suggesting that the “single transaction” test articulated in *Stevens* and the temporal-causal connection approach involve different inquiries. They are simply different ways of addressing the “same transaction” element. These two approaches have been used interchangeably in our jurisprudence.

[36] For example, in *Paré*, at p. 634, Wilson J. concluded that “[t]he murder was temporally and causally connected to the underlying offence. It formed part of one continuous sequence of events. It was part of the same transaction.”

motif ou le mobile du meurtre découle de la domination illégale de la victime par le délinquant ou est relié à celle-ci. Dans l'arrêt *Paré*, la juge Wilson a conclu à l'existence d'un lien de causalité entre l'infraction sous-jacente et le meurtre parce que l'accusé avait étranglé à mort la victime après avoir attenté à sa pudeur afin de l'empêcher de raconter l'agression à sa mère (p. 634; voir aussi *Pritchard*, par. 34). L'attentat à la pudeur n'était pas la cause factuelle ou juridique du meurtre; il en était le motif ou le mobile, marquant le début d'un processus ininterrompu de domination illégale qui a abouti au meurtre, et faisait donc de l'ensemble des actes qui constituaient la conduite en question une seule affaire (*Paré*, p. 633). De même, on a conclu à la présence du lien de causalité requis au par. 231(5) lorsque le meurtre a été commis *pour faciliter* le crime comportant domination, par exemple en éliminant un témoin potentiel du crime (*Pritchard*, par. 38; *Russell*, par. 47-48; *R. c. Alexis*, 2020 ONCA 334, 388 C.C.C. (3d) 226, par. 18). Dans tous les cas, le « lien de causalité » requis au par. 231(5) concerne la question de savoir s'il existe un *rapport unificateur*, outre la simple proximité dans le temps, entre l'acte de domination illégale et le meurtre, de telle sorte que les deux constituent une seule affaire (voir *Alexis*, par. 24).

(6) Le test de la seule affaire et l'approche fondée sur le lien temporel-causal impliquent la même analyse

[35] À mon avis, la jurisprudence de notre Cour n'indique pas que le test de la « seule affaire » formulé dans l'arrêt *Stevens* et l'approche fondée sur le lien temporel-causal impliquent des analyses différentes. Il s'agit simplement de deux façons différentes de traiter l'élément « même opération ». Ces deux approches ont été utilisées de manière interchangeable dans notre jurisprudence.

[36] Par exemple, dans l'arrêt *Paré*, à la p. 634, la juge Wilson a conclu qu'« il existait entre le meurtre et l'infraction sous-jacente un lien temporel et causal. Le meurtre faisait partie d'une suite ininterrompue d'événements. Il faisait partie d'une seule et même affaire. »

[37] Similarly, in *Russell*, at para. 46, McLachlin C.J. referred to the single transaction test and the temporal-causal connection approach interchangeably:

The cases of this Court dealing with s. 231(5) make clear that an accused commits a murder “while committing or attempting to commit” an enumerated offence only if there is a close temporal and causal connection between the murder and the enumerated offence: see, e.g., *Paré, supra*, at p. 632 (stating that a murder is committed “while committing” an enumerated offence only “where the act causing death and the acts constituting [the enumerated offence] all form part of one continuous sequence of events forming a single transaction”); *R. v. Kirkness*, [1990] 3 S.C.R. 74, at p. 86. [Emphasis added.]

[38] Lastly, in *Pritchard*, Binnie J. stated that there must be a “close temporal and causative link” for s. 231(5) to apply (para. 33, quoting *Paré*, at p. 629). In the same paragraph, he explained that the murder will occur “while committing” a listed offence when the two crimes occur together in the course of a “single transaction”.

[39] Accordingly, properly applied, the single transaction test and temporal-causal connection approach involve the same inquiry and will result in the same conclusion. When a single transaction is found, there will necessarily be a temporal-causal connection. Likewise, when a temporal-causal connection is found, there will necessarily be a single transaction.

(7) Distinct Criminal Acts

[40] Finally, this Court has ruled that the underlying offence of domination and the killing must involve two distinct criminal acts (*Pritchard*, at para. 27, citing *Kimberley*, at para. 108, per Doherty J.A.; *Magoon*, at para. 74; see also Manning and Sankoff, at pp. 961-62). The underlying offence cannot be “consumed in the very act of killing”; in other words, the underlying offence and the killing must not be one and the same (*Pritchard*, at para. 27). If there is only one criminal act, it cannot be said that the offender exploited the domination inherent in the underlying offence with the act of killing (para. 29).

[37] De même, au par. 46 de l’arrêt *Russell*, la juge en chef McLachlin a mentionné le test de la seule affaire et l’approche fondée sur le lien temporel-causal de façon interchangeable :

Les arrêts de notre Cour relativement au par. 231(5) indiquent clairement que l’accusé commet un meurtre « en commettant ou tentant de commettre » une infraction énumérée seulement s’il existe un lien temporel et causal étroit entre le meurtre et l’infraction énumérée : voir, p. ex., *Paré*, précité, p. 632 (où l’on dit qu’une personne commet un meurtre « en commettant » une infraction énumérée uniquement « lorsque l’acte causant la mort et les actes constituant [l’infraction énumérée] font tous partie d’une suite ininterrompue d’événements qui constituent une seule affaire »); *R. c. Kirkness*, [1990] 3 R.C.S. 74, p. 86. [Je souligne.]

[38] Enfin, dans *Pritchard*, le juge Binnie a affirmé que l’existence d’un « étroit lien temporel et causal » est requise pour que le par. 231(5) s’applique (par. 33, citant *Paré*, p. 629). Il a expliqué, dans le même paragraphe, qu’on commet le meurtre « en commettant » une infraction énumérée lorsque les deux crimes surviennent ensemble pendant une « seule affaire ».

[39] En conséquence, appliqués correctement, le test de la seule affaire et l’approche fondée sur le lien temporel-causal impliquent la même analyse et mènent à la même conclusion. Lorsque le tribunal conclut à l’existence d’une seule affaire, il y a nécessairement un lien temporel-causal. Pareillement, lorsque le tribunal conclut à l’existence d’un lien temporel-causal, il y a nécessairement une seule affaire.

(7) Actes criminels distincts

[40] Enfin, notre Cour a jugé que l’infraction sous-jacente comportant domination et le meurtre doivent impliquer deux actes criminels distincts (*Pritchard*, par. 27, citant *Kimberley*, par. 108, le juge d’appel Doherty; *Magoon*, par. 74; voir aussi Manning et Sankoff, p. 961-962). L’infraction sous-jacente ne peut se « dissou[dre] dans l’acte même du meurtre »; en d’autres termes, l’infraction sous-jacente et le meurtre ne doivent pas faire qu’un (*Pritchard*, par. 27). S’il n’y a qu’un seul acte criminel, on ne saurait dire que le délinquant a exploité la situation de domination inhérente à l’infraction sous-jacente en commettant le

In such cases, the heightened moral blameworthiness required for first degree murder is absent.

C. Application

[41] There is no issue before this Court that the appellant was guilty of murdering Mr. McLeod even though he did not fire the fatal shot. The trial judge found that the appellant shot at Mr. McLeod with lethal intent and hit him at least three times. The parties do not dispute that these shots were a substantial cause of Mr. McLeod’s death because they prevented him from escaping his captors, before he was shot and killed at close range. The only dispute before this Court is whether the murder was in the first or the second degree. This turns on (1) whether Mr. McLeod was still unlawfully confined after he escaped from the truck; and (2) whether the unlawful confinement (inside or outside the truck, or both) and the murder were part of the same transaction.

- (1) Mr. McLeod Was Still Unlawfully Confined When He Escaped From the Truck and Ran for His Life

[42] The trial judge correctly concluded that the appellant unlawfully confined Mr. McLeod inside the truck because he was “coercively restrained and unable to move about according to his own inclination and desire” (para. 287). He erred in law, however, in concluding that Mr. McLeod “managed to escape his confinement” by jumping from the truck, and that “at the time Mr. McLeod was shot, his confinement had ended” (para. 288). The trial judge appears to have concluded that because Mr. McLeod was no longer *physically restrained* outside the truck, he was no longer unlawfully confined. However, physical restraint in a particular place is sufficient but not necessary to establish unlawful confinement. Even if Mr. McLeod were no longer physically restrained outside the truck, he remained *coercively restrained* through acts of violence, fear, and intimidation as he ran for his life. He continued to be deprived of his liberty and could not move about according to

meurtre (par. 29). En pareil cas, la culpabilité morale élevée requise à l’égard du meurtre au premier degré est absente.

C. Application

[41] Personne ne conteste devant notre Cour que l’appelant était coupable d’avoir tué M. McLeod même s’il n’a pas tiré le coup fatal. Le juge du procès a conclu que l’appelant avait fait feu sur M. McLeod dans l’intention de le tuer et l’avait atteint au moins trois fois. Les parties ne contestent pas que ces coups de feu ont été une cause substantielle du décès de M. McLeod parce qu’ils l’ont empêché d’échapper à ses ravisseurs, avant qu’il ne soit abattu à bout portant. Le litige qui nous occupe ne porte que sur la question de savoir s’il s’agit d’un meurtre au premier ou au deuxième degré. Pour répondre à cette question, il faut déterminer (1) si M. McLeod était toujours séquestré illégalement après s’être échappé de la camionnette; et (2) si la séquestration illégale (à l’intérieur ou à l’extérieur de la camionnette, ou les deux) et le meurtre faisaient partie de la même opération.

- (1) Monsieur McLeod était toujours séquestré illégalement quand il s’est échappé de la camionnette et s’est enfui en courant

[42] Le juge du procès a conclu avec raison que l’appelant avait séquestré illégalement M. McLeod dans la camionnette parce que M. McLeod était [TRA-DUCTION] « soumis à la coercition et n’était pas libre de ses mouvements » (par. 287). Il a toutefois commis une erreur de droit en concluant que M. McLeod « était parvenu à s’échapper » en sautant de la camionnette, et que lorsqu’il « a été abattu, sa séquestration avait pris fin » (par. 288). Le juge du procès semble être arrivé à la conclusion que, comme M. McLeod n’était plus *soumis à la contrainte physique* à l’extérieur de la camionnette, il n’était plus séquestré illégalement. Cependant, la contrainte physique dans un endroit particulier est suffisante, mais pas nécessaire, pour établir l’infraction de séquestration illégale. Même si M. McLeod n’était plus soumis à la contrainte physique à l’extérieur de la camionnette, il demeurerait *soumis à la coercition* par des actes de violence, par peur et par intimidation alors qu’il s’enfuyait en

his inclination and desire. Crown counsel made this point vividly during oral argument before this Court:

If Mr. McLeod was free to move about according to his own inclination and desire, the [Crown] would hazard to guess that instead of running through deep snow, cutting across fences, poorly dressed in the dead of night in rural Prince George, he would have instead sought out the nearest house, sought some shelter and tried to arrange transport back to his rental car in Vanderhoof.

(transcript, at p. 23)

[43] The trial judge himself recognized Mr. McLeod’s continuing loss of liberty, finding that “Mr. McLeod was still in a situation of vulnerability, and that vulnerability was the consequence of the manner in which he had been dealt with in the truck” (para. 289).

[44] The appellant claims that this line of analysis was precluded before the Court of Appeal and this Court, because it (1) does not involve a question of law alone and (2) is a new theory of liability on appeal. I would reject both claims.

[45] First, I do not accept that the trial judge’s conclusion that Mr. McLeod was no longer unlawfully confined outside the truck is a question of mixed fact and law, falling outside the Crown’s right of appeal to the Court of Appeal on “a question of law alone” under s. 676(1)(a) of the *Criminal Code*. The Crown’s appeal did not challenge the trial judge’s findings of fact or raise a question of how to weigh the evidence and assess whether it meets the standard of proof. Rather, it challenged the legal effect of the trial judge’s findings of fact and his misapprehension of the law relating to unlawful confinement, both of which involve “a question of law alone” falling within the Crown’s right of appeal (*R. v. Chung*, 2020 SCC 8, [2020] 1 S.C.R. 405, at paras. 10-11; *R. v. J.M.H.*, 2011 SCC 45, [2011] 3 S.C.R. 197, at paras. 28-30). The trial judge erred in law by viewing unlawful confinement as requiring (1) physical restraint and

courant. Il était toujours privé de sa liberté et n’était pas libre de ses mouvements. La procureure de la Couronne l’a affirmé en termes éloquents au cours de sa plaidoirie devant notre Cour :

[TRADUCTION] Si M. McLeod était libre de ses mouvements, [la Couronne] se risquerait à dire qu’au lieu de courir dans la neige profonde, de traverser des clôtures, mal vêtu au beau milieu de la nuit dans le secteur rural de Prince George, il aurait plutôt cherché la maison la plus proche, essayé d’y trouver refuge et tenté de se faire ramener à sa voiture de location à Vanderhoof.

(transcription, p. 23)

[43] Le juge du procès a lui-même reconnu la privation de liberté ininterrompue de M. McLeod, et a conclu que [TRADUCTION] « M. McLeod se trouvait toujours dans une situation de vulnérabilité, et que cette vulnérabilité était la conséquence du traitement qui lui avait été réservé dans la camionnette » (par. 289).

[44] L’appelant prétend qu’on ne pouvait pas adopter ce mode d’analyse devant la Cour d’appel et notre Cour, parce qu’il (1) ne porte pas sur une question de droit seulement et (2) qu’il constitue une nouvelle thèse de la responsabilité en appel. Je suis d’avis de rejeter ces deux prétentions.

[45] Premièrement, je ne peux accepter que la conclusion du juge du procès selon laquelle M. McLeod n’était plus séquestré illégalement à l’extérieur de la camionnette constitue une question mixte de fait et de droit qui ne relève pas du droit de la Couronne d’interjeter appel devant la Cour d’appel sur « une question de droit seulement » en vertu de l’al. 676(1)a du *Code criminel*. Dans son appel, la Couronne n’a pas contesté les conclusions de fait du juge du procès ni soulevé une question quant à la manière dont il convient d’évaluer la preuve et de déterminer si elle satisfait à la norme de preuve. Elle a plutôt contesté l’effet juridique des conclusions de fait du juge du procès et sa mauvaise compréhension du droit applicable à la séquestration illégale. Ces deux éléments impliquent « une question de droit seulement » qui relève du droit d’appel de la Couronne (*R. c. Chung*, 2020 CSC 8, [2020] 1 R.C.S.

(2) that the physical restraint be in an enclosed space. As a matter of law, neither element is required.

[46] Second, I reject the appellant’s assertion that whether Mr. McLeod remained unlawfully confined after he escaped from the truck was a new theory of liability that was not advanced at trial. Like the Court of Appeal (paras. 134-38), I accept that the Crown’s closing submission urged that “the murder was committed in the course of an unlawful conf[inement]” (A.R., vol. III, at p. 60; see also p. 61 (“a murder in the course of an unlawful confinement”). The theory of unlawful confinement outside the truck was thus properly raised at trial.

[47] As a result, the Court of Appeal correctly held that Mr. McLeod remained unlawfully confined after he escaped from the truck.

[48] The remaining issue is whether the appellant murdered Mr. McLeod “while committing” the offence of unlawful confinement; that is, whether these two criminal acts were part of the same transaction.

(2) The Appellant Murdered Mr. McLeod “While Committing” the Offence of Unlawful Confinement

[49] Like the Court of Appeal (paras. 173-74), I have no difficulty concluding that the appellant murdered Mr. McLeod “while committing” the offence of unlawful confinement. The unlawful confinement and the murder were part of one continuous sequence of events forming a single transaction. The unlawful confinement and the murder were close in time — in fact, Mr. McLeod was still unlawfully confined at the time of his death. The unlawful confinement and the murder also involved an ongoing course of domination consisting of intimidation, fear, and violence. The course of domination started in the truck, continued

405, par. 10-11; *R. c. J.M.H.*, 2011 CSC 45, [2011] 3 R.C.S. 197, par. 28-30). Le juge du procès a commis une erreur de droit en considérant que la séquestration illégale exigeait (1) une contrainte physique et (2) la soumission à la contrainte physique dans un espace restreint et clos. Aucun de ces éléments n’est requis en droit.

[46] Deuxièmement, je rejette l’affirmation de l’appelant suivant laquelle la question de savoir si M. McLeod était demeuré séquestré illégalement après s’être échappé de la camionnette constituait une nouvelle thèse de la responsabilité qui n’avait pas été avancée au procès. Tout comme la Cour d’appel (aux par. 134-138), je conviens que, dans son exposé final, la Couronne a fait valoir avec insistance que [TRADUCTION] « le meurtre a été commis durant une séquestration illégale » (d.a., vol. III, p. 60; voir aussi p. 61 (« un meurtre durant une séquestration illégale »)). La thèse de la séquestration illégale à l’extérieur de la camionnette a donc été régulièrement avancée au procès.

[47] Par conséquent, la Cour d’appel a eu raison de conclure que M. McLeod était toujours séquestré illégalement après s’être échappé de la camionnette.

[48] Il reste à décider si l’appelant a tué M. McLeod « en commettant » l’infraction de séquestration illégale; autrement dit, ces deux actes criminels faisaient-ils partie de la même opération?

(2) L’appelant a tué M. McLeod « en commettant » l’infraction de séquestration illégale

[49] À l’instar de la Cour d’appel (aux par. 173-174), je n’ai aucun mal à conclure que l’appelant a tué M. McLeod « en commettant » l’infraction de séquestration illégale. La séquestration illégale et le meurtre faisaient partie d’une suite ininterrompue d’événements qui constituaient une seule affaire. La séquestration illégale et le meurtre étaient rapprochés dans le temps — en fait, M. McLeod était toujours séquestré illégalement au moment de sa mort. La séquestration illégale et le meurtre comportaient en outre une domination en cours marquée par l’intimidation, la peur et la violence. La domination a commencé dans

when Mr. McLeod jumped from the moving truck and was chased by the appellant and his accomplices, and ended with his murder. The two criminal acts were also distinct: the unlawful confinement — including the restriction of Mr. McLeod’s freedom of movement inside and outside the truck and the ongoing acts of violence, fear, and intimidation — was distinct from and not consumed by the shooting. These conclusions amply justified a verdict of first degree murder.

[50] In view of this conclusion, it is not necessary to also apply the temporal-causal connection approach, as the finding of a single transaction necessarily means that a temporal-causal connection is established. In any event, the temporal-causal connection inquiry yields the same conclusion. The unlawful confinement and the murder were connected temporally because Mr. McLeod was unlawfully confined shortly before and at the time of his death. They were also connected causally, by sharing a unifying relationship, because the appellant murdered Mr. McLeod as he was trying to escape from his unlawful confinement. The first degree murder verdict was thus justified on the basis of the close temporal-causal connection between the unlawful confinement and the murder.

[51] I would reject the appellant’s contention that whether the unlawful confinement and the murder of Mr. McLeod were temporally and causally connected is a question of fact from which the Crown had no right of appeal to the Court of Appeal. Like the Court of Appeal (paras. 169-75), I conclude that the trial judge erred in law by concluding that the “brief . . . gap in time” between the unlawful confinement in the truck and the murder precluded these criminal acts being part of the same transaction. The trial judge erroneously insisted that the unlawful confinement and the murder must be simultaneous, a view that this Court has consistently rejected since *Paré*.

la camionnette, s’est poursuivie quand M. McLeod a sauté de la camionnette en mouvement et a été pourchassé par l’appellant et ses complices, et s’est terminée par son meurtre. Les deux actes criminels étaient aussi distincts : la séquestration illégale — notamment la restriction de la liberté de mouvement de M. McLeod à l’intérieur comme à l’extérieur de la camionnette ainsi que les actes constants de violence, la peur et l’intimidation — se distinguait de la fusillade et ne se dissolvait pas dans celle-ci. Ces conclusions justifiaient amplement un verdict de meurtre au premier degré.

[50] Vu cette conclusion, point n’est besoin d’appliquer également l’approche fondée sur le lien temporel-causal, car la conclusion portant qu’il y a une seule affaire veut nécessairement dire qu’un lien temporel-causal est établi. Quoi qu’il en soit, l’analyse du lien temporel-causal mène à la même conclusion. Un lien temporel unissait la séquestration illégale et le meurtre parce que M. McLeod était séquestré illégalement peu avant sa mort et au moment de celle-ci. Il existait aussi entre eux un lien causal, de par leur rapport unificateur, parce que l’appellant a tué M. McLeod alors que ce dernier tentait d’échapper à cette séquestration illégale. Le verdict de meurtre au premier degré était donc justifié en raison de l’étroit lien temporel-causal entre la séquestration illégale et le meurtre.

[51] Je suis d’avis de rejeter la prétention de l’appellant selon laquelle la question de savoir s’il existait un lien temporel et causal entre la séquestration illégale et le meurtre de M. McLeod est une question de fait à l’égard de laquelle la Couronne ne disposait d’aucun droit d’appel devant la Cour d’appel. À l’instar de la Cour d’appel (aux par. 169-175), j’arrive à la conclusion que le juge du procès a commis une erreur de droit en concluant que le [TRADUCTION] « bref [. . .] intervalle » entre la séquestration illégale dans la camionnette et le meurtre empêchait que ces actes criminels fassent partie de la même opération. Le juge du procès a insisté à tort pour dire que la séquestration illégale et le meurtre doivent être simultanés, une opinion que notre Cour a constamment rejetée depuis l’arrêt *Paré*.

[52] Further, as the Court of Appeal held (para. 169), even had the trial judge been correct that the unlawful confinement ended once Mr. McLeod jumped from the truck, the trial judge should have considered whether that unlawful confinement and the murder formed a single transaction. For the reasons already stated, they undoubtedly did.

[53] In conclusion — and to state the obvious — if the appellant had shot and killed Mr. McLeod when he was unlawfully confined in the truck, the appellant would unquestionably be found to have murdered Mr. McLeod “while committing” the offence of unlawful confinement. As a matter of law and common sense, Mr. McLeod’s brief escape from the truck cannot mitigate the appellant’s crime. On any sensible view, the appellant’s moral blameworthiness cannot be considered to be lower simply because Mr. McLeod managed to jump from a moving truck and was running for his life when he was executed just moments later. In both cases, the appellant’s moral blameworthiness is exceptionally high; in both cases, it is equally deserving of “a societal denunciation of those offenders who choose to exploit their position of dominance and power to the point of murder” (*Luxton*, at p. 723).

[54] The Court of Appeal was thus correct in finding the appellant guilty of first degree murder under s. 231(5)(e) of the *Criminal Code*.

VII. Disposition

[55] I would dismiss the appeal.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellant: Pringle Chivers Sparks Teskey, Vancouver; Martland & Saulnier, Vancouver.

Solicitor for the respondent: Attorney General of British Columbia, Vancouver.

[52] De plus, comme l’a statué la Cour d’appel (par. 169), même si le juge du procès avait eu raison d’affirmer que la séquestration illégale avait pris fin dès que M. McLeod a sauté de la camionnette, il aurait dû se demander si cette séquestration illégale et le meurtre constituaient une seule opération. Pour les raisons exposées précédemment, ils constituaient indubitablement une seule opération.

[53] En conclusion, il va sans dire que si l’appelant avait abattu M. McLeod quand ce dernier était séquestré illégalement dans la camionnette, le tribunal aurait incontestablement conclu que l’appelant a tué M. McLeod « en commettant » l’infraction de séquestration illégale. En droit et selon le bon sens, la brève fuite de M. McLeod hors de la camionnette ne saurait atténuer la gravité du crime de l’appelant. Raisonnablement, la culpabilité morale de l’appelant ne saurait être jugée moins sévèrement du seul fait que M. McLeod a réussi à sauter d’une camionnette en mouvement et qu’il s’échappait en courant lorsqu’il a été exécuté à peine quelques instants plus tard. Dans les deux cas, la culpabilité morale de l’appelant est exceptionnellement élevée; dans les deux cas, elle mérite tout autant « la réprobation par la société des délinquants qui choisissent d’exploiter leur situation de domination et de pouvoir jusqu’au meurtre » (*Luxton*, p. 723).

[54] La Cour d’appel a donc eu raison de déclarer l’appelant coupable de meurtre au premier degré par application de l’al. 231(5)e) du *Code criminel*.

VII. Dispositif

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

Pourvoi rejeté.

Procureurs de l’appelant : Pringle Chivers Sparks Teskey, Vancouver; Martland & Saulnier, Vancouver.

Procureur de l’intimée : Procureur général de la Colombie-Britannique, Vancouver.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Nigel Vernon Lafrance *Respondent*

and

**Attorney General of Ontario,
Canadian Civil Liberties
Association and Criminal Lawyers’
Association** *Interveners*

INDEXED AS: R. v. LAFRANCE

2022 SCC 32

File No.: 39570.

2021: December 3; 2022: July 22.

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

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

Constitutional law — Charter of Rights — Detention — Right to counsel — Police entering suspect’s home in early morning to execute search warrant and driving him to police station for interview without advising him of right to counsel — Police later arresting suspect and conducting second interview after legal aid lawyer consulted — Suspect requesting during second interview to call his father for assistance in obtaining legal advice but request refused — Suspect confessing during second interview to killing victim but seeking exclusion of confession at trial on basis that police breached his right to counsel — Whether police detained suspect and breached his right to counsel on day of execution of warrant — Whether police breached suspect’s right to counsel on day of arrest by refusing to allow him to have further consultation with lawyer — If so, whether admission of evidence would bring administration of justice into disrepute warranting its exclusion — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 10(b), 24(2).

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Nigel Vernon Lafrance *Intimé*

et

**Procureur général de l’Ontario,
Association canadienne des libertés
civiles et Criminal Lawyers’
Association** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : R. c. LAFRANCE

2022 CSC 32

N° du greffe : 39570.

2021 : 3 décembre; 2022 : 22 juillet.

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

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

Droit constitutionnel — Charte des droits — Détention — Droit à l’assistance d’un avocat — Policiers entrant dans la maison d’un suspect au petit matin afin d’exécuter un mandat de perquisition et conduisant celui-ci au poste de police pour un entretien sans l’aviser de son droit à l’assistance d’un avocat — Policiers procédant ultérieurement à l’arrestation du suspect et à un deuxième entretien après que ce dernier ait consulté un avocat de l’aide juridique — Suspect demandant sans succès pendant le deuxième entretien de téléphoner à son père afin qu’il l’aide à obtenir des conseils juridiques — Suspect avouant lors du deuxième entretien avoir tué la victime mais demandant au procès que l’aveu soit écarté pour cause de violation par les policiers de son droit à l’assistance d’un avocat — Les policiers ont-ils détenu le suspect et violé son droit à l’assistance d’un avocat le jour de l’exécution du mandat? — Les policiers ont-ils violé le droit du suspect à l’assistance d’un avocat le jour de l’arrestation en refusant de lui permettre de consulter de nouveau un avocat? — Dans l’affirmative, l’utilisation des éléments de preuve obtenus est-elle susceptible de déconsidérer l’administration de la justice, justifiant ainsi leur exclusion? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 10b), 24(2).

The police suspected that L might have been involved in the death of an individual. Two days after the death, a team of armed police officers entered L's home to execute a search warrant. L was a 19-year-old recent high school graduate, was Indigenous, had had minimal police exposure and was of much smaller stature than the officers. The officers awoke him and ordered him to dress and leave the premises. He was led to a police officer who asked him to identify himself and to come to the police station to provide a statement regarding the alleged murder. The police drove him to the police station, took him to a secure environment and interviewed him for over three hours. Approximately three weeks later, the police arrested L for murder. That day, after allowing him to call Legal Aid, they interviewed him. Several hours into the interview, L asked to call his father because that would be his only chance of getting a lawyer and because Legal Aid told him to get a lawyer before he continued talking. The police refused the request and pushed for answers. L eventually confessed to killing the victim.

At trial, L sought to exclude his confession by arguing that the police had detained him on the day of the execution of the warrant and breached his right to counsel pursuant to s. 10(b) of the *Charter* on the day of the execution of the warrant and on the day of his arrest. The trial judge admitted the evidence, finding that L had not been detained on the day of the execution of the warrant, and the police were not required to allow him a second opportunity to call a lawyer on the day of the arrest. L was convicted by a jury of second-degree murder. The majority of the Court of Appeal allowed his appeal, excluded the evidence under s. 24(2) of the *Charter* and ordered a new trial.

Held (Wagner C.J. and Moldaver, Côté and Rowe JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per Karakatsanis, Brown, Martin, Kasirer and Jamal JJ.: The police detained L on the day of the execution of the warrant and then breached s. 10(b) by failing to inform him of his right to counsel. The police committed another breach of s. 10(b) on the day of the arrest by refusing to allow L to contact a lawyer in circumstances which showed that his initial conversation with Legal Aid was insufficient for the purposes of s. 10(b). These were serious breaches, substantially impacting L's *Charter*-protected interests, and admitting the evidence thereby obtained would bring the administration of justice into disrepute.

La police soupçonnait L d'être impliqué dans le décès d'un individu. Deux jours après le décès, une équipe de policiers armés est entrée dans la maison de L afin d'exécuter un mandat de perquisition. L était un Autochtone âgé de 19 ans récemment diplômé du secondaire, qui avait très peu eu affaire à la police et avait une stature beaucoup plus petite que celle des policiers. Les policiers l'ont réveillé et lui ont donné l'ordre de s'habiller et de quitter les lieux. Il a été mené à un policier qui lui a demandé de s'identifier et de se rendre au poste de police afin de faire une déclaration relativement au meurtre présumé. La police l'a conduit au poste de police, l'a emmené dans un environnement sécurisé et a eu un entretien avec lui pendant plus de trois heures. Environ trois semaines plus tard, les policiers ont arrêté L pour meurtre. Ce jour-là, après lui avoir permis d'appeler l'aide juridique, ils ont eu un entretien avec lui. Plusieurs heures après le début de l'entretien, L a demandé à téléphoner à son père, parce que ce serait sa seule chance d'engager un avocat et parce que l'avocat de l'aide juridique lui avait dit d'engager un avocat avant de continuer à parler. Les policiers ont refusé d'accéder à sa demande et ont insisté pour obtenir des réponses. L a fini par avouer qu'il avait tué la victime.

Au procès, L a tenté de faire exclure son aveu en plaidant que les policiers l'avaient détenu le jour de l'exécution du mandat et violé son droit à l'assistance d'un avocat prévu à l'al. 10b) de la *Charte* le jour de l'exécution du mandat et le jour de son arrestation. Le juge du procès a admis la preuve, concluant que L n'avait pas été détenu le jour de l'exécution du mandat, et que les policiers n'étaient pas tenus de lui donner une seconde occasion de téléphoner à un avocat le jour de l'arrestation. L a été déclaré coupable de meurtre au deuxième degré par un jury. Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont accueilli son appel, écarté la preuve en application du par. 24(2) de la *Charte* et ordonné la tenue d'un nouveau procès.

Arrêt (le juge en chef Wagner et les juges Moldaver, Côté et Rowe sont dissidents) : Le pourvoi est rejeté.

Les juges Karakatsanis, Brown, Martin, Kasirer et Jamal : Les policiers ont détenu L le jour de l'exécution du mandat, puis violé l'al. 10b) en omettant de l'informer de son droit à l'assistance d'un avocat. Les policiers ont commis une autre violation de l'al. 10b), le jour de l'arrestation, en refusant de lui permettre de communiquer avec un avocat dans une situation qui indiquait que sa conversation initiale avec l'aide juridique avait été insuffisante pour que soit réalisé l'objet de l'al. 10b). Il s'agissait de graves violations, qui ont considérablement porté atteinte aux intérêts de L protégés par la *Charte*, et l'utilisation des éléments de preuve ainsi obtenus serait susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

The test that should be applied in every instance of alleged detention by police is the test stated in *R. v. Grant*, 2009 SCC 32, [2009] 2 S.C.R. 353, and *R. v. Le*, 2019 SCC 34, [2019] 2 S.C.R. 692. It is comprehensive in scope and addresses the full breadth of circumstances that engage the right against self-incrimination protected by s. 10 of the *Charter*, including investigative detention. Trial judges must not consider the factors in *R. v. Moran* (1987), 36 C.C.C. (3d) 225 (Ont. C.A.). The test for detention set out in *Grant* and expanded in *Le* is objective, and it was restated to direct the inquiry to the perspective of the reasonable person in the accused's shoes. Under this test, three factors are to be considered and balanced.

The first factor a court must consider is how the circumstances of the encounter would have been reasonably perceived by the individual — more specifically, whether the police were providing general assistance; maintaining general order; making general inquiries regarding a particular occurrence; or singling them out for focused investigation. The analysis properly begins at the moment the encounter itself begins. In the instant case, on the day of the execution of the warrant, it is inconceivable that a reasonable person in L's shoes — woken and confronted by armed police officers in his home telling him to leave — would believe that the police had arrived to provide general assistance, maintain general order or make general inquiries. The reasonable person would immediately understand that he or she is being singled out for investigation. This weighs in favour of a finding of detention. While, of course, the police were authorized by warrant and as such had legitimate reasons for the steps they took, this is not determinative of — and indeed is unlikely to affect — how a reasonable person perceives his or her interactions with the police. Indeed, the warrant itself, by authorizing the police to search L's home, reveals a targeted investigation.

The second factor directs a court's attention to the nature of the police conduct throughout the encounter. Specifically, their actions and language used, their use of physical contact, the place where the encounter occurred, the presence of others, and the duration of the encounter, may all play a role in shaping the perceptions of the reasonable person in the individual's shoes. The assessment requires a broad view directed to all circumstances of the case, from which view a court should focus on the contextual factors that would affect the perception of the reasonable person in

Le test qui doit être appliqué dans toute situation de détention policière alléguée est celui énoncé dans les arrêts *R. c. Grant*, 2009 CSC 32, [2009] 2 R.C.S. 353, et *R. c. Le*, 2019 CSC 34, [2019] 2 R.C.S. 692. Il a une portée globale et couvre tout l'éventail de circonstances mettant en cause le droit à la protection contre l'auto-incrimination garanti par l'art. 10 de la *Charte*, y compris la détention aux fins d'enquête. Les juges qui président des procès ne doivent pas prendre en compte les facteurs énoncés dans l'arrêt *R. c. Moran* (1987), 36 C.C.C. (3d) 225 (C.A. Ont.). Le test servant à déterminer s'il y a détention énoncé dans l'arrêt *Grant* et explicité dans l'arrêt *Le* est objectif, et il a été reformulé pour axer l'analyse sur la perspective d'une personne raisonnable mise à la place de l'accusé. Selon ce test, trois facteurs doivent être pris en considération et mis en balance.

Le premier facteur qu'un tribunal doit prendre en considération est la manière dont l'individu a dû raisonnablement percevoir les circonstances du contact — plus précisément, se demander si les policiers fournissaient une aide générale, assuraient simplement le maintien de l'ordre, menaient une enquête générale sur un incident particulier, ou visaient précisément l'individu dans le cadre d'une enquête ciblée. L'analyse commence véritablement au moment où le contact lui-même commence. En l'espèce, le jour de l'exécution du mandat, il est inconcevable qu'une personne raisonnable mise à la place de L — réveillée et face à des policiers armés dans sa maison, lui disant de sortir — croirait que les policiers sont venus pour fournir une aide générale, assurer le maintien de l'ordre ou mener une enquête générale. Une personne raisonnable comprendrait immédiatement qu'elle fait l'objet d'une enquête ciblée. Cela milite en faveur d'une conclusion qu'il y a eu détention. Bien entendu, même si les policiers étaient autorisés par mandat et qu'ils avaient donc des raisons légitimes de prendre les mesures qu'ils ont prises, cela ne détermine pas comment une personne raisonnable perçoit ses interactions avec la police — et il est d'ailleurs peu probable que cela ait une incidence sur cette perception. En réalité, le mandat lui-même, en autorisant les policiers à perquisitionner à la maison de L, révèle l'existence d'une enquête ciblée.

Suivant le deuxième facteur, le tribunal doit se pencher sur la nature de la conduite des policiers tout au long de l'interaction. Plus précisément, leurs actions et les mots employés, le recours au contact physique, le lieu du contact, la présence d'autres personnes et la durée du contact sont tous des éléments qui peuvent jouer un rôle sur les perceptions de la personne raisonnable mise à la place de l'individu. Dans son évaluation, le tribunal doit avoir une vue d'ensemble qui tient compte de toutes les circonstances de l'affaire, et devrait se concentrer sur les

the individual's shoes. No single consideration, including a police statement to an individual that he or she is not detained or otherwise under any obligation to cooperate or may leave, is determinative of whether a detention has occurred. The test is principally objective and therefore, rather than focusing on what was in the individual's mind at a particular moment in time, the inquiry is into how the police behaved and, considering the totality of the circumstances, how such behaviour would be reasonably perceived.

The investigating officer's statements to L that he was free to leave militate against a finding of detention, but they are outweighed by circumstances that support the opposite conclusion. While considerations of the physical proximity of the police to L have little if any impact, the presence of others is a significant consideration. L was in the presence of at least one police officer throughout his interaction with the police; their continued presence and supervision would tend to contribute to the perception of a reasonable person in L's shoes that he or she was not free to decline to speak or to leave. Furthermore, this was a single, lengthy police encounter. This interaction spanned several locations and each of them have features — the overwhelming show of force in the intrusion into the home, the long ride to the police station and the secure environment for a lengthy interview — that, taken as a whole, support the view that someone in L's position would reasonably have perceived that he or she could not leave. This supports a finding of detention.

The final factor requires a court to consider, where relevant, the individual's age, physical stature, minority status and level of sophistication. Actual consideration of how these various characteristics might impact the reasonable view of the matter as held by someone in like circumstances is required. Youth — even the youth of early adulthood — aggravates the power imbalance between the state and the individual, making it more pronounced, evident and acute. With respect to the race of the accused, the question that must be answered is how a reasonable person of a similar racial background would perceive the interaction with the police. To answer this question, courts must take into consideration the larger, historic and social context of race relations between the police and the various racial groups and individuals in Canadian society. In evaluating interactions between Indigenous people and the police, courts must be alive to (1) the relational aspect between

facteurs contextuels qui auraient un effet sur la perception d'une personne raisonnable mise à la place de l'individu. Aucun facteur à lui seul, y compris une déclaration policière faite à un individu portant qu'il n'est pas détenu ou qu'il n'est par ailleurs pas obligé de coopérer ou qu'il peut partir, ne permet de déterminer qu'il y a eu détention. Le critère est principalement objectif et par conséquent, plutôt que d'être axée sur ce qui se passait dans l'esprit de l'individu à un moment précis, l'analyse porte sur la façon dont les policiers ont agi et, eu égard à l'ensemble des circonstances, sur la manière dont un tel comportement serait raisonnablement perçu.

Les déclarations faites par l'enquêteur à L selon lesquelles il était libre de partir sont défavorables à une conclusion qu'il y a eu détention, mais elles sont supplantées par les circonstances qui étayaient la conclusion contraire. Bien que les facteurs liés à la proximité physique entre les policiers et L aient peu d'incidence, voire aucune, la présence d'autres personnes est un facteur important. L était en présence d'au moins un agent pendant toute son interaction avec les policiers; leur présence et leur supervision constantes tendraient à amener une personne raisonnable mise à la place de L qu'elle n'est pas libre de partir ou de refuser de parler. De plus, il s'agissait d'un contact unique prolongé avec les policiers. L'interaction a eu lieu à plusieurs endroits et chacun de ceux-ci présente des particularités — le vaste déploiement de force lors de l'intrusion dans la maison, le long trajet jusqu'au poste de police et l'environnement sécurisé pour un long entretien — qui, prises dans leur ensemble, étaient le point de vue selon lequel une personne mise à la place de L aurait raisonnablement considéré qu'elle ne pouvait pas partir. Cela milite en faveur de la conclusion qu'il y a eu détention.

Le dernier facteur exige que le tribunal prenne en considération, selon leur pertinence, l'âge, la stature, l'appartenance à une minorité et le degré de discernement de l'individu. Une réelle prise en considération de la manière dont ces diverses caractéristiques peuvent avoir une incidence sur la perception raisonnable de la question par une personne mise dans des circonstances semblables est requise. Le jeune âge — et même le début de l'âge adulte — accentue le déséquilibre des pouvoirs entre l'État et l'individu, le rendant plus marqué, évident et préoccupant. En ce qui a trait à la race de l'accusé, la question à laquelle doit répondre le juge qui préside un procès est de savoir comment une personne raisonnable ayant vécu une expérience similaire liée à la race percevrait l'interaction avec les policiers. Pour répondre à cette question, les tribunaux doivent prendre en considération le contexte historique et social plus large des relations

the police and Indigenous persons, characterized as it has been by an overwhelming power imbalance and history of discrimination; and (2) the resulting possibility that their interactions would reasonably be perceived by Indigenous persons as depriving them of choice to cooperate.

In this case, L's youth is a crucial consideration that should have received more attention. It is simply unrealistic to suggest that a reasonable 19-year-old will, even in the presence of police statements to the contrary, feel anything but constrained to respond positively to the request to give a statement, following immediately upon the sort of police entry into his home that occurred here. L's Indigenous background is a factor that weighs somewhat in favour of detention, albeit not heavily as it did not appear to play a significant role in shaping his perception of his obligation to cooperate with the police. Further, L's sophistication does not undermine the case for finding a detention. Rather, his lack of experience with the police and unfamiliarity with his *Charter* rights bolsters it.

All three factors weigh decisively in favour of finding that L was detained. It follows that police were required to inform him of his s. 10(b) right to counsel and to afford him the opportunity of exercising it, and breached that right by failing to do so.

Whether the police breached s. 10(b) of the *Charter* by refusing to allow a further consultation with a lawyer requires an application of the test in *R. v. Sinclair*, 2010 SCC 35, [2010] 2 S.C.R. 310. As explained in *Sinclair*, the purposes of s. 10(b) include to inform the detainee not only of his rights and obligations under the law (informational component) but, equally and if not more important, to allow him to obtain advice as to how to exercise those rights (implementational component). This latter component implicitly includes a duty on the police to hold off questioning until the detainee has had a reasonable opportunity to consult counsel. While a single consultation with a lawyer is constitutionally sufficient, the implementational component of s. 10(b) imposes upon police a further obligation to provide a detainee with a reasonable opportunity to consult counsel again if a change in circumstances or a new development suggests that the choice faced by the

interraciales entre la police et les divers groupes raciaux et les divers individus dans la société canadienne. Dans l'évaluation des interactions entre les Autochtones et la police, les tribunaux doivent être conscients (1) des rapports entre les policiers et les Autochtones, rapports caractérisés par un considérable déséquilibre des pouvoirs et par un historique de discrimination, et (2) de la possibilité qui en résulte que leurs interactions soient raisonnablement perçues par les Autochtones comme les privant de leur choix de coopérer ou non.

En l'espèce, le jeune âge de L est une caractéristique cruciale qui aurait dû se voir accorder davantage d'attention. Il est tout simplement irréaliste de penser qu'une personne raisonnable de 19 ans ne se sentira pas contrainte, malgré des déclarations policières à l'effet contraire, d'obtempérer à la demande de faire une déclaration immédiatement après une entrée policière dans son domicile du genre de celle qui a eu lieu en l'espèce. Les origines autochtones de L constituent un facteur qui milite quelque peu en faveur de l'existence d'une détention, mais pas fortement, car elles n'ont pas joué un rôle important dans sa perception de son obligation de coopérer avec les policiers. De plus, le discernement de L ne mine pas les arguments à l'appui de la conclusion qu'il y a eu détention. Au contraire, son manque d'expérience avec les policiers et sa méconnaissance des droits qui lui sont garantis par la *Charte* étayent ces arguments.

Les trois facteurs pèsent ici de manière décisive en faveur de la conclusion que L a été détenu. Il s'ensuit que les policiers étaient tenus de l'informer de son droit à l'assistance d'un avocat garanti par l'al. 10b) et de lui donner la possibilité de l'exercer, et qu'ils ont violé ce droit en omettant de le faire.

La question de savoir si les policiers ont violé l'al. 10b) de la *Charte* en refusant de permettre une seconde consultation avec un avocat exige l'application du test prévu dans l'arrêt *R. c. Sinclair*, 2010 CSC 35, [2010] 2 R.C.S. 310. Comme il est expliqué dans cet arrêt, l'al. 10b) a pour objet d'informer le détenu non seulement de ses droits et de ses obligations en vertu de la loi (volet informationnel), mais également, voire qui plus est, de lui permettre d'obtenir des conseils sur la façon d'exercer ces droits (volet mise en application). Ce dernier volet comporte implicitement l'obligation pour la police de suspendre les questions jusqu'à ce que le détenu ait eu une possibilité raisonnable de consulter un avocat. Bien qu'une seule consultation avec un avocat soit suffisante sur le plan constitutionnel, le volet mise en application de l'al. 10b) impose à la police une autre obligation : celle de donner au détenu une possibilité raisonnable de consulter de nouveau un avocat

accused has been significantly altered, requiring further advice on the new situation. Three non-exhaustive categories of exceptional circumstances triggering this duty were identified in *Sinclair*: (1) the police invite the accused to take part in non-routine procedures that counsel would not consider at the time of the initial consultation; (2) there is a change in jeopardy that could affect the adequacy of the advice received during the initial consultation; and (3) there is reason to question the detainee's understanding of his rights.

The third category broadly covers circumstances where the detainee may not have understood the initial s. 10(b) advice of his right to counsel, which imposes on the police a duty to give him a further opportunity to talk to a lawyer. The inquiry is into circumstances, stated broadly, and an inquiry into whether a detainee understood that he or she could remain silent is not sufficient. It is only by ensuring that detainees obtain legal advice that accounts for the particular situation they face, conveyed in a manner they can understand, that s. 10(b) can meaningfully redress the imbalance of power between the state (whose agents know the detainee's rights) and the detainee (who may not). It is uncontroversial that the purpose of s. 10(b) is to mitigate the imbalance between the individual and the state. Investigating officers and reviewing courts must be alive to the possibility that a detainee's vulnerabilities, which may relate to gender, youth, age, race, mental health, language comprehension, cognitive capacity or other considerations, coupled with developments that may occur in the course of police interrogation, will have rendered a detainee's initial legal advice inadequate, impairing his or her ability to make an informed choice about whether to cooperate with the police.

On the day of L's arrest, the police fulfilled the informational component of s. 10(b) and initially at least satisfied the implementational component upon arrival at the police station. While the police did not employ any new or unusual investigative techniques and there was no change in jeopardy during the interview, there was ample reason to question L's understanding of his s. 10(b) right. His confusion was an objective indicator that renewed legal consultation was required to permit him to make a meaningful choice as to whether to cooperate with the police investigation or refuse to do so. There were also clear signs that either the legal advice he obtained was incorrect, or he did not

si des faits nouveaux ou un changement de circonstances tendent à indiquer que le choix auquel l'accusé faisait face a considérablement changé, de sorte qu'il a besoin d'autres conseils sur la nouvelle situation. Trois catégories non exhaustives de circonstances exceptionnelles donnant naissance à cette obligation ont été relevées dans l'arrêt *Sinclair* : (1) les policiers invitent l'accusé à participer à des mesures peu habituelles que l'avocat n'envisagerait pas au moment de la consultation initiale; (2) il survient un changement du risque qui pourrait faire en sorte que les conseils obtenus durant la consultation initiale ne sont plus adéquats; et (3) il y a des raisons de se demander si le détenu comprend ses droits.

La troisième catégorie englobe généralement les circonstances où le détenu n'a peut-être pas compris les conseils reçus initialement en vertu de l'al. 10b) au sujet de son droit à l'assistance d'un avocat, de sorte que la police a l'obligation de lui accorder de nouveau la possibilité de parler à un avocat. L'analyse porte sur les circonstances, énoncées en termes généraux, et un examen de la question de savoir si le détenu a compris qu'il pouvait garder le silence n'est pas suffisant. Ce n'est qu'en veillant à ce que les détenus obtiennent des conseils juridiques tenant compte de leur situation particulière, transmis d'une manière qu'ils peuvent comprendre, que l'al. 10b) peut véritablement corriger le déséquilibre des pouvoirs entre l'État (dont les représentants connaissent les droits du détenu) et le détenu (qui ne les connaît peut-être pas). Il est incontestable que l'objet de l'al. 10b) est d'atténuer le déséquilibre entre l'individu et l'État. Les enquêteurs et les cours de révision doivent être conscients de la possibilité que ces vulnérabilités, qui peuvent avoir trait au genre, à la jeunesse, à l'âge, à la race, à la santé mentale, à la compréhension de la langue, à la capacité cognitive ou à tout autre facteur, combinées aux faits nouveaux pouvant survenir au cours d'un interrogatoire policier, puissent rendre inadéquats les conseils juridiques initialement reçus par le détenu, affaiblissant sa capacité de faire un choix éclairé quant à savoir s'il veut coopérer ou non avec la police.

Le jour de l'arrestation de L, les policiers ont satisfait au volet informationnel de l'al. 10b) et ont aussi, du moins au départ, satisfait au volet mise en application à l'arrivée au poste de police. Bien que les policiers n'aient pas employé de techniques d'enquête nouvelles ou inusitées et qu'il n'y ait pas eu de changement du risque au cours de l'entretien, il y avait de nombreuses raisons de mettre en doute la compréhension de L quant à son droit garanti par l'al. 10b). Sa confusion était un élément objectif indiquant qu'une nouvelle consultation juridique était nécessaire pour lui permettre d'exercer un choix utile pour ce qui est de coopérer ou non à l'enquête policière. Il y avait aussi des

understand how his s. 10(b) rights applied to his current circumstances. The concern that should reasonably have arisen in the mind of the investigating officer that L may not have understood his rights and how to exercise them is affirmed, if not heightened, when considered in light of L's particular characteristics such as his youth, his Indigenous background and his level of sophistication. The police breached his right to counsel by refusing to provide him with another opportunity to consult with a lawyer despite there being reason to conclude that he had not understood his s. 10(b) advice, even after having spoken with Legal Aid.

The evidence obtained as a result of the breaches of L's *Charter* rights must be excluded as the admission of the evidence would bring the administration of justice into disrepute. The two breaches were serious and had a correspondingly significant impact on his s. 10(b) rights. This presents a strong case for exclusion of the evidence. On the other hand, society's interest favours admission of the evidence, but not strongly. Taken cumulatively, the seriousness of the *Charter* infringing conduct and the impact of the breaches on L's *Charter*-protected interests overwhelms the moderate impact on society's interest in the truth-seeking function of the criminal trial process.

Per Wagner C.J. and Moldaver, Côté and Rowe JJ. (dissenting): The appeal should be allowed and L's conviction for second degree murder restored. L was not detained on the day of the execution of the warrant, nor was his s. 10(b) right to counsel violated on the day of his arrest, when he was not permitted a second consultation with counsel.

The disagreement with the majority that L was detained by police on the day of the execution of the warrant turns on three key points. First, a deferential approach to the trial judge's findings of fact leads to the conclusion that police did not engage in coercive behaviour in their interactions with L that day. Second, the perspective of a reasonable person in the particular circumstances of the individual must not be overemphasized because to do so provides too little guidance to police in determining whether they have psychologically detained someone in carrying out their regular duties. The police must be able to avoid infringing the s. 9 *Charter* right against arbitrary detention when they are seeking to obtain information from an individual and they have no intention to detain him or her but a reasonable

indices clairs que les conseils juridiques qu'il avait obtenus étaient inexacts, ou qu'il n'avait pas compris comment ses droits garantis par l'al. 10b) s'appliquaient à sa situation à ce moment. Le doute qui aurait raisonnablement dû naître dans l'esprit de l'enquêteur concernant le fait que L n'avait peut-être pas compris ses droits et la manière de les exercer est confirmé, voire accentué, lorsqu'il est examiné à la lumière des caractéristiques particulières de L, comme son jeune âge, ses origines autochtones et son degré de discernement. Les policiers ont violé son droit à l'assistance d'un avocat en refusant de lui permettre de consulter de nouveau un avocat en dépit du fait qu'il existait des raisons de conclure qu'il n'avait pas compris les conseils reçus au titre de l'al. 10b), même après avoir parlé avec l'avocat de l'aide juridique.

Les éléments de preuve obtenus en violation des droits que la *Charte* garantit à L doivent être écartés, puisque leur utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Les deux violations étaient graves et ont eu une incidence tout aussi importante sur ses droits garantis par l'al. 10b). Cela milite donc fortement en faveur de l'exclusion de la preuve. En revanche, l'intérêt de la société milite en faveur de son utilisation, mais pas de manière forte. De par leur effet cumulatif, la gravité de la conduite attentatoire et l'incidence des violations sur les droits de L garantis par la *Charte* l'emportent sur l'incidence modérée de l'intérêt de la société dans la fonction de recherche de la vérité du procès criminel.

Le juge en chef Wagner et les juges Moldaver, Côté et Rowe (dissidents) : Le pourvoi devrait être accueilli et la déclaration de culpabilité de L pour meurtre au deuxième degré devrait être rétablie. L n'était pas détenu le jour de l'exécution du mandat, et son droit à l'assistance d'un avocat garanti par l'al. 10b) n'a pas été violé le jour de son arrestation lorsqu'il s'est vu refuser une seconde consultation avec un avocat.

Le désaccord avec les juges majoritaires au sujet de la détention de L par les policiers le jour de l'exécution du mandat porte sur trois points essentiels. Premièrement, une approche empreinte de déférence à l'égard des conclusions de fait du juge du procès mène à la conclusion que les policiers n'ont pas eu un comportement coercitif dans leurs interactions avec L ce jour-là. Deuxièmement, il ne faut pas accorder trop d'attention à la perspective d'une personne raisonnable dans la situation particulière de l'individu, parce que cela fournit trop peu de directives aux policiers pour déterminer s'ils ont psychologiquement détenu une personne dans l'exercice de leurs fonctions habituelles. Les policiers doivent être capables d'éviter de porter atteinte au droit garanti à l'art. 9 de la *Charte* contre la détention

person may nonetheless conclude a detention exists. Third, while there is agreement with the majority that a finding of detention is not precluded by statements by police that an individual does not need to speak to them and is free to leave, in the instant case, greater weight is to be accorded to the police officers' testimony that they made clear to L that he did not need to speak to them and he was free to go.

Applying the framework from *Grant* leads to the conclusion that L was not psychologically or otherwise detained at any point during his dealings with the police on the day of the execution of the warrant. Thus, there was no requirement that he be advised by police of his right to counsel under s. 10(b) of the *Charter*.

First, with respect to the circumstances giving rise to the encounter, the trial judge did consider the context in which police first interacted with L and its relevance to whether or not he was detained. He indicated that the search warrant was executed professionally and disclosed no signs of unnecessary coercion. While a reasonable person in L's position would have felt singled out for investigation, this did not turn the encounter into a detention.

Next, regarding the police conduct, there is no basis to contradict the trial judge's conclusion that L was not subject to psychological detention. The police made statements on several occasions that L was under no obligation to cooperate and he was free to leave at any time, and their conduct did not undermine their statements. A careful and deferential review of the record requires a rejection of the factors that, according to the majority, outweigh the police statements that L was free to go. The conduct of the police in relation to the execution of the search warrant shows no evidence giving rise to an impression of control over the person. There is no credible evidence that police gave orders or closely monitored L for purposes other than the execution of the search warrant. As for the ride to the police station, the trial judge's factual findings about the police conduct during that time and his finding that L chose this option also do not militate in favour of a finding of detention. Further, the trial judge's findings indicate that police avoided anything akin to accusatory interrogation. Moreover, the evidence demonstrates that L was keen to collaborate. As to physical contact, there is agreement with the majority that there was no evidence of physical contact or oppressive proximity that could support

arbitraire lorsqu'ils veulent obtenir des renseignements auprès d'un individu qu'ils n'ont aucune intention de détenu mais qu'une personne raisonnable pourrait néanmoins conclure qu'il y a détention. Troisièmement, bien qu'il y ait accord avec les juges majoritaires que les affirmations des policiers selon lesquelles un individu n'est pas tenu de leur parler et est libre de partir n'empêchent pas de conclure qu'il y a eu détention, en l'espèce, davantage de poids doit être accordé au témoignage des policiers selon lequel ils ont clairement informé L qu'il n'était pas tenu de leur parler et qu'il était libre de partir.

L'application du cadre d'analyse de l'arrêt *Grant* mène à conclure que L n'a été détenu psychologiquement ou autrement à aucun moment durant ses interactions avec les policiers le jour de l'exécution du mandat. Ainsi, il n'était pas nécessaire qu'il soit avisé par les policiers de son droit à l'assistance d'un avocat garanti par l'al. 10b) de la *Charte*.

D'abord, en ce qui a trait aux circonstances à l'origine du contact, le juge du procès a tenu compte du contexte dans lequel les policiers ont interagi pour la première fois avec L et de sa pertinence quant à savoir s'il avait été détenu ou non. Il a indiqué que le mandat de perquisition avait été exécuté de manière professionnelle et ne révélait aucun signe de coercition indue. Bien qu'une personne raisonnable dans la situation de L se serait sentie ciblée à des fins d'enquête, cela ne transformait pas le contact en détention.

Ensuite, en ce qui a trait à la conduite des policiers, rien ne permet de contredire la conclusion du juge du procès selon laquelle L n'a pas fait l'objet d'une détention psychologique. Les policiers ont affirmé à plusieurs reprises que L n'était pas tenu de coopérer et qu'il était libre de partir à tout moment, et leur conduite n'a pas eu pour effet de miner leurs déclarations. Un contrôle attentif et empreint de déférence du dossier commande le rejet des facteurs qui, selon les juges majoritaires, supplantent les déclarations des policiers selon lesquelles L était libre de partir. La conduite des policiers relativement à l'exécution du mandat de perquisition ne montre aucune preuve d'un comportement donnant lieu à une impression que les policiers contrôlaient la personne. Il n'existe aucune preuve crédible indiquant que les policiers ont donné des ordres à L ou l'ont surveillé de près à des fins autres que l'exécution du mandat de perquisition. Pour ce qui est du trajet jusqu'au poste de police, les conclusions de fait du juge du procès concernant la conduite des policiers pendant cette période et sa conclusion que L a choisi cette option ne militent pas non plus en faveur d'une conclusion de détention. De plus, les conclusions du juge du procès indiquent que les policiers ont pris soin d'éviter tout ce

a finding of psychological detention. With respect to the presence of others, there is disagreement with the majority that this was a significant consideration because this factor refers to witnesses, not police officers, and, in any event, the presence of other police officers is of no consequence, given how the police conducted themselves. Finally, the interview took place at the police station and, while its duration of about three and a half hours was lengthier than generally occurs in non-accusatory sessions, having regard to the conversational interview style and the absence of any confrontation, there is no basis to differ from the trial judge's conclusion that its length does not suffice to constitute the basis of a psychological detention.

Finally, turning to L's particular circumstances, the trial judge acknowledged his youth, Indigenous background, lack of experience, and small stature. These factors are all material — without being determinative — in assessing whether police undermined statements that he was free to go. There is no evidentiary support for the majority's assertion that the execution of the search warrant was conducted in a manner that would make a reasonable person in L's position feel detained. L's objective personal characteristics, although significant to the inquiry, do not turn the tide. Overall, the trial judge's findings of fact confirm what is otherwise objectively ascertainable: a reasonable person in L's shoes would not have perceived the police conduct as a significant deprivation of his liberty.

L claims that his right to counsel was not implemented on the day of his arrest because he had a right to a second consultation with counsel during the police interview. This issue is governed by the Court's decision in *Sinclair* and its companion cases. It is not accurate to suggest that s. 10(b)'s purpose is to mitigate the imbalance between the individual and the state; rather, its purpose is to provide a detainee with an opportunity to obtain information and legal advice relevant to his or her legal situation upon detention, in order to support the detainee's right to choose whether to cooperate with the police investigation or not.

In the instant case, L's situation does not fit within the category of changed circumstances that requires a

qui pouvait ressembler à un interrogatoire accusatoire. En outre, la preuve démontre que L était disposé à collaborer. Pour ce qui est du contact physique, il y a accord avec les juges majoritaires qu'il n'y avait aucune preuve de contact physique ou de proximité oppressive permettant de conclure à une détention psychologique en l'espèce. En ce qui a trait à la présence d'autres personnes, il y a désaccord avec les juges majoritaires qu'il s'agissait d'un facteur important, parce que ce facteur renvoie à des témoins, et non à des policiers, et quoi qu'il en soit, la présence d'autres policiers est sans conséquence compte tenu de la manière dont les policiers se sont conduits. Enfin, l'entretien a eu lieu au poste de police et bien que sa durée d'environ trois heures et demie était plus longue que ce qui est généralement le cas lors de séances non accusatoires, compte tenu du style d'entretien sous forme de conversation et de l'absence d'affrontement, il n'y a aucune raison de tirer une conclusion différente de celle du juge du procès, à savoir que la durée de l'entretien ne suffit pas pour constituer le fondement d'une détention psychologique.

Enfin, pour ce qui est de la situation particulière de L, le juge du procès a reconnu son jeune âge, ses origines autochtones, son manque d'expérience et sa petite stature. Ces facteurs sont tous pertinents — sans être déterminants — pour déterminer si les policiers ont miné leurs affirmations selon lesquelles il était libre de partir. Il n'y a pas de preuve appuyant l'affirmation des juges majoritaires selon laquelle l'exécution du mandat de perquisition a été menée d'une manière qui ferait en sorte qu'une personne raisonnable dans la position de L se sente détenue. Les caractéristiques personnelles objectives de L, bien qu'importantes aux fins de l'analyse, ne l'emportent pas face aux autres facteurs susmentionnés. En général, les conclusions de fait du juge du procès confirment ce qui est par ailleurs objectivement vérifiable : une personne raisonnable se trouvant dans la situation particulière de L n'aurait pas perçu la conduite des policiers comme une privation considérable de sa liberté.

L soutient que son droit à l'assistance d'un avocat n'a pas été mis en application le jour de son arrestation parce qu'il avait droit à une seconde consultation avec un avocat pendant l'entretien policier. Cette question est régie par l'arrêt *Sinclair* et les arrêts connexes. Il est inexact de laisser entendre que l'al. 10b) a pour objet d'atténuer le déséquilibre entre la personne et l'État; au contraire, il a pour objet de fournir au détenu l'occasion d'obtenir des renseignements et des conseils juridiques propres à sa situation juridique dès le début de la détention, afin d'étayer le droit du détenu de choisir de coopérer ou non à l'enquête policière.

En l'espèce, la situation de L n'entre pas dans la catégorie des changements de circonstances qui exigent une

second consultation when there is reason to question the detainee's understanding of his or her s. 10(b) right. There is no basis to conclude that the choice faced by L was significantly altered so as to require further advice in order to fulfill the purpose of his s. 10(b) rights. The fact that a detainee demonstrates hesitancy or concern during an interrogation is not, on its own, sufficient to establish that he or she did not have a full opportunity to consult with counsel and the detainee merely asking for a second consultation with a lawyer is not enough to support a right to a second consultation. Mere confusion or an incorrect belief in a constitutional right to have a lawyer present is also not enough to trigger a constitutional obligation under s. 10(b). A review of L's interactions with police indicates that his choice to speak to the police investigators was both free and informed. While his request to speak to his father was an implicit request for a second consultation with a lawyer, that is not enough to support a right to a second consultation. The police officer confirmed that L understood and exercised his right to counsel. L knew the legal jeopardy that he was facing and he knew he did not have to say anything to the police officer. L's discomfort in the face of difficult police questioning is not, on its own, grounds for a second consultation.

Even if it could be said that L was detained on the day of the execution of the warrant, the statement he subsequently provided on the day of his arrest was not sufficiently connected to that *Charter* breach and there is therefore no basis on which to exclude such evidence under s. 24(2).

Cases Cited

By Brown J.

Overruled: *R. v. Moran* (1987), 36 C.C.C. (3d) 225; **applied:** *R. v. Le*, 2019 SCC 34, [2019] 2 S.C.R. 692; *R. v. Grant*, 2009 SCC 32, [2009] 2 S.C.R. 353; *R. v. Sinclair*, 2010 SCC 35, [2010] 2 S.C.R. 310; **referred to:** *R. v. Manninen*, [1987] 1 S.C.R. 1233; *R. v. Suberu*, 2009 SCC 33, [2009] 2 S.C.R. 460; *R. v. Shepherd*, 2009 SCC 35, [2009] 2 S.C.R. 527; *R. v. Seagull*, 2015 BCCA 164, 323 C.C.C. (3d) 361; *R. v. Tessier*, 2020 ABCA 289, 12 Alta. L.R. (7th) 55, leave to appeal granted, [2021] 1 S.C.R. xiii; *R. v. Eaton*, 2019 ONCA 891; *R. v. N.B.*, 2018 ONCA 556, 362 C.C.C. (3d) 302; *R. v. Folker*, 2016 NLCA 1, 373 Nfld. & P.E.I.R. 49; *R. v. Rajaratnam*, 2006 ABCA 333, 397 A.R. 126; *R. v. Van Wissen*, 2018 MBCA 110, 367 C.C.C. (3d) 186; *R. v. Theriault*, 2021 ONCA 517, 157

deuxième consultation lorsqu'il existe des raisons de se demander si le détenu comprend le droit que lui confère l'al. 10b). Rien ne permet de conclure que le choix qui s'offrait à L avait considérablement changé, de sorte qu'il avait besoin d'autres conseils pour que soit réalisé l'objet de ses droits aux termes de l'al. 10b). Le fait que la personne détenue se montre hésitante ou préoccupée pendant un interrogatoire ne suffit pas, en soi, pour établir qu'elle n'a pas eu pleinement la possibilité de consulter un avocat et le fait que le détenu demande simplement une deuxième consultation avec un avocat n'est pas suffisant pour ouvrir droit à une deuxième consultation. Une simple confusion ou une croyance erronée à un droit constitutionnel à la présence d'un avocat ne suffit pas non plus pour donner naissance à une obligation constitutionnelle aux termes de l'al. 10b). Un examen des interactions de L avec la police indique que son choix de parler aux enquêteurs était à la fois libre et éclairé. Bien que sa demande en vue de parler à son père représentait une demande implicite de consulter de nouveau un avocat, cela n'est pas suffisant pour ouvrir droit à une deuxième consultation. Le policier a confirmé que L avait compris et exercé son droit à l'assistance d'un avocat. L connaissait les risques sur le plan juridique auxquels il faisait face et savait qu'il n'était pas tenu de dire quoi que ce soit au policier. Le malaise de L à l'égard des questions difficiles posées par le policier ne constitue pas, en soi, un motif justifiant une deuxième consultation.

Même s'il était possible d'affirmer que L a été détenu le jour de l'exécution du mandat, la déclaration qu'il a par la suite faite le jour de son arrestation n'était pas suffisamment liée à cette violation de la *Charte* et par conséquent, rien ne permet d'écarter ces éléments de preuve en vertu du par. 24(2).

Jurisprudence

Citée par le juge Brown

Arrêt rejeté : *R. c. Moran* (1987), 36 C.C.C. (3d) 225; **arrêts appliqués :** *R. c. Le*, 2019 CSC 34, [2019] 2 R.C.S. 692; *R. c. Grant*, 2009 CSC 32, [2009] 2 R.C.S. 353; *R. c. Sinclair*, 2010 CSC 35, [2010] 2 R.C.S. 310; **arrêts mentionnés :** *R. c. Manninen*, [1987] 1 R.C.S. 1233; *R. c. Suberu*, 2009 CSC 33, [2009] 2 R.C.S. 460; *R. c. Shepherd*, 2009 CSC 35, [2009] 2 R.C.S. 527; *R. c. Seagull*, 2015 BCCA 164, 323 C.C.C. (3d) 361; *R. c. Tessier*, 2020 ABCA 289, 12 Alta. L.R. (7th) 55, autorisation d'appel accueillie, [2021] 1 R.C.S. xiii; *R. c. Eaton*, 2019 ONCA 891; *R. c. N.B.*, 2018 ONCA 556, 362 C.C.C. (3d) 302; *R. c. Folker*, 2016 NLCA 1, 373 Nfld. & P.E.I.R. 49; *R. c. Rajaratnam*, 2006 ABCA 333, 397 A.R. 126; *R. c. Van Wissen*, 2018 MBCA 110, 367 C.C.C. (3d) 186; *R. c. Theriault*, 2021

O.R. (3d) 241; *R. v. Gladue*, [1999] 1 S.C.R. 688; *R. v. Ipeelee*, 2012 SCC 13, [2012] 1 S.C.R. 433; *Clarkson v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 383; *R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151; *R. v. Dussault*, 2022 SCC 16, [2022] 1 S.C.R. 306; *R. v. Pagé*, 2018 QCCS 5553; *R. v. Smith*, 2015 ABQB 624; *R. v. Ejigu*, 2012 BCSC 1673; *R. v. Jongbloets*, 2017 BCSC 740; *R. v. A.R.M.*, 2011 ABCA 98, 599 A.R. 343; *R. v. Laquette*, 2021 MBQB 177; *R. v. Hunt*, 2020 ONCJ 627; *R. v. Fedoseev*, 2014 ABPC 192, 597 A.R. 1; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *R. v. Willier*, 2010 SCC 37, [2010] 2 S.C.R. 429; *R. v. 974649 Ontario Inc.*, 2001 SCC 81, [2001] 3 S.C.R. 575; *R. v. Tim*, 2022 SCC 12, [2022] 1 S.C.R. 234; *R. v. Paterson*, 2017 SCC 15, [2017] 1 S.C.R. 202; *R. v. Reilly*, 2021 SCC 38, [2021] 2 S.C.R. 1078; *R. v. Harrison*, 2009 SCC 34, [2009] 2 S.C.R. 494; *R. v. Buhay*, 2003 SCC 30, [2003] 1 S.C.R. 631; *R. v. P. (M.B.)*, [1994] 1 S.C.R. 555.

By Côté and Rowe JJ. (dissenting)

R. v. Sinclair, 2010 SCC 35, [2010] 2 S.C.R. 310; *R. v. Way*, 2011 NBCA 92, 377 N.B.R. (2d) 25; *R. v. Grant*, 2009 SCC 32, [2009] 2 S.C.R. 353; *R. v. Todd*, 2019 SKCA 36, [2019] 9 W.W.R. 207; *R. v. Tran*, 2010 ABCA 211, 482 A.R. 357; *R. v. Schrenk*, 2010 MBCA 38, 255 Man. R. (2d) 12; *R. v. Hermkens & Moran*, 2021 ABQB 885; *R. v. Heppner*, 2017 BCSC 894; *R. v. Roach*, 2012 NLTD(G) 21, 319 Nfld. & P.E.I.R. 231; *R. v. Bristol*, 2011 ABQB 73; *R. v. Bucknell*, 2021 BCPC 308; *R. v. Giullioni*, 2011 NLTD(G) 117, 313 Nfld. & P.E.I.R. 220; *R. v. Wheeler*, 2010 YKTC 7; *R. v. Rodh*, 2010 SKPC 150, 364 Sask. R. 96; *R. v. Jackman*, 2011 NLTD(G) 116, 313 Nfld. & P.E.I.R. 203; *R. v. Le*, 2019 SCC 34, [2019] 2 S.C.R. 692; *R. v. Mann*, 2004 SCC 52, [2004] 3 S.C.R. 59; *R. v. Suberu*, 2009 SCC 33, [2009] 2 S.C.R. 460; *R. v. McCrimmon*, 2010 SCC 36, [2010] 2 S.C.R. 402; *R. v. Willier*, 2010 SCC 37, [2010] 2 S.C.R. 429; *R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151; *R. v. Prosper*, [1994] 3 S.C.R. 236; *R. v. Dussault*, 2022 SCC 16, [2022] 1 S.C.R. 306; *R. v. Mack*, 2014 SCC 58, [2014] 3 S.C.R. 3; *R. v. Tim*, 2022 SCC 12, [2022] 1 S.C.R. 234; *R. v. Wittwer*, 2008 SCC 33, [2008] 2 S.C.R. 235; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 8, 9, 10, 24(2).

Authors Cited

Canada. Statistics Canada. Canadian Centre for Justice and Community Safety Statistics. *Perceptions of and experiences with police and the justice system among*

ONCA 517, 157 O.R. (3d) 241; *R. c. Gladue*, [1999] 1 R.C.S. 688; *R. c. Ipeelee*, 2012 CSC 13, [2012] 1 R.C.S. 433; *Clarkson c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 383; *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151; *R. c. Dussault*, 2022 CSC 16, [2022] 1 R.C.S. 306; *R. c. Pagé*, 2018 QCCS 5553; *R. c. Smith*, 2015 ABQB 624; *R. c. Ejigu*, 2012 BCSC 1673; *R. c. Jongbloets*, 2017 BCSC 740; *R. c. A.R.M.*, 2011 ABCA 98, 599 A.R. 343; *R. c. Laquette*, 2021 MBQB 177; *R. c. Hunt*, 2020 ONCJ 627; *R. c. Fedoseev*, 2014 ABPC 192, 597 A.R. 1; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *R. c. Willier*, 2010 CSC 37, [2010] 2 R.C.S. 429; *R. c. 974649 Ontario Inc.*, 2001 CSC 81, [2001] 3 R.C.S. 575; *R. c. Tim*, 2022 CSC 12, [2022] 1 R.C.S. 234; *R. c. Paterson*, 2017 CSC 15, [2017] 1 R.C.S. 202; *R. c. Reilly*, 2021 CSC 38, [2021] 2 R.C.S. 1078; *R. c. Harrison*, 2009 CSC 34, [2009] 2 R.C.S. 494; *R. c. Buhay*, 2003 CSC 30, [2003] 1 R.C.S. 631; *R. c. P. (M.B.)*, [1994] 1 R.C.S. 555.

Citée par les juges Côté et Rowe (dissidents)

R. c. Sinclair, 2010 CSC 35, [2010] 2 R.C.S. 310; *R. c. Way*, 2011 NBCA 92, 377 R.N.-B. (2e) 25; *R. c. Grant*, 2009 CSC 32, [2009] 2 R.C.S. 353; *R. c. Todd*, 2019 SKCA 36, [2019] 9 W.W.R. 207; *R. c. Tran*, 2010 ABCA 211, 482 A.R. 357; *R. c. Schrenk*, 2010 MBCA 38, 255 Man. R. (2d) 12; *R. c. Hermkens & Moran*, 2021 ABQB 885; *R. c. Heppner*, 2017 BCSC 894; *R. c. Roach*, 2012 NLTD(G) 21, 319 Nfld. & P.E.I.R. 231; *R. c. Bristol*, 2011 ABQB 73; *R. c. Bucknell*, 2021 BCPC 308; *R. c. Giullioni*, 2011 NLTD(G) 117, 313 Nfld. & P.E.I.R. 220; *R. c. Wheeler*, 2010 YKTC 7; *R. c. Rodh*, 2010 SKPC 150, 364 Sask. R. 96; *R. c. Jackman*, 2011 NLTD(G) 116, 313 Nfld. & P.E.I.R. 203; *R. c. Le*, 2019 CSC 34, [2019] 2 R.C.S. 692; *R. c. Mann*, 2004 CSC 52, [2004] 3 R.C.S. 59; *R. c. Suberu*, 2009 CSC 33, [2009] 2 R.C.S. 460; *R. c. McCrimmon*, 2010 CSC 36, [2010] 2 R.C.S. 402; *R. c. Willier*, 2010 CSC 37, [2010] 2 R.C.S. 429; *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151; *R. c. Prosper*, [1994] 3 R.C.S. 236; *R. c. Dussault*, 2022 CSC 16, [2022] 1 R.C.S. 306; *R. c. Mack*, 2014 CSC 58, [2014] 3 R.C.S. 3; *R. c. Tim*, 2022 CSC 12, [2022] 1 R.C.S. 234; *R. c. Wittwer*, 2008 CSC 33, [2008] 2 R.C.S. 235; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 8, 9, 10, 24(2).

Doctrine et autres documents cités

Canada. Statistique Canada. Centre canadien de la statistique juridique et de la sécurité des collectivités. *Perceptions et expériences relatives à la police et*

the Black and Indigenous populations in Canada, by Adam Cotter. Ottawa, February 2022.

Coughlan, Steve, and Glen Luther. *Detention and Arrest*, 2nd ed. Toronto: Irwin Law, 2017.

MacDonnell, Vanessa A. “*R v Sinclair*: Balancing Individual Rights and Societal Interests Outside of Section 1 of the *Charter*” (2012), 38 *Queen’s L.J.* 137.

Penney, Steven. “Police Questioning in the Charter Era: Adjudicative versus Regulatory Rule-making and the Problem of False Confessions” (2012), 57 *S.C.L.R.* (2d) 263.

Watkins, Kerry G. “The Vulnerability of Aboriginal Suspects When Questioned by Police: Mitigating Risk and Maximizing the Reliability of Statement Evidence” (2016), 63 *Crim. L.Q.* 474.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (Bielby, Veldhuis and Wakeling JJ.A.), 2021 ABCA 51, 20 Alta. L.R. (7th) 211, [2021] 6 W.W.R. 594, 402 C.C.C. (3d) 527, 479 C.R.R. (2d) 277, [2021] A.J. No. 171 (QL), 2021 CarswellAlta 265 (WL), setting aside the conviction of the accused for second degree murder and ordering a new trial. Appeal dismissed, Wagner C.J. and Moldaver, Côté and Rowe JJ. dissenting.

Keith A. Joyce, for the appellant.

Gregory C. Lazin, for the respondent.

Davin Michael Garg and *Natalya Odorico*, for the intervener the Attorney General of Ontario.

Frank Addario and *Samara Secter*, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

Anil K. Kapoor and *Victoria Cichalewska*, for the intervener the Criminal Lawyers’ Association.

au système de justice au sein des populations noire et autochtone au Canada, par Adam Cotter, Ottawa, février 2022.

Coughlan, Steve, and Glen Luther. *Detention and Arrest*, 2nd ed., Toronto, Irwin Law, 2017.

MacDonnell, Vanessa A. « *R v Sinclair* : Balancing Individual Rights and Societal Interests Outside of Section 1 of the *Charter* » (2012), 38 *Queen’s L.J.* 137.

Penney, Steven. « Police Questioning in the Charter Era : Adjudicative versus Regulatory Rule-making and the Problem of False Confessions » (2012), 57 *S.C.L.R.* (2d) 263.

Watkins, Kerry G. « The Vulnerability of Aboriginal Suspects when Questioned by Police : Mitigating Risk and Maximizing the Reliability of Statement Evidence » (2016), 63 *Crim. L.Q.* 474.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de l’Alberta (les juges Bielby, Veldhuis et Wakeling), 2021 ABCA 51, 20 Alta. L.R. (7th) 211, [2021] 6 W.W.R. 594, 402 C.C.C. (3d) 527, 479 C.R.R. (2d) 277, [2021] A.J. No. 171 (QL), 2021 CarswellAlta 265 (WL), qui a annulé la déclaration de culpabilité pour meurtre au deuxième degré prononcée contre l’accusé et ordonné un nouveau procès. Pourvoi rejeté, le juge en chef Wagner et les juges Moldaver, Côté et Rowe sont dissidents.

Keith A. Joyce, pour l’appelante.

Gregory C. Lazin, pour l’intimé.

Davin Michael Garg et *Natalya Odorico*, pour l’intervenant le procureur général de l’Ontario.

Frank Addario et *Samara Secter*, pour l’intervenante l’Association canadienne des libertés civiles.

Anil K. Kapoor et *Victoria Cichalewska*, pour l’intervenante Criminal Lawyers’ Association.

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

BROWN J. —

I. Overview

[1] This appeal calls upon the Court to affirm and apply its holdings in *R. v. Le*, 2019 SCC 34, [2019] 2 S.C.R. 692, and *R. v. Grant*, 2009 SCC 32, [2009] 2 S.C.R. 353, respectively, on two points: (1) evaluating whether an individual has been detained by the police; and (2) applying the framework in *R. v. Sinclair*, 2010 SCC 35, [2010] 2 S.C.R. 310, in the purposive and generous manner required by our jurisprudence.

[2] The police suspected that Nigel Vernon Lafrance might have been involved in the death of an individual that took place on March 17, 2015. In the early morning of March 19, 2015, a team of armed police officers entered his home to execute a search warrant. They awoke Mr. Lafrance, a recent high school graduate described by the trial judge as “youthful, [I]ndigenous and ha[ving] minimal police exposure” (2017 ABQB 746, 399 C.R.R. (2d) 184, at para. 79), and by the Court of Appeal as “19 years old, Indigenous, [with] very limited prior exposure to the police and . . . of much smaller stature than . . . the armed and uniformed officers” (2021 ABCA 51, 20 Alta. L.R. (7th) 211, at para. 29). Ordered to dress and leave the premises, he was then led to a police officer who asked him to identify himself and come to the police station to provide a statement regarding the alleged murder. The police drove him to the police station, took him to a secure environment therein, and interviewed him for over three hours.

[3] On April 7, 2015, the police arrested Mr. Lafrance for murder. After allowing him to call Legal Aid, they interviewed him. Several hours into the interview, Mr. Lafrance asked to call his father because that would be his “only chance of getting a lawyer” (A.R., vol. V, at p. 137). The police refused

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

LE JUGE BROWN —

I. Aperçu

[1] Le présent pourvoi invite la Cour à confirmer et à appliquer les conclusions qu’elle a tirées dans les arrêts *R. c. Le*, 2019 CSC 34, [2019] 2 R.C.S. 692, et *R. c. Grant*, 2009 CSC 32, [2009] 2 R.C.S. 353, respectivement, sur deux points : (1) évaluer si une personne a été détenue par la police; et (2) appliquer le cadre d’analyse de l’arrêt *R. c. Sinclair*, 2010 CSC 35, [2010] 2 R.C.S. 310, selon l’approche téléologique et généreuse requise par sa jurisprudence.

[2] La police soupçonnait Nigel Vernon Lafrance d’être impliqué dans le décès d’un individu survenu le 17 mars 2015. Tôt dans la matinée du 19 mars 2015, une équipe de policiers armés est entrée dans sa maison afin d’exécuter un mandat de perquisition. Les policiers ont réveillé M. Lafrance, un diplômé récent de l’école secondaire qui a été décrit par le juge du procès comme un [TRADUCTION] « jeune Autochtone [ayant] très peu eu affaire à la police » (2017 ABQB 746, 399 C.R.R. (2d) 184, par. 79), et par la Cour d’appel comme un [TRADUCTION] « Autochtone âgé de 19 ans, [qui] avait très peu eu affaire à la police et [. . .] qui avait une stature beaucoup plus petite que [celle des] policiers armés et en uniforme » (2021 ABCA 51, 20 Alta. L.R. (7th) 211, par. 29). Après avoir reçu l’ordre de s’habiller et de quitter les lieux, il a ensuite été mené à un policier qui lui a demandé de s’identifier et de se rendre au poste de police afin de faire une déclaration relativement au meurtre présumé. La police l’a conduit au poste de police, l’a emmené dans un environnement sécurisé et a eu un entretien avec lui pendant plus de trois heures.

[3] Le 7 avril 2015, les policiers ont arrêté M. Lafrance pour meurtre. Après lui avoir permis d’appeler l’aide juridique, ils ont eu un entretien avec lui. Plusieurs heures après le début de l’entretien, M. Lafrance a demandé à téléphoner à son père, parce que ce serait sa [TRADUCTION] « seule chance d’engager un

the request and pushed for answers. Mr. Lafrance eventually confessed to killing the victim.

[4] Mr. Lafrance sought to exclude this confession by arguing that the police had detained him on March 19 and breached his right to counsel pursuant to s. 10(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* on March 19 and April 7.¹ The trial judge admitted the evidence, finding that Mr. Lafrance had not been detained on March 19 (thereby also disposing of the s. 10(b) argument related to that date), and that police were not required to allow him a second opportunity to call a lawyer on April 7. Mr. Lafrance was convicted by a jury of second-degree murder. The majority of the Court of Appeal of Alberta allowed his appeal, excluded the evidence under s. 24(2) of the *Charter* and ordered a new trial. The Crown appeals, asking us to restore the conviction.

[5] I would dismiss the appeal. The police detained Mr. Lafrance on March 19, then breached s. 10(b) by failing to inform him of his right to counsel. They committed another breach of s. 10(b) on April 7 by refusing to allow him to contact a lawyer in circumstances which showed that his initial conversation with Legal Aid was insufficient for the purposes of s. 10(b), being “to allow the detainee not only to be informed of his rights and obligations under the law but, equally if not more important, to obtain advice as to how to exercise those rights” (*Sinclair*, at para. 26, citing *R. v. Manninen*, [1987] 1 S.C.R. 1233, at pp. 1242-43). These were serious breaches, substantially impacting Mr. Lafrance’s *Charter*-protected interests, and admitting the evidence thereby obtained would bring the administration of justice into disrepute.

¹ Mr. Lafrance also argued that his s. 8 rights were breached. Given my disposition of this appeal on ss. 10 and 24(2) of the *Charter*, it is unnecessary for me to decide this point.

avocat » (d.a., vol. V, p. 137). Les policiers ont refusé d’accéder à sa demande et ont insisté pour obtenir des réponses. Monsieur Lafrance a fini par avouer qu’il avait tué la victime.

[4] Monsieur Lafrance a tenté de faire exclure cet aveu en plaçant que les policiers l’avaient détenu le 19 mars et avaient violé, le 19 mars et le 7 avril, son droit à l’assistance d’un avocat prévu à l’al. 10b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*¹. Le juge du procès a admis la preuve, concluant que M. Lafrance n’avait pas été détenu le 19 mars (statuant de ce fait sur l’argument fondé sur l’al. 10b) lié à cette date), et que les policiers n’étaient pas tenus de lui donner une seconde occasion de téléphoner à un avocat le 7 avril. Monsieur Lafrance a été déclaré coupable par un jury de meurtre au deuxième degré. Les juges majoritaires de la Cour d’appel de l’Alberta ont accueilli son appel, écarté la preuve en application du par. 24(2) de la *Charte* et ordonné la tenue d’un nouveau procès. La Couronne interjette appel et nous demande de rétablir la déclaration de culpabilité.

[5] Je suis d’avis de rejeter le pourvoi. Les policiers ont détenu M. Lafrance le 19 mars, puis violé l’al. 10b) en omettant de l’informer de son droit à l’assistance d’un avocat. Ils ont commis une autre violation de l’al. 10b) le 7 avril en refusant de lui permettre de communiquer avec un avocat dans une situation qui indiquait que sa conversation initiale avec l’aide juridique avait été insuffisante pour que soit réalisé l’objet de l’al. 10b), soit de « permettre à la personne détenue non seulement d’être informée de ses droits et de ses obligations en vertu de la loi, mais également, voire qui plus est, d’obtenir des conseils sur la façon d’exercer ces droits » (*Sinclair*, par. 26, citant *R. c. Manninen*, [1987] 1 R.C.S. 1233, p. 1242-1243). Il s’agissait de graves violations qui ont considérablement porté atteinte aux intérêts de M. Lafrance protégés par la *Charte*, et l’utilisation des éléments de preuve ainsi obtenus est susceptible de déconsidérer l’administration de la justice.

¹ Monsieur Lafrance a également plaidé que ses droits garantis par l’art. 8 ont été violés. Compte tenu de ma décision dans le présent pourvoi concernant l’art. 10 et le par. 24(2) de la *Charte*, il n’est pas nécessaire que je statue sur ce point.

II. Facts

[6] On March 17, 2015, Anthony Yasinski was stabbed in the neck and died. The police suspected Mr. Lafrance’s involvement, as he was the last person to have contacted Mr. Yasinski prior to his death.

[7] Two interactions between the police and Mr. Lafrance followed, on March 19, 2015, and April 7, 2015, respectively.

A. *March 19, 2015*

[8] The police sought and obtained a search warrant to search Mr. Lafrance’s place of residence on the morning of March 19. A police search team of 11 — many of which were wearing bulletproof vests and carrying firearms, including at least one “assault rifle” — arrived in marked and unmarked police vehicles at 6:50 a.m., blocked off surrounding roads and entered the residence, making their way to Mr. Lafrance’s room and waking him. When he opened the door, they directed him to dress and leave his house immediately. When he asked the police for permission to look for his cat (which had run outside when the police entered the residence), they permitted him to do so, led him outside, and accompanied him as he chased after it. At all times, Mr. Lafrance remained “in sight of police officers” and did not venture past the police cordon (A.R., vol. II, at pp. 93-94).

[9] Shortly after retrieving the cat, Mr. Lafrance was approached by Sergeant (then Corporal) Eros who, unbeknownst to Mr. Lafrance, had been assigned to interview him and had been waiting for him outside. Sgt. Eros was accompanied by Staff Sergeant (then Cpl.) Zazulak, armed and wearing a bulletproof vest. It is undisputed that, at that time, Sgt. Eros did not have reasonable and probable grounds to proceed to arrest Mr. Lafrance.

[10] Sgt. Eros asked Mr. Lafrance to confirm his identity (which Mr. Lafrance did), advised him that

II. Les faits

[6] Le 17 mars 2015, Anthony Yasinski a été poignardé au cou et est décédé. Les policiers soupçonnaient M. Lafrance d’être impliqué, car il était la dernière personne qui avait communiqué avec M. Yasinski avant son décès.

[7] Deux interactions entre les policiers et M. Lafrance ont eu lieu par la suite, le 19 mars 2015 et le 7 avril 2015, respectivement.

A. *Le 19 mars 2015*

[8] Les policiers ont demandé et obtenu un mandat de perquisition visant le domicile de M. Lafrance dans la matinée du 19 mars. Une équipe de 11 policiers chargée de la perquisition — dont bon nombre étaient vêtus de gilets pare-balles et munis d’armes à feu, dont au moins un « fusil d’assaut » — sont arrivés à 6 h 50 dans des véhicules de police banalisés et d’autres identifiés, ont bloqué les routes avoisinantes, sont entrés dans le domicile, se sont rendus à la chambre de M. Lafrance et l’ont réveillé. Quand ce dernier a ouvert la porte, les policiers lui ont donné l’ordre de s’habiller et de quitter immédiatement sa maison. Lorsqu’il a demandé aux policiers la permission de chercher son chat (qui s’était enfui à l’extérieur lorsque les policiers sont entrés dans la maison), ils lui ont permis de le faire, l’ont mené à l’extérieur et l’ont accompagné pendant qu’il courait après son chat. En tout temps, M. Lafrance est demeuré [TRADUCTION] « à la vue des policiers » et ne s’est pas aventuré au-delà du cordon de policiers (d.a., vol. II, p. 93-94).

[9] Peu après avoir récupéré le chat, M. Lafrance a été abordé par le sergent (caporal à cette époque) Eros qui, à l’insu de M. Lafrance, avait été chargé d’avoir un entretien avec lui et l’attendait à l’extérieur. Le sergent Eros était accompagné du sergent d’état-major (caporal à cette époque) Zazulak, qui était armé et portait un gilet pare-balles. Nul ne conteste que, à ce moment, le sergent Eros n’avait aucun motif raisonnable et probable de procéder à l’arrestation de M. Lafrance.

[10] Le sergent Eros a demandé à M. Lafrance de confirmer son identité (ce qu’a fait M. Lafrance), l’a

he wanted to speak about an incident that occurred down the road — referring, of course, to Mr. Yasinski’s death — and asked him to come to the police station and provide a statement. Sgt. Eros told Mr. Lafrance that doing so would be a “completely voluntary” choice. Mr. Lafrance agreed to give a statement.

[11] Sgt. Eros and Mr. Lafrance discussed how he could make his way to the police station — whether by public transit, a ride with Sgt. Eros and S/Sgt. Zazulak in an unmarked police van, or by some alternative means. Having no money for bus fare, Mr. Lafrance chose to ride with Sgt. Eros and S/Sgt. Zazulak.

[12] After a 20- to 25-minute ride to the police station, Mr. Lafrance was escorted by Sgt. Eros and S/Sgt. Zazulak through two controlled access key-carded doors to an interview room at the back of the station. He was then left alone in the closed room for at least 17 minutes, unaware (because he had not been told) that the door was unlocked. When Sgt. Eros returned to the interview room and Mr. Lafrance asked to use the washroom, Sgt. Eros escorted him to the washroom, stood by while Mr. Lafrance used the washroom, then escorted him back to the interview room.

[13] Sgt. Eros then proceeded to interview Mr. Lafrance for approximately three and a half hours. He began by telling Mr. Lafrance that he did not need to speak with him, that the door to the interview room was unlocked and that he could leave at any time. But Sgt. Eros also informed him that they were currently in a “secure environment” and that, should Mr. Lafrance want to leave, use the washroom or take a smoke break, he would have to let Sgt. Eros know.

[14] Sgt. Eros then informed Mr. Lafrance that he was a suspect in Mr. Yasinski’s murder, and asked him about “what [his] days have been filled with and what [he had] been doing” prior to the police search

avisé qu’il voulait lui parler au sujet d’un incident qui s’était produit plus loin sur la route — faisant référence, bien entendu, au décès de M. Yasinski — et lui a demandé de se rendre au poste de police pour faire une déclaration. Le sergent Eros a dit à M. Lafrance qu’il s’agissait d’un choix [TRADUCTION] « entièrement volontaire ». Monsieur Lafrance a accepté de faire une déclaration.

[11] Le sergent Eros et M. Lafrance ont discuté de la manière dont ce dernier pouvait se rendre au poste de police — soit en transport en commun, soit avec le sergent Eros et le sergent d’état-major Zazulak dans un fourgon de police banalisé, soit par d’autres moyens. Comme il n’avait pas d’argent pour payer un billet d’autobus, M. Lafrance a choisi de se faire conduire par le sergent Eros et le sergent d’état-major Zazulak.

[12] Après un trajet de 20 à 25 minutes jusqu’au poste de police, le sergent Eros et le sergent d’état-major Zazulak ont escorté M. Lafrance pour passer deux portes à accès contrôlé par des cartes magnétiques jusqu’à une salle d’interrogatoire située à l’arrière du poste. Il a ensuite été laissé seul pendant au moins 17 minutes dans la salle dont la porte était fermée, sans savoir (parce qu’on ne le lui avait pas dit) que celle-ci n’était pas verrouillée. Lorsque le sergent Eros est revenu dans la salle d’interrogatoire et que M. Lafrance lui a demandé d’aller aux toilettes, le sergent Eros l’y a escorté, a attendu pendant que M. Lafrance était aux toilettes, puis l’a raccompagné à la salle d’interrogatoire.

[13] Le sergent Eros a ensuite commencé l’entretien avec M. Lafrance, qui a duré environ trois heures et demie. Il a commencé en disant à M. Lafrance qu’il n’était pas obligé de lui parler, que la porte de la salle d’interrogatoire n’était pas verrouillée et qu’il pouvait partir à n’importe quel moment. Cependant, le sergent Eros l’a également informé qu’ils se trouvaient dans un [TRADUCTION] « environnement sécurisé » et que, si M. Lafrance voulait partir, aller aux toilettes ou prendre une pause pour fumer, il devait l’en aviser.

[14] Le sergent Eros a ensuite informé M. Lafrance qu’il était un suspect à l’égard du meurtre de M. Yasinski et lui a demandé [TRADUCTION] « ce qu’il avait fait de [ses] journées et ce qu’il faisait » avant que

of his home (A.R., vol. IV, at p. 82). Mr. Lafrance gave answers, some of which were relayed to the search team, leading them to seize items of interest. Sgt. Eros also took Mr. Lafrance's fingerprints and DNA (prior to which he was offered a chance to speak with a lawyer) and seized his cellphone along with his clothes — all of which were taken after obtaining Mr. Lafrance's consent. At the interview's conclusion, police drove Mr. Lafrance home.

B. *April 7, 2015*

[15] On April 7, the police arrested Mr. Lafrance for the murder of Mr. Yasinski. Shortly after the arrest, the arresting officer informed Mr. Lafrance of his right to counsel and that he would be given an opportunity to call a lawyer. Mr. Lafrance indicated that he understood this and asked to contact a “free lawyer”.

[16] At the police station, Mr. Lafrance was escorted to a telephone room and spoke on the phone with a Legal Aid lawyer. This short conversation was Mr. Lafrance's first time ever speaking with a lawyer, having never before been arrested or otherwise required to obtain legal services. When he finished the call, the arresting officer asked Mr. Lafrance if he had spoken to a lawyer and understood the advice, to which Mr. Lafrance answered yes. Mr. Lafrance was then moved to an interview room to be interviewed by Sgt. Eros.

[17] Several hours into the interview, Sgt. Eros told Mr. Lafrance that he did not believe his version of the events and that there was no doubt in his mind that Mr. Lafrance was responsible for killing Mr. Yasinski. As the tone of the interview shifted, Mr. Lafrance asked to speak with his father before continuing to answer Sgt. Eros' questions. When Sgt. Eros asked him why, Mr. Lafrance explained that his father was his “only chance of getting a lawyer”

les policiers ne perquisitionnent à son domicile (d.a., vol. IV, p. 82). Monsieur Lafrance a répondu aux questions, certaines de ses réponses ont été transmises à l'équipe chargée de la perquisition, ce qui a amené celle-ci à saisir des objets présentant un intérêt. Le sergent Eros a également prélevé les empreintes digitales et l'ADN de M. Lafrance (avant quoi on lui avait offert la possibilité de parler à un avocat) et saisi son téléphone cellulaire ainsi que ses vêtements — le tout a été saisi après l'obtention du consentement de M. Lafrance. À la fin de l'entretien, les policiers ont ramené M. Lafrance chez lui.

B. *Le 7 avril 2015*

[15] Le 7 avril, la police a arrêté M. Lafrance pour le meurtre de M. Yasinski. Peu après l'arrestation, le policier l'ayant effectué a informé M. Lafrance de son droit à l'assistance d'un avocat et du fait qu'il aurait la possibilité de téléphoner à un avocat. Monsieur Lafrance a indiqué qu'il comprenait et a demandé à communiquer avec un [TRADUCTION] « avocat gratuit ».

[16] Au poste de police, M. Lafrance a été escorté jusqu'à une salle de téléphone et a parlé au téléphone avec un avocat de l'aide juridique. Cette courte conversation était la toute première fois que M. Lafrance parlait à un avocat, car il n'avait jamais été arrêté auparavant ou n'avait jamais autrement eu besoin de services juridiques. Lorsque M. Lafrance a mis fin à l'appel, le policier ayant procédé à l'arrestation lui a demandé s'il avait parlé à un avocat et s'il comprenait les conseils qui lui avaient été donnés, ce à quoi M. Lafrance a répondu par l'affirmative. Monsieur Lafrance a ensuite été emmené dans une salle d'interrogatoire afin d'être questionné par le sergent Eros.

[17] Après plusieurs heures d'entretien, le sergent Eros a dit à M. Lafrance qu'il ne croyait pas sa version des faits et qu'il n'y avait aucun doute dans son esprit que M. Lafrance était responsable du meurtre de M. Yasinski. Comme le ton de l'entretien avait changé, M. Lafrance a demandé à parler à son père avant de continuer à répondre aux questions du sergent Eros. Quand le sergent Eros lui a demandé pourquoi, M. Lafrance a répondu que son père était sa « seule

and that he wanted a lawyer before going forward with anything else. He said that Legal Aid told him “to get a lawyer before [he] continue[s] talking” to sit down and talk about his situation (A.R., vol. V, at p. 139). In response, Sgt. Eros explained that he “ha[d] no problem” letting him talk to his father (A.R., vol. V, at p. 138), but that Mr. Lafrance had already spoken to a lawyer. Mr. Lafrance, he said, may have misinterpreted² the advice and so he explained to Mr. Lafrance that he could not have a lawyer present in the room with him during the custodial interview. Sgt. Eros testified, however, that he was satisfied that Mr. Lafrance understood his right to silence and his legal advice.

[18] Sgt. Eros pressed ahead with his questioning and, shortly thereafter, Mr. Lafrance confessed to stabbing Mr. Yasinski.

III. Issues

[19] This appeal presents three issues:

1. Did the police detain Mr. Lafrance and breach his s. 10(b) right to counsel on March 19, 2015?
2. Did the police breach Mr. Lafrance’s s. 10(b) right to counsel by refusing to allow him to have a further consultation with a lawyer on April 7, 2015?
3. If the answer to either or both of the foregoing is “yes”, would the evidence obtained therefrom bring the administration of justice into disrepute, such that it must be excluded under s. 24(2)?

² I glean this from Sgt. Eros’ testimony: “There’s a person that ah you know what – and the way that that kinda goes ah – I won’t say it’s, it’s bad advice but it’s maybe miss – a little bit miss ah – miss ah – interrupted” (A.R., vol. V, at p. 139).

chance d’engager un avocat » et qu’il voulait engager un avocat avant de continuer quoi que ce soit. Il a affirmé que l’avocat de l’aide juridique lui avait dit [TRADUCTION] « d’engager un avocat avant de continuer à parler », afin de s’asseoir et de parler de sa situation (d.a., vol. V, p. 139). En guise de réponse, le sergent Eros lui a expliqué qu’il [TRADUCTION] « n’a[vait] aucun problème » à le laisser parler à son père (d.a., vol. V, p. 138), mais que M. Lafrance avait déjà parlé à un avocat. Selon lui, M. Lafrance avait peut-être mal interprété² les conseils reçus, et il a expliqué à M. Lafrance qu’il ne pouvait pas avoir un avocat présent dans la salle avec lui pendant l’entretien sous garde. Toutefois, le sergent Eros a déclaré lors de son témoignage qu’il était convaincu que M. Lafrance avait compris son droit de garder le silence ainsi que les conseils juridiques reçus.

[18] Le sergent Eros a continué de poser des questions et, peu après, M. Lafrance a avoué avoir poignardé M. Yasinski.

III. Les questions en litige

[19] Le présent pourvoi soulève trois questions :

1. Les policiers ont-ils détenu M. Lafrance et violé son droit à l’assistance d’un avocat garanti par l’al. 10b) le 19 mars 2015?
2. Les policiers ont-ils violé le droit de M. Lafrance à l’assistance d’un avocat garanti par l’al. 10b) en refusant de lui permettre d’avoir une autre consultation avec un avocat le 7 avril 2015?
3. Si la réponse à l’une ou l’autre des questions précédentes, ou aux deux, est affirmative, l’utilisation des éléments de preuve ainsi obtenus est-elle susceptible de déconsidérer l’administration de la justice, de sorte qu’ils doivent être écartés en application du par. 24(2)?

² Je tire ceci de l’extrait suivant du témoignage du sergent Eros : [TRADUCTION] « Il y a une personne qui euh tu sais quoi – et la façon dont ça se passe euh – je ne dirais pas que c’est, c’est un mauvais conseil mais c’est peut-être mal – un peu mal euh – mal euh – interrompu » (d.a., vol. V, p. 139).

IV. AnalysisA. *March 19, 2015*

[20] Mr. Lafrance’s straightforward argument regarding the March 19 encounter is this: he was detained when the police executed their search warrant, and that detention persisted during his interview at the police station as he felt, in the circumstances, obliged to comply with the request to speak with police. It follows that the police breached s. 10(b) by failing to advise him of his right to retain and instruct counsel upon detention (*Grant*, at para. 28).

(1) Detention

[21] Detention refers to “a suspension of an individual’s liberty interest by virtue of a significant physical or psychological restraint at the hands of the state” (*R. v. Suberu*, 2009 SCC 33, [2009] 2 S.C.R. 460, at para. 21; *Le*, at para. 27). In the heat of the moment, it is not always easy for ordinary citizens, who may be uninformed of their rights or the scope of the police’s powers, to know whether they have a choice to comply with a request by the police. An individual may perceive “a routine interaction with the police as demanding a sense of obligation to comply with every request” (*Le*, at para. 26, referring to S. Penney, V. Rondinelli and J. Stribopoulos, *Criminal Procedure in Canada* (2nd ed. 2018), at p. 83). For that reason, this Court has recognized that, “even absent physical restraint by the state, a detention exists in situations where a reasonable person in the accused’s shoes would feel obligated to comply . . . and that they are not free to leave” (*Le*, at para. 26 (emphasis added)). Even so, not every encounter between state and citizen effects a detention (*Suberu*, at para. 3; *Le*, at para. 27); no detention is effected, and therefore s. 10(b) rights are not breached, where an individual voluntarily assists the police by, for example, freely agreeing to provide a statement.

[22] In this case, Mr. Lafrance says that his choice to cooperate with the police on March 19 was, in substance, *imposed* by way of psychological constraints.

IV. AnalyseA. *Le 19 mars 2015*

[20] L’argument simple de M. Lafrance concernant le contact du 19 mars est le suivant : il a été détenu lorsque les policiers ont exécuté leur mandat de perquisition, et cette détention s’est poursuivie pendant l’entretien au poste de police, car il s’est senti, dans les circonstances, obligé d’obtempérer à la demande des policiers de leur parler. Il s’ensuit que les policiers ont violé l’al. 10b) en omettant de l’informer de son droit d’avoir recours à l’assistance d’un avocat dès le début de la détention (*Grant*, par. 28).

(1) La détention

[21] La détention s’entend de « la suspension de l’intérêt d’une personne en matière de liberté par suite d’une contrainte physique ou psychologique considérable de la part de l’État » (*R. c. Suberu*, 2009 CSC 33, [2009] 2 R.C.S. 460, par. 21; *Le*, par. 27). Dans le feu de l’action, il n’est pas toujours facile pour des citoyens ordinaires, qui sont peut-être mal informés de leurs droits ou de l’étendue des pouvoirs des policiers, de savoir s’ils ont le choix d’obtempérer ou non à une demande des policiers. Une personne peut percevoir « une simple interaction de routine avec les policiers comme [l’]obligant à obtempérer à toute demande » (*Le*, par. 26, se référant à S. Penney, V. Rondinelli et J. Stribopoulos, *Criminal Procedure in Canada* (2^e éd. 2018), p. 83). Pour cette raison, la Cour a reconnu qu’« il y a détention [. . .] même en l’absence d’une contrainte physique exercée par l’État, lorsqu’une personne raisonnable mise à la place de l’accusé se sentirait obligée d’obtempérer [. . .] et conclurait qu’elle n’est pas libre de partir » (*Le*, par. 26 (je souligne)). Cela étant dit, ce n’est pas toute interaction entre l’État et les citoyens qui constitue une détention (*Suberu*, par. 3; *Le*, par. 27); il n’y a pas détention, et donc les droits garantis par l’al. 10b) ne sont pas violés, lorsqu’une personne coopère volontairement avec les policiers, par exemple en acceptant librement de faire une déclaration.

[22] En l’espèce, M. Lafrance affirme que son choix de coopérer avec les policiers le 19 mars a été, en substance, *imposé* au moyen de contraintes

Psychological detention exists where an individual is legally required to comply with a direction or demand by the police, or where “a reasonable person in [that individual’s] position would feel so obligated” and would “conclude that he or she was not free to go” (*Grant*, at paras. 30-31; *Le*, at para. 25). It is that latter category which Mr. Lafrance says describes his circumstances. Three factors — identified in *Grant* and expanded upon in *Le* — are to be considered and balanced:

1. The circumstances giving rise to the encounter as they would reasonably be perceived by the individual;
2. The nature of the police conduct; and
3. The particular characteristics or circumstances of the individual where relevant (*Grant*, at para. 44; *Le*, at para. 31).

[23] The applicable standard of review here is that of correctness; the existence of a detention is a question of law (*R. v. Shepherd*, 2009 SCC 35, [2009] 2 S.C.R. 527, at paras. 18 and 20; *Grant*, at para. 43; *Le*, at para. 23). No deference is owed to the trial judge’s analysis and conclusion thereon. This is not to say that the *voir dire* is irrelevant, since the trial judge’s findings of facts receive deference, absent a palpable and overriding error (*Grant*, at paras. 43 and 45).

(2) *R. v. Moran*

[24] A jurisprudential point should be addressed before proceeding further. The Court of Appeal criticized the trial judge for not considering the factors pertinent to identifying a detention in *R. v. Moran* (1987), 36 C.C.C. (3d) 225 (Ont. C.A.). In my view, however, the trial judge did not err in this respect, since *Grant* has displaced the authority of *Moran* as stating the test for detention.

[25] In *Moran*, an issue before the Court of Appeal for Ontario was whether the trial judge had erred in

psychologiques. Une détention psychologique existe lorsqu’une personne est légalement tenue de se conformer à un ordre ou une sommation des policiers, ou lorsqu’une « personne raisonnable se trouvant dans la même situation se sentirait obligée de le faire » et « conclur[ait] qu’elle n’est pas libre de partir » (*Grant*, par. 30-31; *Le*, par. 25). C’est cette dernière catégorie qui, selon M. Lafrance, décrit sa situation. Trois facteurs — identifiés dans l’arrêt *Grant* et explicités dans l’arrêt *Le* — doivent être pris en considération et mis en balance :

1. Les circonstances à l’origine du contact avec les policiers telles que la personne en cause a dû raisonnablement les percevoir.
2. La nature de la conduite des policiers.
3. Les caractéristiques ou la situation particulières de la personne, selon leur pertinence (*Grant*, par. 44; *Le*, par. 31).

[23] La norme de contrôle applicable en l’espèce est celle de la décision correcte; la question de savoir s’il y a détention est une question de droit (*R. c. Shepherd*, 2009 CSC 35, [2009] 2 R.C.S. 527, par. 18 et 20; *Grant*, par. 43; *Le*, par. 23). Aucune déférence n’est due à l’analyse du juge du procès et aux conclusions qui en découlent. Cela ne veut pas dire que le voir-dire n’est pas pertinent, car en l’absence d’erreur manifeste et déterminante, il faut faire preuve de déférence à l’égard des conclusions de fait du juge du procès (*Grant*, par. 43 et 45).

(2) *R. c. Moran*

[24] Il convient d’examiner un aspect jurisprudentiel avant d’aller plus loin. La Cour d’appel a reproché au juge du procès de ne pas avoir pris en compte les facteurs pertinents permettant d’identifier s’il y a eu détention, qui ont été énoncés dans l’arrêt *R. c. Moran* (1987), 36 C.C.C. (3d) 225 (C.A. Ont.). À mon avis, cependant, le juge du procès n’a pas commis d’erreur à cet égard, car l’arrêt *Grant* a écarté la valeur de l’arrêt *Moran* en tant que précédent énonçant le test servant à déterminer s’il y a eu détention.

[25] Dans l’arrêt *Moran*, une question dont était saisie la Cour d’appel de l’Ontario était de savoir si le

concluding that Mr. Moran, who had been interviewed twice by police in connection with the murder of which he was eventually convicted, had not been detained during those interviews. In dismissing this ground of appeal, Martin J.A. identified a series of non-exhaustive factors to assist in determining whether a person is detained at the time of questioning at a police station.

[26] I recognize that lower courts continue to refer to these factors when assessing detention under *Grant* (see, e.g., *R. v. Seagull*, 2015 BCCA 164, 323 C.C.C. (3d) 361, at para. 38; *R. v. Tessier*, 2020 ABCA 289, 12 Alta. L.R. (7th) 55, at paras. 66-69, leave to appeal granted, [2021] 1 S.C.R. xiii; *R. v. Eaton*, 2019 ONCA 891, at para. 12 (CanLII); *R. v. N.B.*, 2018 ONCA 556, 362 C.C.C. (3d) 302, at para. 121). The view, whether stated explicitly or necessarily implicit in these judgments, is that the *Moran* factors are “useful” benchmarks when assessing detention per *Grant* (*Seagull*, at para. 38; *N.B.*, at para. 121).

[27] Respectfully, the better view is that, as a result of *Grant*, *Moran* is no longer good law (S. Coughlan and G. Luther, *Detention and Arrest* (2nd ed. 2017), at p. 287), and it should no longer be applied or relied upon. In *Grant*, the test for detention was restated to direct the inquiry to the perspective of the reasonable person in the accused’s shoes. In contrast, the *Moran* factors focus principally on police conduct and information that will not be readily available to the accused at the time of detention (such as the stage of the police investigation). And, while the test in *Grant* is objective, *Moran* encourages courts to consider the subjective perceptions and beliefs of the accused, thereby emphasizing considerations that play a limited (if any) role in an objective assessment (*Le*, at paras. 111-17).

[28] Further, and as noted, the scope of *Moran* is, by its own terms, confined to deciding whether a person

juge du procès avait commis une erreur en concluant que M. Moran, qui avait eu deux entretiens avec les policiers relativement au meurtre dont il a finalement été déclaré coupable, n’avait pas été détenu pendant ces entretiens. En rejetant ce moyen d’appel, le juge Martin de la Cour d’appel a dégagé un ensemble de facteurs non exhaustifs visant à aider à déterminer si une personne est détenue au moment où elle se fait questionner dans un poste de police.

[26] Je reconnais que les tribunaux de juridiction inférieure continuent de se reporter à ces facteurs lorsqu’ils évaluent s’il y a eu détention selon l’arrêt *Grant* (voir, p. ex., *R. c. Seagull*, 2015 BCCA 164, 323 C.C.C. (3d) 361, par. 38; *R. c. Tessier*, 2020 ABCA 289, 12 Alta. L.R. (7th) 55, par. 66-69, autorisation d’appel accueillie, [2021] 1 R.C.S. xiii; *R. c. Eaton*, 2019 ONCA 891, par. 12 (CanLII); *R. c. N.B.*, 2018 ONCA 556, 362 C.C.C. (3d) 302, par. 121). L’opinion à cet égard, qu’elle soit énoncée de manière explicite dans ces jugements ou qu’elle y soit nécessairement implicite, est que les facteurs établis dans l’arrêt *Moran* sont des critères [TRADUCTION] « utiles » lorsqu’il s’agit de déterminer s’il y a détention selon l’arrêt *Grant* (*Seagull*, par. 38; *N.B.*, par. 121).

[27] Soit dit en tout respect, l’opinion la plus juste est que, par suite de l’arrêt *Grant*, l’arrêt *Moran* n’est plus valable en droit (S. Coughlan et G. Luther, *Detention and Arrest* (2^e éd. 2017), p. 287) et ne devrait plus être appliqué ni invoqué. Dans l’arrêt *Grant*, le test servant à déterminer s’il y a détention a été reformulé pour axer l’analyse sur la perspective d’une personne raisonnable mise à la place de l’accusé. En revanche, les facteurs établis dans l’arrêt *Moran* sont principalement axés sur la conduite des policiers et sur les renseignements auxquels l’accusé n’a pas facilement accès au moment de la détention (par exemple l’étape à laquelle est rendue l’enquête policière). De plus, alors que le test établi dans l’arrêt *Grant* est objectif, l’arrêt *Moran* invite les tribunaux à tenir compte des perceptions et croyances subjectives de l’accusé, ce qui met l’accent sur des considérations jouant un rôle limité (voire inexistant) dans une appréciation objective (*Le*, par. 111-117).

[28] De plus, et comme je l’ai mentionné, la portée de l’arrêt *Moran* se limite, suivant les termes

who is questioned at a police station is detained. By design, then, *Moran* applied in limited circumstances. *Grant* is comprehensive in scope, applying to every instance of alleged detention by police by addressing the full breadth of circumstances that engage the right against self-incrimination protected by s. 10 of the *Charter*, including investigative detentions (*R. v. Folker*, 2016 NLCA 1, 373 Nfld. & P.E.I.R. 49, at paras. 74-79, per White J.A. (dissenting in part)).

(3) Applying *Grant* to the Events of March 19, 2015

(a) *The Circumstances Giving Rise to the Encounter*

[29] At this stage, the Court must consider how the circumstances of the encounter would have been reasonably perceived by Mr. Lafrance — more specifically, “whether the police were providing general assistance; maintaining general order; making general inquiries regarding a particular occurrence; or, singling [him out] for focused investigation” (*Le*, at para. 31(a); *Grant*, at para. 44(2)(a)).

[30] I observe that the trial judge began by looking to the background information available to Sgt. Eros and the police during the initial steps of their investigation, including his assignment to speak to Mr. Lafrance outside the home. In *Le*, however (which I note was unavailable to the trial judge at the time of decision), the Court explained that “investigative purposes are important when assessing whether the detention was arbitrary and whether the police were acting in good faith”, but “are less relevant” when reviewing the first *Grant* factor (paras. 37-38). Behind-the-scenes knowledge of a police investigation would not be known by a reasonable person in the accused’s position.

mêmes qui y sont utilisés, à la question de savoir si une personne qui est interrogée dans un poste de police est détenue. Pour cette raison, l’arrêt *Moran* se voulait donc d’application limitée. L’arrêt *Grant* a une portée globale et s’applique à toute situation de détention policière alléguée, en ce qu’il couvre tout l’éventail de circonstances mettant en cause le droit à la protection contre l’auto-incrimination garanti par l’art. 10 de la *Charte*, y compris les détentions aux fins d’enquête (*R. c. Folker*, 2016 NLCA 1, 373 Nfld. & P.E.I.R. 49, par. 74-79, le juge White (dissent en partie)).

(3) L’application de l’arrêt *Grant* aux événements du 19 mars 2015

a) *Les circonstances à l’origine du contact*

[29] À ce stade, la Cour doit se demander comment M. Lafrance pouvait raisonnablement percevoir les circonstances du contact — plus précisément, « les policiers fournissaient-ils une aide générale, assuraient-ils simplement le maintien de l’ordre, menaient-ils une enquête générale sur un incident particulier, ou [le] visaient-ils précisément [. . .] dans le cadre d’une enquête ciblée? » (*Le*, par. 31a); *Grant*, par. 44(2)a)).

[30] Je constate que le juge du procès a d’abord examiné les renseignements contextuels dont disposaient le sergent Eros et les policiers pendant les premières étapes de leur enquête, notamment le mandat qui a été confié au sergent Eros de parler à M. Lafrance à l’extérieur de la maison. Toutefois, dans l’arrêt *Le* (auquel le juge du procès n’avait pas accès, je le signale, au moment où il a rendu sa décision), la Cour a expliqué que les « objectifs d’enquête sont importants lorsqu’il s’agit de déterminer si la détention était arbitraire et si les policiers agissaient de bonne foi », mais qu’ils « sont moins pertinents » lorsqu’il s’agit d’examiner le premier facteur de l’arrêt *Grant* (par. 37-38). Une personne raisonnable mise à la place de l’accusé n’aurait pas connaissance des renseignements en coulisse d’une enquête policière.

[31] The analysis properly begins at the moment the encounter itself begins — in this case, when the police arrived at Mr. Lafrance’s home in marked and unmarked police vehicles, and at an early hour when Mr. Lafrance was asleep. Armed and wearing bulletproof vests, they entered the house, knocked on his bedroom door, and ordered him to dress and get out. They monitored him inside and outside the house.

[32] In my view, it is inconceivable that a reasonable person in Mr. Lafrance’s shoes — woken and confronted by armed police officers in his home telling him to leave — would believe that they had arrived to “provid[e] general assistance”, “maintai[n] general order” or make “general inquiries”. The reasonable person would immediately understand that he or she is being singled out for investigation. While, of course, the police were authorized by warrant and as such had “legitimate reasons” for the steps they took, this is not determinative of — and indeed is unlikely to affect — how a reasonable person perceives his or her interactions with the police (*Le*, at paras. 37-38). Indeed, the warrant itself, by authorizing the police to search Mr. Lafrance’s home, reveals a targeted investigation.

[33] While the trial judgment recounts the facts of this initial police encounter (para. 37), little consideration is given to the possibility that they gave rise to a detention. The trial judge’s focus, rather, was on the initial interaction between Mr. Lafrance and Sgt. Eros. But again, it is the moment that the interaction with police begins that must be considered. Mr. Lafrance’s interaction with Sgt. Eros was an extension of a series of events that began when the police entered Mr. Lafrance’s home, woke him up and ordered him to dress and leave. In any event, even had the conversation between Sgt. Eros and Mr. Lafrance corresponded to the moment that detention arose, my conclusion would be the same: a reasonable person in Mr. Lafrance’s position would have felt singled out for investigation purposes when Sgt. Eros approached him, asked him to confirm his identity, and informed him that the police wanted to

[31] L’analyse commence véritablement au moment où le contact lui-même commence — en l’espèce, il s’agit du moment où les policiers sont arrivés chez M. Lafrance dans des véhicules de police banalisés et d’autres identifiés, à une heure matinale alors que M. Lafrance dormait. Armés et vêtus de gilets pare-balles, ils sont entrés dans la maison, ont frappé à la porte de sa chambre et lui ont donné l’ordre de s’habiller et de sortir. Ils l’ont surveillé à l’intérieur et à l’extérieur de la maison.

[32] À mon avis, il est inconcevable qu’une personne raisonnable mise à la place de M. Lafrance — réveillée et face à des policiers armés dans sa maison lui disant de sortir — pourrait croire qu’ils étaient venus pour « fourni[r] une aide générale », « assur[er] le maintien de l’ordre » ou mener « une enquête générale ». Une personne raisonnable comprendrait immédiatement qu’elle fait l’objet d’une enquête ciblée. Bien entendu, même si les policiers étaient autorisés par mandat et qu’ils avaient donc des « raisons légitimes » de prendre les mesures qu’ils ont prises, cela ne détermine pas comment une personne raisonnable perçoit ses interactions avec la police — et il est d’ailleurs peu probable que cela ait une incidence sur cette perception (*Le*, par. 37-38). En réalité, le mandat lui-même, en autorisant les policiers à perquisitionner à la maison de M. Lafrance, révèle l’existence d’une enquête ciblée.

[33] Bien que le jugement de première instance rappelle les faits relatifs à ce premier contact avec les policiers (par. 37), peu de considération est accordée à la possibilité que ces faits aient entraîné une détention. Le juge du procès met plutôt l’accent sur la première interaction entre M. Lafrance et le sergent Eros. Cependant, encore une fois, c’est le moment où l’interaction avec les policiers commence qui doit être pris en considération. L’interaction entre M. Lafrance et le sergent Eros était le prolongement d’une série d’événements qui ont commencé quand les policiers sont entrés dans la maison de M. Lafrance, l’ont réveillée et lui ont donné l’ordre de s’habiller et de sortir. Quoi qu’il en soit, même si la conversation entre le sergent Eros et M. Lafrance correspondait au moment où la détention est survenue, ma conclusion serait la même : une personne raisonnable mise à la place de M. Lafrance se serait sentie visée à des fins

speak with him about a murder. This weighs in favour of a finding of detention.

(b) *The Nature of the Police Conduct*

[34] The second *Grant* factor directs a court’s attention to the nature of the police conduct throughout the encounter. Specifically, their actions and language used, their use of physical contact, the place where the encounter occurred, the presence of others, and the duration of the encounter, may all play a role in shaping the perceptions of the reasonable person in the accused’s shoes (*Grant*, at para. 44(2)(b); *Le*, at paras. 31(b) and 43).

(i) Actions and Language of the Police

[35] A central feature of the Crown’s position is its argument that an encounter is *prima facie* voluntary where the police explicitly inform an individual that he or she need not cooperate. This, the Crown says, functions as an intervening event that informs the interpretation of preceding and subsequent events so as to eliminate any possibility of police detention. The Crown relies particularly on these passages from *Grant*:

The objective nature of this inquiry recognizes that the police must be able to know when a detention occurs, in order to allow them to fulfill their attendant obligations under the *Charter* and afford the individual its added protections. However, the subjective intentions of the police are not determinative. (Questions such as police “good faith” may become relevant when the test for exclusion of evidence under s. 24(2) is applied, in cases where a *Charter* breach is found.) While the test is objective, the individual’s particular circumstances and perceptions at the time may be relevant in assessing the reasonableness of any perceived power imbalance between the individual and the police, and thus the reasonableness of any perception that he or she had no choice but to comply with the police directive. To answer the question whether there is a detention involves a realistic appraisal of the entire interaction as it developed, not a minute parsing of words and movements. In those

d’enquête lorsque le sergent Eros l’aurait abordée, lui aurait demandé de confirmer son identité et l’aurait informée que les policiers voulaient lui parler au sujet d’un meurtre. Cela milite en faveur d’une conclusion qu’il y a eu détention.

b) *La nature de la conduite des policiers*

[34] Suivant le deuxième facteur de l’arrêt *Grant*, le tribunal doit se pencher sur la nature de la conduite des policiers tout au long de l’interaction. Plus précisément, leurs actions et les mots employés, le recours au contact physique, le lieu du contact, la présence d’autres personnes et la durée du contact sont tous des éléments qui peuvent jouer un rôle sur les perceptions de la personne raisonnable mise à la place de l’accusé (*Grant*, par. 44(2)(b); *Le*, par. 31b) et 43).

(i) Les mots employés par les policiers et leurs actions

[35] Un argument central de la thèse de la Couronne est qu’un contact est à première vue volontaire lorsque les policiers informent explicitement une personne qu’elle n’est pas obligée de coopérer. Cela, plaide la Couronne, revêt la fonction d’un événement intermédiaire qui éclaire l’interprétation des événements antérieurs et ultérieurs de manière à éliminer toute possibilité de détention policière. La Couronne invoque en particulier les passages suivants tirés de l’arrêt *Grant* :

La nature objective de cet examen reconnaît la nécessité que les policiers soient en mesure de savoir quand il y a détention afin qu’ils puissent s’acquitter des obligations qu’impose la *Charte* en ce cas et qu’ils puissent accorder à la personne détenue les protections supplémentaires qui lui sont conférées. Toutefois, les intentions subjectives des policiers ne sont pas déterminantes. (Des questions comme celle de la « bonne foi » des policiers peuvent devenir pertinentes — dans les cas où le tribunal conclut qu’il y a eu violation de la *Charte* — lors de l’application du test en matière d’exclusion d’éléments de preuve prévu au par. 24(2).) Bien que le test soit objectif, la situation particulière de la personne visée ainsi que ses perceptions au moment envisagé peuvent être pertinentes pour déterminer si elle pouvait raisonnablement conclure à un déséquilibre entre son pouvoir et celui des policiers, et donc raisonnablement penser qu’elle n’avait d’autre

situations where the police may be uncertain whether their conduct is having a coercive effect on the individual, it is open to them to inform the subject in unambiguous terms that he or she is under no obligation to answer questions and is free to go. It is for the trial judge, applying the proper legal principles to the particular facts of the case, to determine whether the line has been crossed between police conduct that respects liberty and the individual's right to choose, and conduct that does not.

...

Effective law enforcement is highly dependent on the cooperation of members of the public. The police must be able to act in a manner that fosters this cooperation, not discourage it. However, police investigative powers are not without limits. The notion of psychological detention recognizes the reality that police tactics, even in the absence of exercising actual physical restraint, may be coercive enough to effectively remove the individual's choice to walk away from the police. This creates the risk that the person may reasonably feel compelled to incriminate himself or herself. Where that is the case, the police are no longer entitled simply to expect cooperation from an individual. Unless, as stated earlier, the police inform the person that he or she is under no obligation to answer questions and is free to go, a detention may well crystallize and, when it does, the police must provide the subject with his or her s. 10(b) rights. That the obligation arises only on detention represents part of the balance between, on the one hand, the individual rights protected by ss. 9 and 10 and enjoyed by all members of society, and on the other, the collective interest of all members of society in the ability of the police to act on their behalf to investigate and prevent crime. [Emphasis added; paras. 32 and 39.]

[36] On their own, these passages might support the Crown's position. But in light of the entire judgment in *Grant*, they do not support the view that such a police statement precludes finding a detention. In *Grant*, the Court conceived the test for detention so that no single consideration — including a statement from the police that the individual need not speak to them or could leave — would be determinative. Rather, what is required, as the first of these passages

choix que d'obéir à la directive donnée. Pour répondre à la question de savoir s'il y a détention, il faut procéder à une évaluation réaliste de la totalité du contact tel qu'il s'est déroulé, et non à une analyse détaillée de chacun des mots prononcés et des gestes posés. Dans les cas où les policiers ne savent pas avec certitude si leur conduite a un effet coercitif, ils peuvent dire clairement à la personne visée qu'elle n'est pas tenue de répondre aux questions et qu'elle est libre de partir. C'est au juge du procès qu'il appartient de décider — en appliquant les principes de droit pertinents aux faits particuliers de l'espèce — si la police a franchi la limite entre une conduite qui respecte la liberté et le droit de choisir du sujet et une conduite qui porte atteinte à ces droits.

...

L'application efficace de la loi dépend largement de la coopération des membres du public. Les policiers doivent avoir la capacité d'agir de façon à favoriser cette coopération, et non à la décourager. Cependant, les pouvoirs d'enquête des policiers ne sont pas illimités. La notion de détention psychologique reconnaît la possibilité que des tactiques policières, même exemptes de contraintes physiques véritables, soient suffisamment coercitives pour, en réalité, priver une personne du choix de s'en aller. La personne risque alors raisonnablement de se sentir obligée de s'incriminer. En pareil cas, les policiers ne peuvent plus s'attendre simplement à ce qu'elle coopère. Répetons-le, à moins que les policiers n'informent la personne qu'elle n'est pas tenue de répondre aux questions et qu'elle est libre de partir, il se peut fort bien que la détention se soit cristallisée. Dès lors, les policiers doivent observer les garanties juridiques énoncées à l'al. 10b). Le fait que l'obligation ne prenne naissance qu'en cas de détention est un des éléments qui permet d'établir un équilibre entre, d'une part, les droits individuels garantis par les art. 9 et 10 dont bénéficient tous les membres de la société et, d'autre part, l'intérêt collectif de la société à ce que la police puisse effectuer des enquêtes et réprimer le crime. [Je souligne; par. 32 et 39.]

[36] À eux seuls, ces passages peuvent étayer la thèse de la Couronne. Cependant, à la lumière de l'arrêt *Grant* dans son ensemble, ils n'étaient pas la thèse selon laquelle une telle déclaration de la police empêcherait de conclure à l'existence d'une détention. Dans l'arrêt *Grant*, la Cour a élaboré le test servant à déterminer s'il y a détention de manière à ce qu'aucun facteur à lui seul — y compris une déclaration des policiers portant que la personne n'est pas obligée

also states, is “a realistic appraisal of the entire interaction as it developed” (para. 32 (emphasis added)). The passages in *Grant* relied on by the Crown were, therefore, *immediately* coupled with the caution that it is ultimately “for the trial judge, applying the proper legal principles to the particular facts of the case, to determine whether the line has been crossed between police conduct that respects liberty and the individual’s right to choose, and conduct that does not” (para. 32). In other words, the assessment requires a broad view directed to *all* circumstances of the case, from which view a court should not be distracted by a police officer’s statement that might, taken in isolation, militate against the finding of a detention. It is entirely possible that such an assurance, given at a very specific point and time of the interaction with the police, might lose any significance to a reasonable person in the detainee’s circumstances once the entirety of the encounter is accounted for.

[37] So understood, the test in *Grant* is premised upon a practical reality of interactions between police and citizen, especially where the interaction concerns a criminal investigation. While words uttered by the police may hold a certain significance to trained and experienced police officers or to those trained in the law or otherwise already aware of their rights and how to exercise them, they may hold less significance, or different significance, to vulnerable individuals unfamiliar with their *Charter* rights. This particular instance of the imbalance of power between state and citizen that characterizes our criminal justice system is exacerbated by the psychological dynamics of police interrogation, where even repeated assurances that a detainee is free to leave may be disregarded, especially by innocent persons seeking to absolve themselves of any wrongdoing.

[38] None of this is undermined by the appellate caselaw relied upon by the Crown, which either

de leur parler ou qu’elle peut partir — ne soit déterminant. Au contraire, ce qui est nécessaire, comme l’indique également le premier de ces passages, c’est de « procéder à une évaluation réaliste de la totalité du contact tel qu’il s’est déroulé » (par. 32 (je souligne)). Les passages de l’arrêt *Grant* invoqués par la Couronne étaient donc *immédiatement* assortis de la mise en garde d’après laquelle c’est en définitive « au juge du procès qu’il appartient de décider — en appliquant les principes de droit pertinents aux faits particuliers de l’espèce — si la police a franchi la limite entre une conduite qui respecte la liberté et le droit de choisir du sujet et une conduite qui porte atteinte à ces droits » (par. 32). Autrement dit, dans son évaluation, le tribunal doit avoir une vue d’ensemble qui tient compte de *toutes* les circonstances de l’affaire et il ne devrait pas être distrait par la déclaration d’un policier qui, prise isolément, serait défavorable à la conclusion qu’il y a eu détention. Il est tout à fait possible qu’une telle assurance, donnée à un moment très précis de l’interaction avec les policiers, perde tout son sens pour une personne raisonnable mise à la place de la personne détenue une fois que l’entièreté du contact est prise en compte.

[37] Interprété ainsi, le test de l’arrêt *Grant* repose sur une réalité pratique des interactions entre les policiers et les citoyens, en particulier lorsque l’interaction se rapporte à une enquête criminelle. Bien que les mots employés par les policiers puissent avoir une certaine signification pour ceux d’entre eux qui sont formés et expérimentés ou pour les personnes ayant une formation en droit ou qui connaissent déjà leurs droits et la manière de les exercer, ils peuvent avoir une signification moindre ou différente pour des personnes vulnérables qui ne connaissent pas bien leurs droits garantis par la *Charte*. Ce cas particulier de déséquilibre des pouvoirs entre l’État et les citoyens qui caractérise notre système de justice criminelle est exacerbé par la dynamique psychologique d’un interrogatoire policier, où même les confirmations répétées que le détenu est libre de partir peuvent ne pas être prises en compte, particulièrement par des personnes innocentes qui souhaitent se disculper de tout méfait.

[38] Rien de ce qui précède n’est miné par la jurisprudence des cours d’appel que la Couronne invoque,

predates *Grant* (e.g., *R. v. Rajaratnam*, 2006 ABCA 333, 397 A.R. 126), or confirms that all the circumstances of a case must be examined to determine whether a detention occurred (e.g., *Seagull*, at paras. 49-60; *R. v. Van Wissen*, 2018 MBCA 110, 367 C.C.C. (3d) 186). I therefore reject the Crown’s submission that a detention *prima facie* cannot arise where police state that the individual may decline to speak with them or may leave whenever a statement is presented. In this regard, my colleagues also place substantial weight upon such statements. Indeed, they treat them as all but determinative (as one might in considering the words used by police under the *Moran* framework), rather than focussing on the contextual factors that would affect the perception of the reasonable person in the accused’s shoes (as required by *Grant* and *Le*).

[39] To summarize: no single consideration, including a police statement to an individual that he or she is “not detained” or otherwise under any obligation to cooperate or may leave, is determinative of whether a detention has occurred. Where present, it is a single consideration among others for which a court should account in deciding whether a reasonable person in the shoes of the accused would feel obliged to cooperate. It does not automatically turn the tide, and may not turn the tide at all, where other factors point to a finding of detention.

[40] Indeed, Sgt. Eros’ statements to Mr. Lafrance³ do not turn the tide here. While they militate against

³ i.e., “you don’t have to provide me a statement . . . that it would be completely voluntary on your point”, “you don’t hafta sit here and speak with me today”, “you are at any time Nigel free to leave”, “we (unintelligible) responsibility to ensure that you’re aware of – of your rights and . . . and like I said that – that includes the ability to leave whenever you want to”, “[v]oluntary that you don’t have to sit here and speak with me”, “you say you’re willing to talk now . . . right in half an hour, 20 minutes, two hours you’re – you decide that – that you no longer wanta speak with me . . . Um you just have to let me know . . . Okay and at that point in time, we’ll stop and we’ll move on”, and “some people think well now that I’ve agreed to it . . . I’m stuck here right . . . And – that’s absolutely not the case” (A.R., vol. IV, at pp. 56, 64 and 72-74).

laquelle soit est antérieure à l’arrêt *Grant* (p. ex., *R. c. Rajaratnam*, 2006 ABCA 333, 397 A.R. 126), soit confirme que toutes les circonstances d’une affaire doivent être examinées afin de déterminer s’il y a eu détention (p. ex., *Seagull*, par. 49-60; *R. c. Van Wissen*, 2018 MBCA 110, 367 C.C.C. (3d) 186). Je rejette par conséquent l’argument de la Couronne selon lequel une détention ne peut pas exister à première vue lorsque les policiers déclarent que la personne peut refuser de leur parler ou qu’elle peut partir dès lors qu’une déclaration est faite. À cet égard, mes collègues aussi accordent un poids important à de telles déclarations. De fait, ils les traitent comme si elles étaient pratiquement déterminantes (comme on le pourrait en considérant les mots utilisés par les policiers, en application du cadre d’analyse de l’arrêt *Moran*), plutôt que de se concentrer sur les facteurs contextuels qui auraient un effet sur la perception d’une personne raisonnable mise à la place de l’accusé (comme l’exigent les arrêts *Grant* et *Le*).

[39] En résumé : aucun facteur à lui seul, y compris une déclaration policière faite à une personne portant qu’elle n’est « pas détenue » ou qu’elle n’est par ailleurs pas obligée de coopérer ou qu’elle peut partir, ne permet de déterminer qu’il y a eu détention. Lorsqu’un tel facteur existe, il ne s’agit que d’un facteur parmi d’autres qu’un tribunal doit prendre en considération pour établir si une personne raisonnable mise à la place de l’accusé se sentirait obligée de coopérer. Ce facteur ne fait pas automatiquement pencher la balance, et ne la fera peut-être pas pencher du tout, lorsque d’autres facteurs portent à conclure qu’il y a eu détention.

[40] De fait, les déclarations faites par le sergent Eros à M. Lafrance³ ne font pas pencher la balance

³ c.-à-d., [TRADUCTION] « tu n’as pas à me donner de déclaration [. . .] que ce serait entièrement volontaire de ta part », « tu n’as pas à t’asseoir ici et à me parler aujourd’hui », « tu es à tout moment, Nigel, libre de partir », « nous (inaudible) la responsabilité de veiller à ce que tu aies connaissance de – de tes droits et [. . .] et comme je l’ai dit que – cela inclut la possibilité de partir quand tu le veux », « [c]’est volontaire que tu n’es pas obligé de t’asseoir ici et de me parler », « tu dis que tu veux parler maintenant [. . .] bien dans une demi-heure, 20 minutes, deux heures, tu es – tu décides que – que tu ne veux plus me parler [. . .] euh tu dois simplement me le dire [. . .] ok et à ce moment-là, nous allons arrêter et passer à autre chose », et « certaines personnes pensent, bien maintenant que j’ai accepté [. . .] je suis pris ici [. . .] et – ce n’est absolument pas le cas » (d.a., vol. IV, p. 56, 64 et 72-74).

a finding of detention, they are outweighed by circumstances that support the opposite conclusion, namely that a reasonable person in his position would have felt compelled to comply and unfree to leave. For example:

- Mr. Lafrance awoke to 11 police officers at his residence, with vans, firearms and bulletproof vests, ordering him to dress and get out of the house;
- The police accompanied Mr. Lafrance while he searched for his cat;
- Sgt. Eros approached Mr. Lafrance after he went outside, asked him to confirm his identity and told him that he wanted to ask him questions relating to Mr. Yasinski's death;
- The only practical means available to Mr. Lafrance for getting to the police station was for him to be driven, which he was in an unmarked police vehicle accompanied by two police officers;
- At the station, the police brought Mr. Lafrance to an interview room at the back of the police station that was behind two sets of locked doors;
- The police left Mr. Lafrance in the interview room for at least 17 minutes, having closed the door behind them, and did not inform him that the doors were unlocked; and
- The police told Mr. Lafrance that he was in a secure environment, controlled his access to the outside of the interview room, and kept him under surveillance during the course of the interview, including escorting him to the bathroom.

(ii) The Use of Physical Contact

[41] As is evident from the analysis in *Le* (para. 50) and *Grant* (paras. 50-52), considering the use by police of physical *contact* with a subject extends to their physical *proximity* to a subject. Even where, strictly speaking, there is no physical contact, deliberate physical proximity within a small space can create an atmosphere that would lead a reasonable

en l'espèce. Bien qu'elles soient défavorables à une conclusion qu'il y a eu détention, elles sont supplantées par les circonstances qui étayent la conclusion contraire, à savoir qu'une personne raisonnable mise à la place de l'accusé se serait sentie obligée d'obtempérer et non pas libre de partir. Par exemple :

- Monsieur Lafrance s'est réveillé à son domicile en présence de 11 policiers avec des fourgons, des armes à feu et des gilets pare-balles, lui donnant l'ordre de s'habiller et de sortir de la maison;
- Les policiers ont accompagné M. Lafrance pendant qu'il cherchait son chat;
- Le sergent Eros a abordé M. Lafrance après qu'il est sorti, lui a demandé de confirmer son identité et lui a dit qu'il voulait lui poser des questions concernant le décès de M. Yasinski;
- Le seul moyen pratique dont disposait M. Lafrance pour se rendre au poste de police était d'y être conduit, ce qui a été fait dans une voiture de police banalisée avec deux policiers;
- Au poste de police, les policiers ont emmené M. Lafrance dans une salle d'interrogatoire située à l'arrière du poste de police, qui se trouvait derrière deux séries de portes verrouillées;
- Les policiers ont laissé M. Lafrance dans la salle d'interrogatoire pendant au moins 17 minutes, après avoir fermé la porte derrière eux, et ne l'ont pas informé que les portes n'étaient pas verrouillées;
- Les policiers ont dit à M. Lafrance qu'il se trouvait dans un environnement sécurisé, ont contrôlé son accès à l'extérieur de la salle d'interrogatoire et l'ont gardé sous surveillance pendant l'entretien, y compris en l'escortant aux toilettes.

(ii) Le recours au contact physique

[41] Comme cela ressort manifestement des analyses dans les arrêts *Le* (par. 50) et *Grant* (par. 50-52), l'examen du recours au *contact* physique par les policiers avec une personne s'étend à leur *proximité* physique avec la personne. Même si, à proprement parler, il n'y a pas de contact physique, une proximité physique délibérée dans un espace restreint peut créer

person to conclude that leaving is not possible (*Le*, at para. 50; *Grant*, at para. 50). This makes sense, since physical proximity can indicate the *possibility* of physical contact. And so, while nothing suggests that the police made any physical contact with Mr. Lafrance on March 19, that is not exhaustive of this consideration. For example, a reasonable person in Mr. Lafrance's shoes might, particularly after he was escorted to the bathroom, view the investigating officers' constant proximity as suggesting that any attempt to leave, at least on his own, would be met with physical resistance.

[42] All that said, and while the police chose to interview Mr. Lafrance in what Sgt. Eros described as the "secure environment" of an interview room, their conduct here is a far cry from *Le*, where the police officers intentionally positioned themselves in a way to block the exit from the backyard (para. 50). Neither the evidence here nor the trial judge's findings suggest that the police sought to take advantage of the physical proximity in such a way. In my view, considerations of physical proximity alone would have little if any impact on whether a reasonable person in Mr. Lafrance's position would feel free to decline to speak to police or to leave.

(iii) The Presence of Others

[43] This is a significant consideration here. Except while he was left alone in the interview room and in the bathroom, Mr. Lafrance was in the presence of at least one police officer throughout his interaction with the police, from the moment they awoke him in his home. Initially, he was under the supervision of an armed police search team that executed the warrant and monitored him while he was in and out of the home. Following this, Sgt. Eros and S/Sgt. Zazulak were present throughout, from their initial encounter outside the home, to the ride to the police station, and the interview. These officers weighed approximately 220 lb. to 245 lb., respectively (while Mr. Lafrance weighed 130 lb.), and S/Sgt. Zazulak was armed and

une ambiance qui amènerait une personne raisonnable à conclure qu'il est impossible de partir (*Le*, par. 50; *Grant*, par. 50). Cela est logique, puisqu'une proximité physique peut indiquer la *possibilité* de contact physique. Ainsi, même si rien ne suggère que les policiers ont eu quelque contact physique que ce soit avec M. Lafrance le 19 mars, cet élément n'est pas le seul devant être pris en compte. Par exemple, une personne raisonnable mise à la place de M. Lafrance pourrait, particulièrement après avoir été escortée aux toilettes, percevoir la proximité constante des policiers enquêteurs comme indiquant que toute tentative de partir, du moins de son propre chef, serait contrecarrée par une résistance physique.

[42] Cela étant dit, et bien que les policiers aient choisi d'avoir un entretien avec M. Lafrance dans ce que le sergent Eros a décrit comme l'« environnement sécurisé » d'une salle d'interrogatoire, leur conduite en l'espèce est loin de celle décrite dans l'arrêt *Le*, où les policiers se sont intentionnellement placés de manière à bloquer la sortie de la cour arrière (par. 50). Ni les éléments de preuve en l'espèce ni les conclusions du juge du procès ne donnent à penser que les policiers ont cherché à profiter de la proximité physique de cette manière. À mon avis, les facteurs liés à la proximité physique à eux seuls auraient peu d'incidence, voire aucune, sur la question de savoir si une personne raisonnable mise à la place de M. Lafrance se sentirait libre de refuser de parler aux policiers ou de partir.

(iii) La présence d'autres personnes

[43] Il s'agit d'un facteur important en l'espèce. À l'exception des moments où il a été laissé seul dans la salle d'interrogatoire et aux toilettes, M. Lafrance était en présence d'au moins un agent pendant toute son interaction avec les policiers, dès le moment où ceux-ci l'ont réveillé dans sa maison. Au début, il était sous la supervision de l'équipe de policiers armés chargée de la perquisition qui a exécuté le mandat et l'a surveillé alors qu'il entra et sortait de la maison. Par la suite, le sergent Eros et le sergent d'état-major Zazulak étaient présents tout au long de l'interaction, dès leur contact initial à l'extérieur de la maison, jusqu'au trajet menant au poste de police et pendant l'entretien. Ces policiers pesaient environ

wearing a bulletproof vest. Their continued presence and supervision would tend to contribute to the perception of a reasonable person in Mr. Lafrance's shoes that he or she was not free to decline to speak or to leave.

[44] My colleagues appear to understand this consideration, as it was stated in *Le*, as applying only to the presence of witnesses, as opposed to the police (para. 152). Putting aside that the police *were* witnesses here, I see no good reason to keep to such a narrow purview. The “presence of others” was not a novel consideration in *Le*. It is one of the factors listed in *Grant* to evaluate “[t]he nature of police conduct” (para. 44(2)(b) (emphasis added)). For that reason, the Court, in support of its finding of psychological detention in *Grant*, pointed to the presence of other police at the time of the encounter (paras. 49-52). The point is that all police conduct relevant to whether a reasonable person in Mr. Lafrance's shoes would have understood himself or herself as free to leave must be considered. Indeed, that the witnesses were police, if anything, weighs more heavily in finding a detention than if they were mere bystanders.

(iv) The Place and Duration of the Encounter

[45] The entirety of Mr. Lafrance's encounter with the police spans several locations and various periods of time. In my view, considerations of place and time would lead a reasonable person in Mr. Lafrance's shoes to believe he had to cooperate with the police.

[46] The initial early morning encounter occurred inside Mr. Lafrance's home. Any police intrusion into a home “is reasonably experienced as more forceful, coercive and threatening than when similar state action occurs in public” (*Le*, at para. 51). This remains true, irrespective of whether the intrusion is authorized by

220 à 245 lb, respectivement (alors que M. Lafrance pesait 130 lb), et le sergent d'état-major Zazulak était armé et portait un gilet pare-balles. Leur présence et leur supervision constantes tendraient à amener une personne raisonnable mise à la place de M. Lafrance à considérer qu'elle n'est pas libre de partir ou de refuser de parler.

[44] Mes collègues semblent comprendre ce facteur, tel qu'il a été énoncé dans l'arrêt *Le*, comme s'appliquant uniquement à la présence de témoins, et non pas à celle des policiers (par. 152). Mis à part le fait que les policiers *étaient* des témoins en l'espèce, je ne vois aucune raison valable de s'en tenir à un champ d'application aussi restrictif. La « présence d'autres personnes » n'était pas un facteur inédit dans l'arrêt *Le*. Il s'agit de l'un des facteurs énumérés dans l'arrêt *Grant* pour évaluer « [l]a nature de la conduite des policiers » (par. 44(2)(b) (je souligne)). Pour cette raison, la Cour, à l'appui de sa conclusion qu'il y avait eu détention psychologique dans l'arrêt *Grant*, a souligné la présence d'autres policiers au moment du contact (par. 49-52). Le fait est qu'il faut prendre en considération toute conduite policière pertinente relativement à la question de savoir si une personne raisonnable mise à la place de M. Lafrance aurait compris qu'elle était libre de partir. En effet, le fait que les témoins étaient des policiers pèse peut-être encore plus lourdement dans la balance en faveur d'une conclusion qu'il y a eu détention que s'il s'agissait de simples passants.

(iv) Le lieu et la durée du contact

[45] Le contact de M. Lafrance avec les policiers s'est déroulé dans son ensemble à plusieurs endroits et sur plusieurs périodes de temps. À mon avis, les facteurs liés au lieu et à la durée amèneraient une personne raisonnable mise à la place de M. Lafrance à croire qu'elle était obligée de coopérer avec les policiers.

[46] Le contact initial a eu lieu tôt le matin à l'intérieur de la maison de M. Lafrance. Toute intrusion de policiers dans un domicile « sera raisonnablement perçue comme plus percutante, coercitive et menaçante que si pareil acte de l'État se produisait dans un lieu public » (*Le*, par. 51). Cela demeure vrai, peu

warrant, although depending on the circumstances of the intrusion, its impact may be mitigated where, as here, police inform the occupant that they have a search warrant.

[47] Even where that happens, however, the mode of entry into the household, while authorized by law, may be reasonably perceived as intimidating. It is to my mind indisputable that this would have been so in the circumstances of this intrusion. No reasonable person in Mr. Lafrance’s shoes would have had all misgivings just melt away with the assurance that the 11 police officers who had just awoken him inside his home and ordered him out had first obtained a search warrant. Thus, the impact of a police intrusion into a home may be mitigated where they inform the occupant that they have a search warrant. But police and reviewing courts must also be alive to the possibility that the execution of a warrant at a residence — being a means by which the police exercises control of *the home* — can itself *support* the finding of a detention where it is also applied in such a manner as to take control of *the person*. This is precisely what occurred here: police ordered Mr. Lafrance to get dressed and leave, then monitored him as he made his way outside to a pre-arranged encounter with a waiting Sgt. Eros.

[48] The encounter continued after Sgt. Eros took over and made the request for a statement, and during the ride to the police station. I note that, in concluding that Mr. Lafrance was not detained at that time, the trial judge considered that he had agreed to go to the detachment to allay suspicion. My colleagues do the same, stressing Mr. Lafrance’s subjective perceptions as “particularly significant” (para. 162). The test is principally objective (*Le*, at para. 114). Undue focus on an individual’s subjective perception detracts from the rationales underlying the objective test (para. 115). Therefore, rather than focusing on “what was in the accused’s mind at a particular moment in time”, the inquiry is into “how the police behaved and, considering the totality of the circumstances, how

importe que l’intrusion soit autorisée ou non par un mandat, même si selon les circonstances de l’intrusion, son incidence peut être atténuée lorsque, comme en l’espèce, les policiers informent l’occupant qu’ils sont munis d’un mandat de perquisition.

[47] Même dans ce cas, cependant, le mode d’entrée dans la maison, bien qu’autorisé en droit, peut raisonnablement être perçu comme intimidant. À mon avis, il est incontestable que cela aurait été le cas dans les circonstances de l’intrusion en cause. Aucune personne raisonnable mise à la place de M. Lafrance n’aurait vu fondre toutes ses appréhensions simplement en raison de l’assurance que les 11 policiers qui venaient tout juste de la réveiller dans sa maison et qui lui avaient donné l’ordre de sortir avaient préalablement obtenu un mandat de perquisition. En conséquence, l’effet d’une intrusion policière dans une maison peut être atténué lorsque les policiers informent l’occupant qu’ils ont un mandat de perquisition. Toutefois, les policiers et les cours de révision doivent aussi être conscients de la possibilité que l’exécution d’un mandat dans une résidence — qui constitue un moyen par lequel la police exerce un contrôle sur *la maison* — puisse en soi *étayer* la conclusion qu’il y a détention, lorsqu’il est également appliqué de manière à prendre le contrôle de *la personne*. C’est précisément ce qui s’est produit en l’espèce : les policiers ont donné l’ordre à M. Lafrance de s’habiller et de partir, puis ils l’ont surveillé alors qu’il se rendait à l’extérieur, où l’attendait le sergent Eros pour un contact préarrangé.

[48] Le contact a continué après que le sergent Eros a pris la relève et a demandé à M. Lafrance de faire une déclaration, et pendant le trajet jusqu’au poste de police. Je note qu’en concluant que M. Lafrance n’était pas détenu à ce moment, le juge du procès a estimé qu’il avait accepté de se rendre au poste de police pour dissiper tout soupçon. Mes collègues font de même, mettant l’accent sur les perceptions subjectives de M. Lafrance comme étant « particulièrement importantes » (par. 162). Le critère est principalement objectif (*Le*, par. 114). Accorder trop d’importance aux perceptions subjectives d’une personne affaiblit les assises de l’adoption d’un critère objectif (par. 115). Par conséquent, plutôt que d’être axée sur « ce qui se passait dans l’esprit de l’accusé à un moment précis »,

such behavi[our] would be reasonably perceived” (para. 116).

[49] This is not to suggest that police are to be taken as detaining an individual by giving them a ride to the police station. The question is whether a reasonable person in the passenger’s shoes would believe that he or she could cease cooperating by asking the police to stop the vehicle and leave; the answer will depend on all the circumstances of the case (Coughlan and Luther, at p. 291), including what has already transpired. And given what had already transpired in this case, a reasonable person in Mr. Lafrance’s position would not in my judgment have felt remotely free to do so.

[50] The encounter then persisted through a three-and-a-half-hour interview at the police station, in an interview room described by Sgt. Eros as a “secure environment”, accessible as I have already noted through two sets of locked doors. The “security” of that environment — comprising both the interview room and the surrounding facility through which it was accessed — would tend to affirm in the mind of someone in Mr. Lafrance’s position that he or she is not free to leave at will.

[51] In sum, this was a single, lengthy police encounter. While it spanned several locations, each of them have features — the overwhelming show of force in the intrusion into the home, the long ride to the police station and the secure environment for a lengthy interview — that, taken as a whole, support the view that someone in Mr. Lafrance’s position would reasonably have perceived that he or she could not leave (*Le*, at para. 66). This supports a finding of detention.

(c) *The Particular Circumstances of the Accused*

[52] The final *Grant* factor requires a court to consider, where relevant, the individual’s “age[,] physical

l’analyse porte « sur la façon dont les policiers ont agi et, eu égard à l’ensemble des circonstances, sur la manière dont un tel comportement serait raisonnablement perçu » (par. 116).

[49] Cela ne veut pas dire qu’il faut considérer que les policiers détiennent une personne lorsqu’ils la conduisent en voiture au poste de police. La question est de savoir si une personne raisonnable mise à la place du passager croirait qu’elle peut cesser de coopérer en demandant aux policiers d’arrêter le véhicule et de partir; la réponse dépendra de l’ensemble des circonstances de l’affaire (Coughlan et Luther, p. 291), y compris ce qui s’est passé auparavant. Compte tenu de ce qui s’était déjà passé en l’espèce, une personne raisonnable mise à la place de M. Lafrance n’aurait, à mon avis, aucunement eu le sentiment d’être libre de le faire.

[50] Le contact a ensuite continué tout au long d’un entretien de trois heures et demie au poste de police, dans une salle d’interrogatoire décrite par le sergent Eros comme un « environnement sécurisé », dont l’accès, comme je l’ai déjà mentionné, se faisait par deux séries de portes verrouillées. La « sécurité » de cet environnement — qui comprend à la fois la salle d’interrogatoire et les installations qui l’entourent et qui y donnent accès — mènerait une personne mise à la place de M. Lafrance à croire qu’elle n’est pas libre de partir comme elle le veut.

[51] En résumé, il s’agissait d’un contact unique prolongé avec les policiers. Bien qu’il ait eu lieu à plusieurs endroits, chacun de ceux-ci présente des particularités — le vaste déploiement de force lors de l’intrusion dans la maison, le long trajet jusqu’au poste de police et l’environnement sécurisé pour un long entretien — qui, prises dans leur ensemble, étayent le point de vue selon lequel une personne mise à la place de M. Lafrance aurait raisonnablement considéré qu’elle ne pouvait pas partir (*Le*, par. 66). Cela milite en faveur de la conclusion qu’il y a eu détention.

c) *La situation particulière de l’accusé*

[52] Le dernier facteur de l’arrêt *Grant* exige que le tribunal prenne en considération, selon leur pertinence,

stature[,], minority status[, and] level of sophistication” (*Grant*, at para. 44(2)(c); *Le*, at para. 31(c)).

[53] While the trial judge acknowledged that Mr. Lafrance was young, Indigenous and had minimal police exposure at that time (para. 79), in my respectful view more was required to properly account for how the characteristics he quite rightly identified — Mr. Lafrance’s youth, his Indigenous background and his inexperience — might shape the perspective of the reasonable person in his shoes, imbued with those characteristics. These are not factors to be checked off a list; *Grant* requires more than a straightforward acknowledgement of their presence, but actual consideration of how these various characteristics might impact the reasonable view of the matter as held by someone in like circumstances. I turn now to doing just that.

(i) Youth

[54] Mr. Lafrance’s youth — he was 19 years old — is a crucial consideration that I say, again respectfully, should have received more attention. A reasonable person’s perceptions are inevitably shaped by the knowledge and powers of discernment that comes with age and life experience (*Le*, at para. 122). Youth — even the youth of early adulthood — aggravates the power imbalance between the state and the individual, making it “more pronounced, evident and acute” (para. 122). It is simply unrealistic to suggest that a reasonable 19-year-old will, even in the presence of police statements to the contrary, feel anything but constrained to respond positively to the request to give a statement, following immediately upon the sort of police entry into his home that occurred here.

(ii) Race

[55] This Court in *Le* emphasized that the objective analysis in *Grant* must be applied in a manner that

« [l’]âge, [la] stature, [l’]appartenance à une minorité [et le] degré de discernement » de la personne (*Grant*, par. 44(2)c); *Le*, par. 31c)).

[53] Bien que le juge du procès ait reconnu que M. Lafrance était un jeune Autochtone et qu’il avait très peu eu affaire à la police au moment des faits (par. 79), en tout respect, je suis d’avis qu’il fallait en faire davantage pour bien rendre compte de la façon dont les caractéristiques qu’il a fort justement relevées — le jeune âge de M. Lafrance, ses origines autochtones et son inexpérience — pourraient façonner la perspective d’une personne raisonnable mise à sa place, imprégnée de ces caractéristiques. Ce ne sont pas des facteurs devant être cochés sur une liste; l’arrêt *Grant* exige plus qu’une simple reconnaissance de leur présence, mais plutôt une réelle prise en considération de la manière dont ces diverses caractéristiques peuvent avoir une incidence sur la perception raisonnable de la question par une personne mise dans des circonstances semblables. Je me penche maintenant exactement sur cela.

(i) Le jeune âge

[54] Le jeune âge de M. Lafrance — il avait 19 ans — est une caractéristique cruciale qui, soit dit en tout respect encore une fois, aurait dû se voir accorder davantage d’attention. Les perceptions d’une personne raisonnable sont inévitablement façonnées par les connaissances et le discernement qui viennent avec l’âge et l’expérience de vie (*Le*, par. 122). Le jeune âge — et même le début de l’âge adulte — accentue le déséquilibre des pouvoirs entre l’État et le citoyen, le rendant « plus marqu[é], éviden[t] et préoccupan[t] » (par. 122). Il est tout simplement irréaliste de penser qu’une personne raisonnable de 19 ans ne se sentira pas contrainte, malgré des déclarations policières à l’effet contraire, d’obtempérer à la demande de faire une déclaration immédiatement après une entrée policière dans son domicile du genre de celle qui a eu lieu en l’espèce.

(ii) La race

[55] Dans l’arrêt *Le*, la Cour a souligné que l’analyse objective de l’arrêt *Grant* doit être appliquée d’une

accounts for the distinct experiences and particular knowledge of racialized communities in Canada:

In *Grant*, this Court recognized how the legal standard on which a detention is measured is based on a reasonable person in like circumstances and that this norm needs to account for diverse realities. By expressly including the race of the accused as a potentially relevant consideration, this Court acknowledged that, based on distinct experiences and particular knowledge, various groups of people may have their own history with law enforcement and that this experience and knowledge could bear on whether and when a detention has reasonably occurred. Thus, to truly engage in the “realistic appraisal of the entire interaction”, as required in *Grant* (at para. 32), courts must appreciate that individuals in some communities may have different experiences and relationships with police than others and such may impact upon their reasonable perceptions of whether and when they are being detained. [para. 73]

[56] The question that trial judges must answer is “how a reasonable person of a similar racial background would perceive the interaction with the police” (*Le*, at para. 75). To answer this question, courts must take into consideration “the larger, historic and social context of race relations between the police and the various racial groups and individuals in our society” (para. 75). The reasonable person in an accused’s shoes is presumed to be aware of this (para. 75). Moreover, this consideration is to be undertaken with sensitivity and prudence. Even in the absence of testimony on the point, trial judges assessing whether a racialized person was detained must be alive to the potential significance of this consideration (paras. 98 and 106; *R. v. Theriault*, 2021 ONCA 517, 157 O.R. (3d) 241, at para. 143).

[57] As recognized by the trial judge, Mr. Lafrance is Indigenous. As such, he is a member of a population that continues to be disproportionately subjected to police encounters and overrepresented in the criminal justice system (*R. v. Gladue*, [1999] 1 S.C.R. 688, at paras. 58-65; *R. v. Ipeelee*, 2012 SCC 13, [2012] 1

manière qui rend compte des expériences distinctes et des connaissances particulières des collectivités racisées au Canada :

Dans l’arrêt *Grant*, notre Cour a reconnu à quel point le critère juridique au regard duquel la détention doit être appréciée repose sur la perspective d’une personne raisonnable placée dans la même situation, et a affirmé que cette norme doit tenir compte de la diversité. En incluant expressément la race de l’accusé parmi les considérations possiblement pertinentes, notre Cour a reconnu que l’interaction qu’ont eue dans le passé divers groupes de personnes avec les forces de l’ordre pourrait, selon les connaissances particulières et l’expérience vécue, entrer en ligne de compte lorsqu’il s’agit de déterminer raisonnablement si et quand il y a eu mise en détention. En conséquence, pour pouvoir procéder réellement à « une évaluation réaliste de la totalité du contact », comme l’exige l’arrêt *Grant* (au par. 32), les tribunaux doivent tenir compte du fait que les membres de certaines collectivités peuvent vivre des expériences particulières et avoir des rapports différents avec la police, qui influenceront sur leur perception raisonnable quant à savoir si et quand ils font l’objet d’une détention. [par. 73]

[56] La question à laquelle doit répondre le juge qui préside un procès est de savoir « comment une personne raisonnable ayant vécu une expérience similaire liée à la race percevrait l’interaction avec les policiers » (*Le*, par. 75). Pour répondre à cette question, les tribunaux doivent prendre en considération le « contexte historique et social plus large des relations interraciales entre la police et les divers groupes raciaux et les divers individus dans notre société » (par. 75). La personne raisonnable mise à la place de l’accusé est présumée connaître ce contexte racial (par. 75). De plus, cette prise en considération doit être effectuée avec sensibilité et prudence. Même en l’absence de témoignage sur ce point, les juges appelés à décider si une personne racisée a été détenue doivent être conscients de l’importance que pourrait revêtir ce facteur (par. 98 et 106; *R. c. Theriault*, 2021 ONCA 517, 157 O.R. (3d) 241, par. 143).

[57] Comme l’a reconnu le juge du procès, M. Lafrance est autochtone. À ce titre, il est membre d’une population qui continue de faire disproportionnellement l’objet d’interactions avec les policiers et d’être surreprésentée dans le système de justice criminelle (*R. c. Gladue*, [1999] 1 R.C.S. 688, par. 58-65;

S.C.R. 433, at paras. 57-60; *Le*, at paras. 90-97 and 108). The assessment of whether an Indigenous person was detained must be mindful of “[g]enerations of systematic racism, discriminatory policies and practices directed at Indigenous people” and of the role of police in implementing these policies and practices (Statistics Canada, *Perceptions of and experiences with police and the justice system among the Black and Indigenous populations in Canada* (February 2022), at p. 12). This has fostered mistrust, confirmed by the finding of a February 2022 study that “[a] higher proportion of Indigenous people under 40 felt police were doing poorly at enforcing the laws, promptly responding to calls, ensuring the safety of citizens, and treating people fairly compared to the similarly aged non-Indigenous, non-visible minority population” (p. 11). This finding applied equally to older Indigenous people (p. 11).

[58] This consideration will often weigh in favour of finding a detention, but not invariably. A court cannot simply assume that all Indigenous people’s experiences with the police are *Charter* non-compliant or otherwise oppressive. And not all Indigenous people will be vulnerable, at all or in the same way, when interacting with police (K. G. Watkins, “The Vulnerability of Aboriginal Suspects When Questioned by Police: Mitigating Risk and Maximizing the Reliability of Statement Evidence” (2016), 63 *Crim. L.Q.* 474, at p. 479). The point is not that *Grant* or *Le* leave no room for nuance in evaluating interactions between Indigenous people and the police; it is, rather, that trial judges must be alive to (1) “the relational aspect” between the police and Indigenous persons (*Le*, at para. 81), characterized as it has been by an overwhelming power imbalance and history of discrimination; and (2) the resulting possibility that their interactions would reasonably be perceived by Indigenous persons as depriving them of choice to cooperate.

R. c. Ipeelee, 2012 CSC 13, [2012] 1 R.C.S. 433, par. 57-60; *Le*, par. 90-97 et 108). L’examen de la question de savoir si une personne autochtone a été détenue doit être empreint de sensibilité quant « au racisme systémique, aux politiques et pratiques discriminatoires auxquelles des générations d’Autochtones ont été assujetties », ainsi qu’au rôle des policiers dans l’application de ces politiques et pratiques (Statistique Canada, *Perceptions et expériences relatives à la police et au système de justice au sein des populations noire et autochtone au Canada* (février 2022), p. 14). Tout cela n’a fait que nourrir la méfiance, comme le confirme une étude de février 2022 selon laquelle « [u]ne proportion plus élevée d’Autochtones de moins de 40 ans étaient d’avis que les services de police faisaient du mauvais travail pour ce qui est de faire respecter la loi, de répondre rapidement aux appels, d’assurer la sécurité des citoyens et de traiter les personnes équitablement, comparativement aux non-Autochtones de moins de 40 ans n’appartenant pas à une minorité visible » (p. 12). Cette conclusion s’applique également aux Autochtones plus âgés (p. 12).

[58] Ce facteur militera souvent en faveur d’une conclusion qu’il y a eu détention, mais pas dans tous les cas. Le tribunal ne peut pas simplement présumer que toutes les expériences des Autochtones avec les policiers ne respectent pas la *Charte* ou sont autrement abusives. De plus, toutes les personnes autochtones ne seront pas vulnérables, du tout ou de la même manière, lorsqu’elles interagissent avec les policiers (K. G. Watkins, « The Vulnerability of Aboriginal Suspects When Questioned by Police : Mitigating Risk and Maximizing the Reliability of Statement Evidence » (2016), 63 *Crim. L.Q.* 474, p. 479). Cela ne signifie pas que les arrêts *Grant* ou *Le* ne laissent aucune place à la nuance dans l’évaluation des interactions entre les Autochtones et la police, mais plutôt que le juge qui préside un procès doit être conscient (1) des « rapports » entre les policiers et les Autochtones (*Le*, par. 81), rapports caractérisés par un considérable déséquilibre des pouvoirs et par un historique de discrimination, et (2) de la possibilité qui en résulte que leurs interactions soient raisonnablement perçues par les Autochtones comme les privant de leur choix de coopérer ou non.

[59] Taking the foregoing and the record of this case into account, it would appear that Mr. Lafrance’s Indigenous background played no significant role in shaping his perception of his obligation to cooperate with the police on March 19. But, to be clear, that is not the question. Again, the inquiry is *objective*, not grounded in his subjective impressions. The question, then, is whether the reasonable person in Mr. Lafrance’s position would understand his or her options as limited to cooperating by reason of an Indigenous background. On this slender record, and absent any evidence to the contrary regarding Mr. Lafrance’s circumstances, his Indigenous background is a factor that weighs somewhat in favour of detention, albeit not heavily. This accounts for what I have already described as the overrepresentation of Indigenous peoples in the criminal justice system, and the “relational aspect” of the interaction between Indigenous people and police that must always be borne in mind.

(iii) Level of Sophistication

[60] The trial judge held that Mr. Lafrance was a “not unsophisticated” individual with minimal exposure to the police (paras. 79 and 81). He characterized Mr. Lafrance, a high school graduate who had studied power engineering, as intelligent. I see no palpable and overriding error in these findings.

[61] My point of respectful departure from the trial judge is in applying these findings to decide how a reasonable person in Mr. Lafrance’s position would perceive his options in his interactions with the police. “Sophistication”, without elaboration, may be an unhelpful ascription; here, the trial judge noted only that “[a]t best, the accused was naïve in deciding his participation would counter police suspicion” (para. 81), which tends to undermine, not explain, the ascription. “Intelligence”, while more precise, does not necessarily connote an understanding of legal rights, including the right to refuse to cooperate with the police. Mr. Lafrance, for example, had never before found himself in circumstances requiring him

[59] Compte tenu de ce qui précède et du dossier en l’espèce, il semblerait que les origines autochtones de M. Lafrance n’aient pas joué un rôle important dans sa perception de son obligation de coopérer avec les policiers le 19 mars. Cependant, je tiens à préciser que cela n’est pas la question. Encore une fois, l’analyse est *objective* et ne repose pas sur ses impressions subjectives. La question est donc de savoir si une personne raisonnable mise à la place de M. Lafrance comprendrait que sa seule option est de coopérer en raison de ses origines autochtones. Vu le présent dossier peu étoffé, et en l’absence de toute preuve contraire concernant la situation de M. Lafrance, ses origines autochtones constituent un facteur qui milite quelque peu en faveur de l’existence d’une détention, mais pas fortement. Cela tient compte de ce que j’ai auparavant décrit comme la surreprésentation des populations autochtones dans le système de justice criminelle et dans les « rapports » entre les Autochtones et les policiers, qu’il faut toujours garder à l’esprit.

(iii) Le degré de discernement

[60] Le juge du procès a conclu que M. Lafrance était une personne [TRADUCTION] « non dépourvue de discernement » qui avait très peu eu affaire à la police (par. 79 et 81). Il a qualifié M. Lafrance, un diplômé du secondaire ayant étudié en génie en matière d’énergie, de personne intelligente. Je ne vois aucune erreur manifeste et déterminante dans ces conclusions.

[61] Là où je suis, en tout respect, en désaccord avec le juge du procès, c’est dans l’application de ces conclusions pour décider comment une personne raisonnable mise à la place de M. Lafrance percevrait ses options dans ses interactions avec la police. Le « discernement », sans davantage de précisions, peut être une attribution inutile; en l’espèce, le juge du procès a seulement fait remarquer que, [TRADUCTION] « [a]u mieux, l’accusé était naïf de penser que sa participation dissiperait les soupçons des policiers » (par. 81), ce qui tend à miner, et non à expliquer, une telle attribution. L’« intelligence », bien qu’elle soit plus précise, n’évoque pas nécessairement une compréhension des droits, y compris le droit de refuser

to know his rights (which, if anything, suggests a *lack* of sophistication in a crucial respect here).

[62] All told, the trial judge’s finding of Mr. Lafrance’s sophistication (or, more accurately, lack of *unsophistication*) does not undermine the case for finding a detention. Rather, his lack of experience with the police and unfamiliarity with his *Charter* rights bolsters it.

(4) Conclusion Regarding the Encounter of March 19, 2015

[63] All three *Grant* factors — the circumstances giving rise to the encounter, the nature of the police conduct, and the particular characteristics or circumstances of the individual — weigh decisively here, on the facts of this case, in favour of finding that Mr. Lafrance was first detained when he, a young Indigenous man with minimal police exposure, was awoken in the early morning by the police inside his home, and commanded to get dressed and leave. He continued to be detained throughout the encounter, including outside the home, in the police van and in the interview room of the police station, all of which involved the near-continuous supervision and presence of the police, until the conclusion of his interview on March 19, and I so find.

[64] It follows that police were required to inform Mr. Lafrance of his s. 10(b) right to counsel and to afford him the opportunity of exercising it, and breached that right by failing to do so. My colleagues say that this conclusion means that the combination of an accused young person and the execution of a search warrant will always result in a finding of detention (para. 160). But that is not so; it is only where the police execute a warrant in a way that leads the reasonable person in the accused’s shoes to believe that, in the entirety of the circumstances, he or she is not free to leave, that a detention would

de coopérer avec les policiers. Monsieur Lafrance, par exemple, ne s’était jamais auparavant trouvé dans une situation qui l’obligeait à connaître ses droits (ce qui suggère plutôt un *manque* de discernement sur un aspect crucial en l’espèce).

[62] En dernière analyse, la conclusion du juge du procès quant au discernement de M. Lafrance (ou, plus exactement, quant à son *absence* de discernement) ne mine pas les arguments à l’appui de la conclusion qu’il y a eu détention. Au contraire, son manque d’expérience avec les policiers et sa méconnaissance des droits qui lui sont garantis par la *Charte* étayent ces arguments.

(4) Conclusion sur le contact du 19 mars 2015

[63] Les trois facteurs établis dans l’arrêt *Grant* — les circonstances à l’origine du contact avec les policiers, la nature de la conduite des policiers ainsi que les caractéristiques ou la situation particulières de la personne — pèsent ici de manière décisive, à la lumière des faits de la présente affaire, et militent en faveur de la conclusion que M. Lafrance a d’abord été détenu quand celui-ci, un jeune homme autochtone ayant peu eu affaire aux policiers, s’est fait réveiller au petit matin par des policiers dans sa maison et s’est vu ordonner de s’habiller et de quitter sa maison. La détention a continué tout au long de l’interaction, y compris à l’extérieur de la maison, dans le fourgon de police et dans la salle d’interrogatoire du poste de police, où il était presque toujours supervisé par les policiers et en présence de ceux-ci, jusqu’à la fin de son entretien le 19 mars, et telle est ma conclusion.

[64] Il s’ensuit que les policiers étaient tenus d’informer M. Lafrance de son droit à l’assistance d’un avocat garanti par l’al. 10b) et de lui donner la possibilité de l’exercer, et qu’ils ont violé ce droit en omettant de le faire. Mes collègues affirment que cette conclusion fait en sorte que la combinaison d’un jeune accusé et de l’exécution d’un mandat de perquisition entraînera toujours une conclusion de détention (par. 160). Cependant, il n’en est pas ainsi; c’est uniquement lorsque les policiers exécutent un mandat d’une manière qui amène une personne raisonnable mise à la place de l’accusé à croire que,

arise. Such was the case here: given the overwhelming force in which a team of police officers arrived at Mr. Lafrance's home, ordered him to get dressed and leave his home, and monitored his every movement, the officers should have recognized that a reasonable person in Mr. Lafrance's shoes would feel obliged to comply with their demands and would conclude that he or she was not free to go. In such situations, the police should have informed him of his rights under s. 10(b) of the *Charter*. I will turn to the consequences of this breach below, after considering his encounter with police on April 7.

B. *April 7, 2015*

[65] Mr. Lafrance says that he could not properly exercise his right to counsel under s. 10(b) on April 7, after he was arrested. Sgt. Eros, he says, should have allowed him to speak with his father so he could obtain his own lawyer and receive further legal advice.

[66] Citing *Sinclair*, the trial judge concluded that the *Charter* did not compel Sgt. Eros to accede to Mr. Lafrance's request for a further consultation. The majority of the Court of Appeal, however, viewed Mr. Lafrance's request to speak with his father as falling within what *Sinclair* described as a "change in circumstances" suggesting a significant alteration of the choice to be made by the accused. Mr. Lafrance's request, said the majority, "show[ed] that [he] may not have understood the initial s. 10(b) advice he received from legal aid counsel [. . .], that he needed the opportunity to pose further questions of counsel and have those questions answered, and that the initial advice he received, viewed contextually, was no longer sufficient" (para. 53). Alternatively, the majority would have held that Mr. Lafrance's case would "fall within an open category, one not expressly defined in *Sinclair*" (paras. 53 and 64).

dans l'ensemble des circonstances, elle n'est pas libre de partir, qu'il y aura détention. Tel était le cas en l'espèce : compte tenu du vaste déploiement de force avec lequel une équipe de policiers est arrivée au domicile de M. Lafrance, lui a donné l'ordre de s'habiller et de quitter sa maison et a surveillé chacun de ses mouvements, les policiers auraient dû reconnaître qu'une personne raisonnable mise à la place de M. Lafrance se serait sentie obligée d'obtempérer à leurs sommations et aurait conclu qu'elle n'était pas libre de partir. Dans de telles circonstances, les policiers auraient dû l'informer de ses droits garantis par l'al. 10b) de la *Charte*. Je me penche sur les conséquences de cette violation plus loin, après avoir examiné son contact du 7 avril avec les policiers.

B. *Le 7 avril 2015*

[65] Monsieur Lafrance affirme qu'il n'a pas pu exercer adéquatement son droit à l'assistance d'un avocat garanti par l'al. 10b) le 7 avril, après avoir été arrêté. Selon lui, le sergent Eros aurait dû lui permettre de parler à son père afin qu'il puisse engager son propre avocat et recevoir des conseils juridiques supplémentaires.

[66] Citant l'arrêt *Sinclair*, le juge du procès a conclu que la *Charte* n'obligeait pas le sergent Eros à faire droit à la demande de M. Lafrance visant une autre consultation. Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont toutefois estimé que la demande de M. Lafrance de parler à son père appartenait à ce que l'arrêt *Sinclair* a décrit comme un « changement de circonstances » tendant à indiquer que le choix qui s'offre à l'accusé a considérablement changé. Selon les juges majoritaires, la demande de M. Lafrance [TRADUCTION] « illustr[ait] qu'il n'avait peut-être pas compris les conseils de l'avocat de l'aide juridique qu'il avait initialement reçus au sujet de son droit garanti à l'al. 10b) [. . .], qu'il fallait qu'il ait une autre occasion de poser des questions à un avocat et qu'il obtienne des réponses à ces questions, et que les conseils reçus au départ, compte tenu du contexte, ne suffisaient plus » (par. 53). Subsidiairement, les juges majoritaires auraient conclu que le cas de M. Lafrance [TRADUCTION] « appartenait à une catégorie ouverte, qui n'est pas expressément définie dans l'arrêt *Sinclair* » (par. 53 et 64).

[67] For the reasons that follow, I am closer to the Court of Appeal’s view of the matter. As I will explain, this matter falls within the “change in circumstances” category described in *Sinclair*. Given this conclusion, I need not address the Court of Appeal’s alternative position that this case falls within an open-ended *Sinclair* category.

(1) The Purpose of Section 10(b) and the *Sinclair* Framework

[68] In *Sinclair*, the accused was arrested for second-degree murder, advised of his right to counsel and allowed two three-minute conversations with a lawyer of his choice. He was then interviewed for five hours, during which time his repeated requests to have his lawyer present or to speak with him again were refused. Eventually, he confessed after the interviewing officer made him believe that police had found incriminating evidence confirming his involvement. The accused sought to have his confession excluded, alleging a breach of s. 10(b).

[69] This Court ruled his confession admissible. Section 10(b) does not confer the right to have a lawyer present during a police investigation. And, a single consultation with a lawyer is constitutionally sufficient, absent a change in circumstances or new developments that suggest that the choice faced by the accused has been “significantly altered, requiring further advice on the new situation, in order to fulfill the purpose of s. 10(b) of providing the accused with legal advice relevant to the choice of whether to cooperate with the police investigation or not” (*Sinclair*, at para. 65). Such a change in circumstances or new development is not demonstrated, the Court added, where police engage in “the common . . . tactic of gradually revealing (actual or fake) evidence to the detainee in order to demonstrate or exaggerate the strength of the case against [them]” (para. 60).

[70] This followed, said the Court, from the purpose of s. 10(b), being “to provide a detainee with an

[67] Pour les motifs qui suivent, mon opinion est plus près de celle de la Cour d’appel à cet égard. Comme je l’expliquerai, cette question appartient à la catégorie de « changement de circonstances » décrite dans l’arrêt *Sinclair*. Compte tenu de cette conclusion, il n’est pas nécessaire que j’examine la thèse subsidiaire de la Cour d’appel selon laquelle l’affaire relève d’une catégorie non-limitative de l’arrêt *Sinclair*.

(1) L’objet de l’al. 10b) et le cadre d’analyse de l’arrêt *Sinclair*

[68] Dans l’arrêt *Sinclair*, l’accusé a été arrêté pour meurtre au deuxième degré, a été avisé de son droit à l’assistance d’un avocat et a été autorisé à avoir deux conversations de trois minutes avec un avocat de son choix. Il a ensuite été questionné pendant cinq heures, période au cours de laquelle ses demandes répétées visant la présence de son avocat ou une nouvelle consultation avec celui-ci ont été refusées. Finalement, il a fait un aveu, après que le policier qui l’a questionné lui a fait croire que la police avait trouvé des éléments de preuve incriminants confirmant son implication. L’accusé a demandé que son aveu soit exclu, invoquant la violation de l’al. 10b).

[69] La Cour a conclu que l’aveu était admissible. L’alinéa 10b) ne confère pas le droit à la présence d’un avocat pendant une enquête policière. De plus, une seule consultation avec un avocat est suffisante sur le plan constitutionnel, en l’absence de faits nouveaux ou d’un changement de circonstances tendant à indiquer que le choix auquel l’accusé faisait face « a considérablement changé, de sorte qu’il a besoin d’autres conseils sur la nouvelle situation pour que soit réalisé l’objet de l’al. 10b) de fournir à l’accusé des conseils juridiques lui permettant de décider de coopérer ou non à l’enquête policière » (*Sinclair*, par. 65). La Cour a ajouté qu’il n’y a pas changement de circonstances ni de faits nouveaux lorsque les policiers emploient « la tactique, souvent utilisée [. . .] de révéler petit à petit des éléments de preuve (réels ou faux) au détenu pour démontrer ou exagérer la solidité de la preuve contre lui » (par. 60).

[70] La Cour a affirmé que cela découle de l’objet de l’al. 10b), qui est de « fournir au détenu l’occasion

opportunity to obtain legal advice relevant to his legal situation” (*Sinclair*, at para. 24) or, more particularly, “to allow the detainee not only to be informed of his rights and obligations under the law but, equally if not more important, to obtain advice as to how to exercise those rights” (para. 26, citing *Manninen*, at pp. 1242-43). In the context of a custodial interrogation, the Court added that s. 10(b) seeks “to support the detainee’s right to choose whether to cooperate with the police investigation or not, by giving him access to legal advice on the situation [they are] facing” (para. 32).

[71] So understood, s. 10(b) reminds police of the constitutional limits to their interrogation of detainees. As this Court also recognized in *Clarkson v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 383, at pp. 394-95, underlying s. 10(b) is a concern to mitigate the unfairness that prevails where *the police* understand the accused’s right to choose whether to speak to them, but *the accused* may lack that understanding. Key to realizing s. 10(b)’s promise to detainees of fair treatment is furnishing access to legal advice, since that advice is meant to level the playing field by ensuring, first of all, that detainees *do* understand their rights, “chief among which is [the] right to silence” (*R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151, at p. 176); and, secondly, that they understand how to exercise those rights (*Sinclair*, at para. 29). This includes knowing of “the benefits and drawbacks of cooperating with the police investigation, as well as strategies to resist cooperation should that be the detainee’s choice” (C.A. reasons, at para. 48).

[72] Properly understood and applied, *Sinclair* gives effect to s. 10(b) and achieves its purpose. It identifies within s. 10(b) an informational component (requiring police to advise detainees of their right to counsel), and an implementational component (requiring police to allow detainees to exercise their right to consult counsel), which implicitly includes “a duty on the police to hold off questioning until the detainee has had a reasonable opportunity to consult counsel” (para. 27). And, as just noted, *Sinclair* also recognized that the implementational component of s. 10(b) imposes upon police a further obligation: to provide a detainee with a reasonable opportunity to

d’obtenir des conseils juridiques propres à sa situation juridique » (*Sinclair*, par. 24) ou, plus particulièrement, de « permettre à la personne détenue non seulement d’être informée de ses droits et de ses obligations en vertu de la loi, mais également, voire qui plus est, d’obtenir des conseils sur la façon d’exercer ces droits » (par. 26, citant *Manninen*, p. 1242-1243). Dans le contexte d’un interrogatoire sous garde, la Cour a ajouté que l’al. 10b) vise « à étayer le droit du détenu de choisir de coopérer ou non à l’enquête policière, en lui donnant accès à des conseils juridiques sur sa situation » (par. 32).

[71] Interprété ainsi, l’al. 10b) rappelle aux policiers les limites constitutionnelles des interrogatoires des détenus. Comme l’a également reconnu la Cour dans l’arrêt *Clarkson c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 383, p. 394-395, ce qui sous-tend l’al. 10b) c’est le souci d’atténuer l’iniquité qui existe lorsque *les policiers* comprennent le droit de l’accusé de choisir s’il veut leur parler, mais que *l’accusé* ne le comprend peut-être pas. L’élément clé pour que se réalise la garantie de traitement équitable des détenus prévue à l’al. 10b) est de leur donner accès aux conseils juridiques, car ces conseils visent à équilibrer les forces en veillant, d’abord et avant tout, à ce que les détenus *comprennent* leurs droits, « dont le principal est le droit de garder le silence » (*R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151, p. 176); et, ensuite, à ce qu’ils comprennent comment exercer ces droits (*Sinclair*, par. 29). Cela inclut la connaissance [TRADUCTION] « des avantages et des désavantages de coopérer à l’enquête policière, ainsi que les stratégies pour résister à la coopération si tel est le choix du détenu » (motifs de la C.A., par. 48).

[72] Lorsqu’il est adéquatement interprété et appliqué, l’arrêt *Sinclair* donne effet à l’al. 10b) et réalise son objectif. Il identifie dans l’al. 10b) un volet informationnel (exigeant que les policiers avisent les détenus de leur droit à l’assistance d’un avocat) et un volet mise en application (exigeant que les policiers permettent aux détenus d’exercer leur droit de consulter un avocat), qui comporte implicitement « l’obligation pour la police de suspendre les questions jusqu’à ce que le détenu ait eu une possibilité raisonnable de consulter un avocat » (par. 27). De plus, comme je viens de le mentionner, l’arrêt *Sinclair* reconnaît également que le volet mise en application

consult counsel *again* if a change in circumstances or a new development makes this necessary to fulfill s. 10(b)'s purpose (para. 53). Three non-exhaustive categories of exceptional circumstances triggering this duty were identified (paras. 49-52): (1) the police invite the accused to take part in non-routine procedures that counsel would not consider at the time of the initial consultation; (2) there is a change in jeopardy that could affect the adequacy of the advice received during the initial consultation; and (3) there is reason to question the detainee's understanding of his rights. It is that third category which the Court of Appeal thought applicable here. I agree.

[73] In *Sinclair*, this category was “broadly” stated as covering, *inter alia*, “circumstances indicating that the detainee may not have understood the initial s. 10(b) advice of his right to counsel”, which “impose on the police a duty to give him a further opportunity to talk to a lawyer” (para. 52). This raises the question of how such circumstances are to be identified — that is, what it means for a detainee to not understand “the initial s. 10(b) advice” such that a second legal consultation is necessary. I note, parenthetically, that the third category also covers a different type of potential s. 10(b) breach, i.e., where “the police undermine the legal advice that the detainee has received [in a way that] may have the effect of distorting or nullifying it” (para. 52; see *R. v. Dussault*, 2022 SCC 16, [2022] 1 S.C.R. 306, at para. 35). The Court's recent judgment in *Dussault* comprehensively reviews the kind of police conduct that could be said to “undermine” the legal advice that a detainee receives (paras. 36-45).

[74] The caselaw reveals two general approaches to assessing detainees' understanding of s. 10(b) advice. The first — narrower, relative to the second — tends to focus on the fact of the earlier consultation or, where applicable, on a detainee's assertion of his or her right

de l'al. 10b) impose à la police une autre obligation : celle de donner au détenu une possibilité raisonnable de consulter *de nouveau* un avocat si, par suite d'un changement de circonstances ou de faits nouveaux, cette mesure est nécessaire pour que soit réalisé l'objet de l'al. 10b) (par. 53). Trois catégories non exhaustives de circonstances exceptionnelles donnant naissance à cette obligation ont été relevées (par. 49-52) : (1) les policiers invitent l'accusé à participer à des mesures peu habituelles que l'avocat n'envisagerait pas au moment de la consultation initiale; (2) il survient un changement du risque qui pourrait faire en sorte que les conseils obtenus durant la consultation initiale ne sont plus adéquats; et (3) il y a des raisons de se demander si le détenu comprend ses droits. C'est la troisième catégorie que la Cour d'appel a jugé applicable ici. Je suis du même avis.

[73] Dans l'arrêt *Sinclair*, cette catégorie a été définie « en termes généraux » et englobe, entre autres, « les circonstances indi[quant] que le détenu n'a peut-être pas compris les conseils reçus initialement en vertu de l'al. 10b) au sujet de son droit à l'assistance d'un avocat », de sorte que « la police a l'obligation de lui accorder de nouveau la possibilité de parler à un avocat » (par. 52). Cela soulève la question de savoir comment de telles circonstances doivent être identifiées — c'est-à-dire, ce que cela signifie pour un détenu de ne pas comprendre « les conseils reçus initialement en vertu de l'al. 10b) » de manière à ce qu'une deuxième consultation juridique soit nécessaire. Je relève, incidemment, que la troisième catégorie couvre aussi un différent type de violation potentielle de l'al. 10b), c.-à-d. lorsque « la police dénigre les conseils juridiques reçus par le détenu [d'une façon qui a] pour effet de les dénaturer ou de les réduire à néant » (par. 52; voir *R. c. Dussault*, 2022 CSC 16, [2022] 1 R.C.S. 306, par. 35). Le jugement récent de la Cour dans l'arrêt *Dussault* examine en détail le type de conduite des policiers dont on pourrait dire qu'elle « mine » les conseils juridiques qu'un détenu a reçus (par. 36-45).

[74] La jurisprudence révèle deux approches générales pour évaluer si les détenus comprennent les conseils reçus au titre de l'al. 10b). La première approche — plus étroite que la seconde — tend à se concentrer sur l'existence de la première consultation

to silence (see, e.g., *R. v. Pagé*, 2018 QCCS 5553, at paras. 20-21 (CanLII); *R. v. Smith*, 2015 ABQB 624, at paras. 66-68 (CanLII); *R. v. Ejigu*, 2012 BCSC 1673, at para. 58 (CanLII); and *R. v. Jongbloets*, 2017 BCSC 740, at paras. 109-10 and 113 (CanLII)). The second approach inquires into “the overall context”, or “the situation ‘on the ground’” (*R. v. A.R.M.*, 2011 ABCA 98, 599 A.R. 343, at paras. 25 and 40) that properly inform the reasonable perceptions of police of whether detainees understand their right to silence and how to exercise it (see, e.g., *R. v. Laquette*, 2021 MBQB 177, at para. 93 (CanLII): “Perhaps, in this case, the Applicant, because of her youth and inexperience in engaging with law enforcement, should have been afforded [a further consultation with legal counsel]” (emphasis added); *R. v. Hunt*, 2020 ONCJ 627, at para. 51 (CanLII): “In most cases, it can be inferred from the circumstances that the detainee understands what he or she has been told, but where there are circumstances where the detainee may not understand his or her [right to counsel], the police must take steps to facilitate that understanding [including giving consideration to the detainee’s understanding and capacity to understand]” (emphasis added); and *R. v. Fedoseev*, 2014 ABPC 192, 597 A.R. 1, at paras. 55-63).

[75] Bearing in mind that the third *Sinclair* category was “broadly” stated by this Court by reference to “circumstances” indicating that “the detainee may not have understood the initial s. 10(b) advice”, two points merit emphasizing (*Sinclair*, at para. 52). First, the inquiry is into *circumstances*, stated *broadly*. This connotes an examination not merely of whether the detainee consulted legal counsel, but of the entire context in which the police-detainee interaction occurred (as in *A.R.M.*), including the circumstances of the detainee (as in *Laquette* and *Hunt*). Secondly, and therefore, an inquiry strictly into whether a detainee understood that he or she could remain silent is not sufficient. The issue, after all, is not merely whether the detainee was *advised*; the third category presumes that to have occurred. Section 10(b) requires much more than that (a point repeatedly stressed in *Sinclair*: see paras. 2, 24-26, 28-29, 32, 47-48, 53, 57 and 65). Rather, it is that the detainee *may not have understood*

ou, le cas échéant, sur la revendication par le détenu de son droit de garder le silence (voir, p. ex., *R. c. Pagé*, 2018 QCCS 5553, par. 20-21 (CanLII); *R. c. Smith*, 2015 ABQB 624, par. 66-68 (CanLII); *R. c. Ejigu*, 2012 BCSC 1673, par. 58 (CanLII); et *R. c. Jongbloets*, 2017 BCSC 740, par. 109-110 et 113 (CanLII)). La seconde approche s’attache au [TRADUCTION] « contexte dans son ensemble » ou à « la situation “sur le terrain” » (*R. c. A.R.M.*, 2011 ABCA 98, 599 A.R. 343, par. 25 et 40) qui éclaire adéquatement les perceptions raisonnables des policiers quant à savoir si les détenus comprennent leur droit de garder le silence et la manière de l’exercer (voir, p. ex., *R. c. Laquette*, 2021 MBQB 177, par. 93 (CanLII) : [TRADUCTION] « Peut-être qu’en l’espèce, la demanderesse, en raison de son jeune âge et de son inexpérience des rapports avec les policiers, aurait dû se voir accorder [une autre consultation avec un avocat] » (je souligne); *R. c. Hunt*, 2020 ONCJ 627, par. 51 (CanLII) : [TRADUCTION] « Dans la plupart des cas, on peut inférer des circonstances que le détenu comprend ce qu’on lui a dit, mais dans les situations où celui-ci n’a peut-être pas compris son [droit à l’assistance d’un avocat], les policiers doivent prendre des mesures visant à faciliter cette compréhension, [y compris la prise en considération de la compréhension du détenu et sa capacité à comprendre] » (je souligne); et *R. c. Fedoseev*, 2014 ABPC 192, 597 A.R. 1, par. 55-63).

[75] Étant conscient que la troisième catégorie de l’arrêt *Sinclair* a été énoncée « [e]n termes généraux » par la Cour, en référence à des « circonstances » indiquant que « le détenu n’a peut-être pas compris les conseils reçus initialement en vertu de l’al. 10b) », deux points méritent d’être soulignés (*Sinclair*, par. 52). Premièrement, l’analyse porte sur les *circonstances*, énoncées *en termes généraux*. Cela évoque un examen non seulement de la question de savoir si la personne détenue a consulté un avocat, mais également de l’ensemble du contexte dans lequel l’interaction entre les policiers et le détenu a eu lieu (comme dans l’affaire *A.R.M.*), y compris la situation de la personne détenue (comme dans les affaires *Laquette* et *Hunt*). Deuxièmement, et en conséquence, un examen s’attachant strictement à la question de savoir si le détenu a compris qu’il pouvait garder le silence n’est pas suffisant. La question, après tout, ne consiste pas seulement à savoir si le détenu a été

the legal advice he or she received *including*, as the Court of Appeal correctly noted, whether and how to exercise the right to silence, which itself includes “the benefits and drawbacks of cooperating” and “strategies to resist cooperation” where that is the detainee’s choice.

[76] Such an approach is not only more faithful to *Sinclair*; it is also consistent with this Court’s direction in *Grant* that “[c]onstitutional guarantees such as ss. 9 and 10 should be interpreted in a ‘generous rather than . . . legalistic [way], aimed at fulfilling the purpose of the guarantee and securing for individuals the full benefit of the *Charter*’s protection” (para. 16, citing *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at p. 344). I have already stressed that s. 10(b)’s purpose is not achieved merely by allowing the detainee an opportunity to be advised of the right to silence, but also extends to advice regarding how to exercise that right in the face of police interrogation. And coupled with *Sinclair*’s concern for the circumstances of the detention, which I have explained include the circumstances of the detainee, it follows that the purposive and generous understanding of s. 10(b) mandated by *Grant* recognizes that the exercise by accused persons of that right depends on access to legal advice regarding “the [particular] situation [they are] facing”, conveyed *in a manner that they understand* (*Sinclair*, at para. 32 (emphasis added)).

[77] Absent that understanding, the work done by our jurisprudence (notably, in *Grant* and *Le*) on detention under s. 9 to account for and mitigate the power imbalance between the state and a detainee would be undone by an impoverished understanding of s. 10(b)’s protections, inconsistent with *Sinclair* itself and corrosive of the liberty of the subject. A purposive and generous understanding of s. 10(b) and, by extension, of the third *Sinclair* category,

informé; dans la troisième catégorie, on présume que c’est le cas. L’alinéa 10b) exige beaucoup plus que cela (un point exprimé à maintes reprises dans l’arrêt *Sinclair* : voir par. 2, 24-26, 28-29, 32, 47-48, 53, 57 et 65). Il faut plutôt se demander si le détenu *n’a peut-être pas compris* les conseils juridiques qu’il a reçus, *notamment*, comme l’a fait observer à juste titre la Cour d’appel, s’il devait exercer son droit de garder le silence et comment le faire, ce qui en soi inclut [TRADUCTION] « les avantages et les désavantages de coopérer » ainsi que « les stratégies pour résister à la coopération » lorsque tel est le choix du détenu.

[76] Une telle approche est non seulement plus fidèle à l’arrêt *Sinclair*, mais elle est également conforme à la directive de la Cour dans l’arrêt *Grant*, selon laquelle « [l]’interprétation de garanties constitutionnelles comme celles énoncées aux art. 9 et 10 “doit être libérale plutôt que formaliste” et doit “viser à réaliser l’objet de la garantie et à assurer que les citoyens bénéficient pleinement de la protection accordée par la *Charte*” » (par. 16, citant *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, p. 344). J’ai souligné précédemment que l’objet de l’al. 10b) n’est pas réalisé simplement par le fait de donner au détenu une occasion d’être informé de son droit de garder le silence, mais qu’il s’étend aussi aux conseils sur la façon d’exercer ce droit lors d’un interrogatoire policier. Et cela conjugué à la préoccupation dans l’arrêt *Sinclair* quant aux circonstances de la détention qui, comme je l’ai préalablement expliqué, incluent la situation du détenu, il s’ensuit que l’interprétation téléologique et généreuse de l’al. 10b) exigée par l’arrêt *Grant* reconnaît que l’exercice de ce droit par la personne accusée est tributaire de l’accès à des conseils juridiques sur « sa situation [particulière] », transmis *d’une manière qu’elle comprend* (*Sinclair*, par. 32 (je souligne)).

[77] À défaut d’une telle interprétation, notre travail jurisprudentiel (notamment dans les arrêts *Grant* et *Le*) sur la détention au titre de l’art. 9 visant à prendre en compte le déséquilibre des pouvoirs entre l’État et les personnes détenues et à l’atténuer, serait annihilé par une interprétation appauvrie des protections offertes par l’al. 10b), ce qui serait incompatible avec l’arrêt *Sinclair* lui-même et aurait des effets corrosifs sur la liberté du sujet. Une interprétation téléologique et

also reflects that practical reality of police-citizen interactions of which I have already spoken, and which obtains *a fortiori* in circumstances of arrest or detention: the detainee is in a position of disadvantage relative to the state (V. A. MacDonnell, “*R v Sinclair: Balancing Individual Rights and Societal Interests Outside of Section 1 of the Charter*” (2012), 38 *Queen’s L.J.* 137, at p. 156). This disadvantage is no small matter, particularly given that the police may employ tactics such as lying during an interrogation. It is only by ensuring that detainees obtain legal advice that accounts for *the particular situation they face, conveyed in a manner they can understand*, that s. 10(b) can meaningfully redress the imbalance of power between the state (whose agents know the detainee’s rights) and the detainee (who may not).

[78] My colleagues say it is inaccurate to describe s. 10(b)’s purpose as being “to mitigate the imbalance between the individual and the state” (para. 168). With respect, this proposition is uncontroversial. Despite my colleagues’ view to the contrary, it follows from this Court’s statement in *R. v. Willier*, 2010 SCC 37, [2010] 2 S.C.R. 429, at para. 28, that “s. 10(b) provides detainees with an opportunity to contact counsel in circumstances where they are deprived of liberty and in the control of the state, and thus vulnerable to the exercise of its power and in a position of legal jeopardy”, and that “[t]he purpose of s. 10(b) is to provide detainees an opportunity to mitigate this legal disadvantage”. While my colleagues claim that *Sinclair*, at paras. 30-31, rejects this view, this is, again said respectfully, a misreading of *Sinclair*. At issue in those passages was *not* whether s. 10(b)’s purpose is to cure that power imbalance, but *how* it does so. The dissenters LeBel and Fish JJ. maintained that it does so *by conferring a continuing right to counsel* throughout the accused’s police interview (paras. 30 and 154). The majority, however, held that it does so by conferring a right to consult counsel “to obtain information and advice immediately upon detention” (para. 31) in order to fulfill “the purpose of s. 10(b) . . . to support the detainee’s right to choose whether to

généreuse de l’al. 10b) et, par extension, de la troisième catégorie de l’arrêt *Sinclair*, reflète également cette réalité pratique des interactions entre policiers et citoyens dont j’ai déjà parlé, et qui s’impose *a fortiori* en cas d’arrestation ou de détention : le détenu est désavantagé par rapport à l’État (V. A. MacDonnell, « *R v Sinclair : Balancing Individual Rights and Societal Interests Outside of Section 1 of the Charter* » (2012), 38 *Queen’s L.J.* 137, p. 156). Ce désavantage n’est pas mineur, particulièrement compte tenu du fait que les policiers peuvent recourir à des tactiques comme le mensonge lors d’un interrogatoire. Ce n’est qu’en veillant à ce que les personnes détenues obtiennent des conseils juridiques tenant compte de *leur situation particulière, transmis d’une manière qu’elles peuvent comprendre*, que l’al. 10b) peut véritablement corriger le déséquilibre des pouvoirs entre l’État (dont les représentants connaissent les droits du détenu) et le détenu (qui ne les connaît peut-être pas).

[78] Mes collègues disent qu’il est inexact de décrire l’objet de l’al. 10b) comme visant à « atténuer le déséquilibre entre la personne et l’État » (par. 168). Soit dit en tout respect, cette affirmation est non controversée. Malgré l’opinion de mes collègues à l’effet contraire, elle découle de la déclaration de la Cour dans l’arrêt *R. c. Willier*, 2010 CSC 37, [2010] 2 R.C.S. 429, par. 28, selon laquelle « l’al. 10b) donne aux détenus la possibilité de communiquer avec un avocat lorsqu’ils sont privés de leur liberté et sous le contrôle de l’État, et que, de ce fait, ils se trouvent à la merci de son pouvoir et courent un risque sur le plan juridique » et « [l]’objectif de l’al. 10b) est de donner aux détenus la possibilité d’atténuer ce désavantage juridique ». Bien que mes collègues affirment que l’arrêt *Sinclair*, par. 30-31, rejette cette opinion, il s’agit, soit dit en tout respect encore une fois, d’une mauvaise interprétation de l’arrêt *Sinclair*. Dans ces passages, la question *n’était pas* de savoir si l’objet de l’al. 10b) est de corriger ce déséquilibre des pouvoirs, mais *comment* il le fait. Les juges dissidents LeBel et Fish soutenaient qu’il le fait *en conférant un droit continu de consulter un avocat* tout au long de l’entretien policier de l’accusé (par. 30 et 154). Les juges majoritaires ont toutefois décidé qu’il le fait en conférant un droit de consulter un avocat « pour

cooperate with the police investigation or not, by giving [them] access to legal advice on the situation he is facing” (para. 32 (emphasis added)).

[79] The degree of imbalance between police and detainee will of course vary from case to case, depending on the particular circumstances of the detainees themselves. Specific characteristics of individual detainees (described as “vulnerabilities” in the context of police interrogation) can influence the course of custodial interviews. Investigating officers and reviewing courts must be alive to the possibility that these vulnerabilities, which may relate to gender, youth, age, race, mental health, language comprehension, cognitive capacity or other considerations, coupled with developments that may occur in the course of police interrogation, will have rendered a detainee’s initial legal advice inadequate, impairing his or her ability to make an informed choice about whether to cooperate with the police. In such situations, *Sinclair* requires that an accused is entitled to an additional consultation to even the playing field.

(2) The Need for a Second Consultation on April 7, 2015

[80] With the foregoing in mind, I turn now to consider whether the police breached Mr. Lafrance’s s. 10(b) right to counsel by refusing to allow him to seek a second consultation with a lawyer.

[81] The police fulfilled the informational component of s. 10(b). Having arrested Mr. Lafrance for murder, they told him of the reason for his arrest, and of his right to silence. Likewise, the police also, initially at least, satisfied the implementational component: upon arrival at the police station, Mr. Lafrance was taken to a telephone room and was able to speak with a lawyer from Legal Aid. Sgt. Eros deferred starting the interview until Mr. Lafrance confirmed that he

obtenir renseignements et conseils dès le début de la détention » (par. 31) afin de réaliser l’objet de « l’al. 10b) [qui] vise à étayer le droit du détenu de choisir de coopérer ou non à l’enquête policière, en lui donnant accès à des conseils juridiques sur sa situation » (par. 32 (je souligne)).

[79] Le degré de déséquilibre entre le pouvoir des policiers et celui des détenus variera évidemment d’une affaire à l’autre, en fonction de la situation particulière des détenus eux-mêmes. Les caractéristiques spécifiques des détenus (décrites comme des « vulnérabilités » dans le contexte de l’interrogatoire policier) peuvent influencer le cours d’un entretien sous garde. Les enquêteurs et les cours de révision doivent être conscients de la possibilité que ces vulnérabilités, qui peuvent avoir trait au genre, à la jeunesse, à l’âge, à la race, à la santé mentale, à la compréhension de la langue, à la capacité cognitive ou à tout autre facteur, combinées aux faits nouveaux pouvant survenir au cours d’un interrogatoire policier, puissent rendre inadéquats les conseils juridiques initialement reçus par le détenu, affaiblissant sa capacité de faire un choix éclairé quant à savoir s’il veut coopérer ou non avec la police. Dans de telles situations, l’arrêt *Sinclair* exige que l’accusé ait droit à une consultation additionnelle afin que les forces soient égales.

(2) La nécessité d’une seconde consultation le 7 avril 2015

[80] Gardant à l’esprit ce qui précède, j’examine maintenant la question de savoir si les policiers ont violé le droit à l’assistance d’un avocat que l’al. 10b) garantit à M. Lafrance en refusant de lui permettre une seconde consultation avec un avocat.

[81] Les policiers ont satisfait au volet informationnel de l’al. 10b). Après avoir arrêté M. Lafrance pour meurtre, ils l’ont informé du motif de son arrestation et de son droit de garder le silence. De même, les policiers ont aussi, du moins au départ, satisfait au volet mise en application : à l’arrivée au poste de police, M. Lafrance a été emmené dans une salle de téléphone et a été en mesure de parler à un avocat de l’aide juridique. Le sergent Eros a reporté

had received and understood the advice given to him by Legal Aid.

[82] The question therefore arises whether any of the exceptions in *Sinclair* applied to require the police to allow Mr. Lafrance another opportunity to consult with counsel. I do not agree with Mr. Lafrance that his circumstances would fit into *any* of the three *Sinclair* categories of exceptional circumstances that require an additional consultation. The first category — where police invite the accused to take part in non-routine procedures that counsel would not consider at the time of the initial consultation — does not apply, because the police here did not employ any new or unusual investigative techniques. Likewise, the second category — a change in jeopardy which could affect the adequacy of the advice received during the initial to the actual situation — is inapplicable because there was no change in jeopardy during the interview. Mr. Lafrance had been informed that he was accused of murder and that remained true at all times during the interview on April 7.

[83] The difficulty arises, however, from Mr. Lafrance’s request in the course of the police interview to speak with his father because that was his “only chance of getting a lawyer”. The Crown argues that there is no constitutional right to speak to a detainee’s father, but that is not a fair characterization of Mr. Lafrance’s request, which drew an explicit connection between talking to his father and talking to a lawyer:

Q. Alright so what happens Nigel?

A. Well —.

Q. What — what went on?

A. Well I would — ah I want to talk to my dad before I continue.

le début de l’entretien jusqu’à ce que M. Lafrance ait confirmé qu’il avait reçu et compris les conseils donnés par l’aide juridique.

[82] La question qui se pose est donc de savoir si l’une des exceptions de l’arrêt *Sinclair* s’appliquait de sorte que les policiers avaient l’obligation de permettre à M. Lafrance de consulter de nouveau un avocat. Je suis en désaccord avec M. Lafrance lorsqu’il affirme que sa situation appartiendrait à l’une *quelconque* des trois catégories de circonstances exceptionnelles de l’arrêt *Sinclair* requérant une consultation supplémentaire. La première catégorie — où les policiers invitent l’accusé à participer à des mesures peu habituelles que l’avocat n’envisageait pas au moment de la consultation initiale — ne s’applique pas, parce que les policiers en l’espèce n’ont pas employé de techniques d’enquête nouvelles ou inusitées. De même, la deuxième catégorie — un changement du risque qui pourrait faire en sorte que les conseils obtenus durant la consultation initiale ne sont plus adéquats — ne s’applique pas non plus, parce qu’il n’y a pas eu de changement du risque au cours de l’entretien. Monsieur Lafrance avait été informé qu’il était accusé de meurtre et cela est demeuré vrai tout au long de l’entretien du 7 avril.

[83] La difficulté découle toutefois de la demande de M. Lafrance, formulée au cours de l’entretien avec les policiers, selon laquelle il voulait parler à son père parce que c’était sa « seule chance d’engager un avocat ». La Couronne plaide qu’il n’existe pas de droit constitutionnel autorisant un détenu à parler à son père, mais il ne s’agit pas d’une description fidèle de la demande de M. Lafrance, dans laquelle celui-ci a établi un lien explicite entre le fait de parler à son père et celui de parler à un avocat :

[TRADUCTION]

Q. Alors, qu’est-ce qui se passe Nigel?

R. Eh bien —.

Q. Quoi — qu’est-il arrivé?

R. Eh bien, j’aimerais — euh je veux parler à mon père avant de continuer.

Q. Ok wh — why do you say that?

A. Cause well he's — well he's my only chance of getting a lawyer and I just — I don't know. [Emphasis added.]

(A.R., vol. V, at p. 137)

It is also inaccurate to describe Mr. Lafrance, as the Crown and trial judge do, as simply requesting that a lawyer be present with him during the interview. He clarified to Sgt. Eros that what he really sought was an opportunity to *get*, and *speak to*, a lawyer:

A. Well no they told me — they told me to get a lawyer before I continue talking.

Q. Ok what do you mean by told you to get a lawyer?

A. Like someone that can come down and sit with me.

Q. Ok.

A. Instead of just over the phone.

Q. There's a person that ah you know what — and the way that that kinda goes ah — I won't say it's, it's bad advice but it's maybe miss — a little bit miss as — miss ah — interrupted. Um there's not any time or any process during our interview —.

A. Um?

Q. Where we're gonna have a lawyer sitting in the room with us.

A. No, no I — I mean, no mean like so —.

Q. Ok.

A. Like for me to sit down with them personally.

Q. D'accord — et pourquoi dis-tu ça?

R. Parce que, bien il est — bien il est ma seule chance d'engager un avocat et je veux juste — je ne sais pas. [Je souligne.]

(d.a., vol. V, p. 137)

Il est également inexact de dire, à l'instar de la Couronne et du juge du procès, que M. Lafrance demandait simplement qu'un avocat soit présent avec lui pendant l'entretien. Il a précisé au sergent Eros que ce qu'il voulait réellement c'était la possibilité d'*engager* un avocat et de lui *parler* :

[TRADUCTION]

R. Eh bien non, ils m'ont dit — ils m'ont dit d'engager un avocat avant de continuer à parler.

Q. D'accord, que veux-tu dire par engager un avocat?

R. Comme quelqu'un qui peut venir ici et s'asseoir avec moi.

Q. D'accord.

R. Plutôt que seulement par téléphone.

Q. Il y a une personne qui, euh, tu sais quoi — et la façon dont ça se passe euh — je ne dirais pas que c'est, c'est un mauvais conseil, mais c'est peut-être mal — un peu, mal comme — mal euh — interrompu. Hum, il n'y a pas de temps ou de procédure pendant notre entretien —.

R. Hum?

Q. Où il y aura un avocat assis dans la salle avec nous.

R. Non, non je — je veux dire, je ne veux pas dire comme ça —.

Q. D'accord.

R. Que je m'assois avec lui personnellement.

Q. Ok.

A. To talk to. [Emphasis added.]

(A.R., vol. V, at p. 139)

[84] Sgt. Eros then questioned Mr. Lafrance about his conversation with Legal Aid. While Mr. Lafrance acknowledged that he was told that he did not have to say anything, there were also clear signs that either the legal advice he obtained was incorrect, or he did not understand how his s. 10(b) rights applied to his current circumstances. Mr. Lafrance explained to Sgt. Eros that the advice he obtained from Legal Aid was to “get a lawyer before [he] continue talking” and get “someone that can come down and sit with [him]” (A.R., vol. V, at p. 139) — indicating either that Mr. Lafrance had incorrectly interpreted the advice he received or, as Sgt. Eros hinted at, that he had received “bad advice”.

[85] This represents, to my mind, a critical moment in Mr. Lafrance’s encounter with the police. Faced with a detainee who was obviously ignorant as to his rights, Sgt. Eros had a choice: to press ahead with the interview, whether despite or because of that ignorance; or, to allow the subject an opportunity to clarify his rights and how to exercise them in his circumstances. Sgt. Eros chose the former course; the Constitution demanded the latter.

[86] There was ample reason here to question Mr. Lafrance’s understanding of his s. 10(b) right, bringing his circumstances within the third *Sinclair* category. While it is true that general confusion or a “nee[d for] help” is not a ground for further consultation with counsel (*Sinclair*, at para. 55), Mr. Lafrance was not, as my colleagues say, experiencing “mere confusion” or “discomfort” (paras. 182-83 (emphasis deleted)). To explain, and as my colleagues acknowledge, a “changed circumstance” can arise “[w]hen there is reason to question the detainee’s understanding of his s. 10(b) right” (para. 172). That is this case. His confusion was an “objective indicat[or] that renewed legal consultation was required to permit

Q. D’accord.

R. Pour lui parler. [Je souligne.]

(d.a., vol V, p. 139)

[84] Le sergent Eros a ensuite questionné M. Lafrance sur sa conversation avec l’avocat de l’aide juridique. Bien que M. Lafrance ait reconnu qu’on lui avait dit qu’il n’était pas obligé de dire quoi que ce soit, il y avait aussi des indices clairs que les conseils juridiques qu’il avait obtenus étaient inexacts, ou qu’il n’avait pas compris comment ses droits garantis par l’al. 10b) s’appliquaient à sa situation à ce moment. Monsieur Lafrance a expliqué au sergent Eros que les conseils qu’il avait reçus de l’aide juridique étaient « d’engager un avocat avant de continuer à parler » et d’avoir « quelqu’un qui peut venir [. . .] et s’asseoir avec [lui] » (d.a., vol. V, p. 139) — révélant que les conseils reçus par M. Lafrance avaient été mal interprétés ou, comme l’a laissé entendre le sergent Eros, qu’il avait reçu de « mauvais conseils ».

[85] Cela représente, à mon avis, un moment crucial du contact de M. Lafrance avec les policiers. Face à un détenu qui ne connaissait manifestement pas ses droits, le sergent Eros avait le choix : continuer à poser des questions, que ce soit en dépit ou à cause de cette méconnaissance; ou permettre au sujet d’avoir l’occasion de clarifier ses droits et la façon de les exercer dans sa situation. Le sergent Eros a choisi la première option; la Constitution commandait la seconde.

[86] Il y avait de nombreuses raisons, en l’espèce, de mettre en doute la compréhension de M. Lafrance quant à son droit garanti par l’al. 10b), ce qui fait en sorte que sa situation appartenait à la troisième catégorie énoncée dans l’arrêt *Sinclair*. Bien qu’il soit vrai qu’une confusion générale ou un « besoin d’aide » n’est pas un motif justifiant une nouvelle consultation avec un avocat (*Sinclair*, par. 55), M. Lafrance ne vivait pas, contrairement à ce que mes collègues affirment, l’expérience d’une « simple confusion » ou d’un « malaise » (par. 182-183 (italique omis)). En guise d’explication, et comme mes collègues le reconnaissent, un « changement de circonstances » peut naître lorsqu’il « existe des raisons de se demander si

him to make a meaningful choice as to whether to cooperate with the police investigation or refuse to do so” (*Sinclair*, at para. 55). And this is because the information to which he had a right under s. 10(b) had not been conveyed, either at all or in a manner he understood (para. 52).

[87] The concern that should reasonably have arisen in the mind of the investigating officer that Mr. Lafrance may not have understood his rights and how to exercise them is affirmed, if not heightened, when considered in light of Mr. Lafrance’s particular characteristics. It is entirely plausible that a 19-year-old with no previous experience of detention or custodial interviews might have difficulty understanding his or her rights, not ever having had to exercise them or even speak with a lawyer before. While the trial judge found him “not unsophisticated”, as I have already explained he was obviously *unsophisticated* in ways that matter here. Finally, and while, as I have explained, it is not clear that this was a present factor in this case, in view of Mr. Lafrance’s Indigenous heritage I note that investigating officers and reviewing courts should be alive to the pronounced power imbalance that arises from the unique, historical vulnerability of Indigenous people in their encounters with the criminal justice system (Watkins, at pp. 493-95). All these considerations — none of which are taken into consideration by my colleagues — further support the conclusion that Mr. Lafrance’s circumstances fall within the third *Sinclair* category.

(3) Conclusion on Breach of Section 10(b) on April 7, 2015

[88] The police breached Mr. Lafrance’s s. 10(b) right to counsel by refusing to provide another opportunity to consult with a lawyer despite there being reason to conclude that he had not understood his s. 10(b) advice, even after having spoken with Legal Aid. I now turn to the consequences that follow

le détenu comprend le droit que lui confère l’al. 10b) » (par. 172). C’est le cas en l’espèce. Sa confusion était un « élément objectif indiquant qu’une nouvelle consultation juridique était nécessaire pour lui permettre d’exercer un choix utile pour ce qui est de coopérer ou non à l’enquête policière » (*Sinclair*, par. 55). C’est le cas parce que l’information à laquelle il avait droit au titre de l’al. 10b) ne lui avait pas été communiquée du tout ou d’une manière qu’il comprenait (par. 52).

[87] Le doute qui aurait raisonnablement dû naître dans l’esprit de l’enquêteur concernant le fait que M. Lafrance n’avait peut-être pas compris ses droits et la manière de les exercer est confirmé, voire accentué, lorsqu’il est examiné à la lumière des caractéristiques particulières de M. Lafrance. Il est tout à fait plausible qu’une personne de 19 ans, n’ayant jamais été détenue ou fait l’objet d’un entretien sous garde, puisse avoir de la difficulté à comprendre ses droits, puisqu’elle ne les a jamais exercés ni même parlé à un avocat. Bien que le juge du procès ait estimé qu’il était « non dépourvu de discernement », comme je l’ai déjà expliqué, il était manifestement *dépourvu* de discernement d’une manière qui importe en l’espèce. Enfin, comme je l’ai expliqué et même s’il n’était pas clair qu’il s’agissait d’un facteur présent dans le cas qui nous occupe, compte tenu des origines autochtones de M. Lafrance, je note que les enquêteurs et les cours de révision devraient être sensibles au profond déséquilibre des pouvoirs qui découle de la vulnérabilité historique unique des Autochtones dans leurs contacts avec le système de justice criminelle (Watkins, p. 493-495). Tous ces facteurs — dont aucun n’est pris en considération par mes collègues — étayaient davantage la conclusion que la situation de M. Lafrance appartient à la troisième catégorie énoncée dans l’arrêt *Sinclair*.

(3) Conclusion sur la violation de l’al. 10b) le 7 avril 2015

[88] Les policiers ont violé le droit à l’assistance d’un avocat que l’al. 10b) garantit à M. Lafrance en refusant de lui permettre de consulter de nouveau un avocat en dépit du fait qu’il existait des raisons de conclure qu’il n’avait pas compris les conseils reçus au titre de l’al. 10b), même après avoir parlé avec

from this breach and from the March 19 breach of Mr. Lafrance’s s. 10(b) right.

C. Section 24(2) of the Charter

[89] Section 24(2) of the *Charter* is remedial: its purpose is to uphold *Charter* rights by providing effective remedies to those whose rights have been breached (*R. v. 974649 Ontario Inc.*, 2001 SCC 81, [2001] 3 S.C.R. 575, at paras. 19 and 21). And its text is categorical: where evidence was obtained in a manner that infringed a *Charter* right or freedom, that evidence *shall* be excluded if it is established that, having regard to all the circumstances, its admission would bring the administration of justice into disrepute (*Le*, at para. 139). The standpoint to be adopted throughout is, therefore, that of the administration of justice. As this Court emphasized in *Le*:

Where the state seeks to benefit from the evidentiary fruits of *Charter*-offending conduct, our focus must be directed not to the impact of state misconduct upon *the criminal trial*, but upon *the administration of justice*. Courts must also bear in mind that the fact of a *Charter* breach signifies, in and of itself, injustice, and a consequent diminishment of administration of justice. What courts are mandated by s. 24(2) to consider is whether the admission of evidence risks doing further damage by diminishing *the reputation* of the administration of justice — such that, for example, reasonable members of Canadian society might wonder whether courts take individual rights and freedoms from police misconduct seriously. We endorse this Court’s caution in *Grant*, at para. 68, that, while the exclusion of evidence “may provoke immediate criticism”, our focus is on “the overall repute of the justice system, viewed in the long term” by a reasonable person, informed of all relevant circumstances and of the importance of *Charter* rights. [Emphasis in original; para. 140.]

[90] Would, then, allowing the Crown to rely on the evidence obtained on March 19 and April 7 in breach of Mr. Lafrance’s *Charter* rights bring the

l’avocat de l’aide juridique. Je me penche maintenant sur les conséquences qui découlent de cette violation et de la violation des droits garantis à M. Lafrance par l’al. 10b) le 19 mars.

C. Le paragraphe 24(2) de la Charte

[89] Le paragraphe 24(2) de la *Charte* est une disposition réparatrice : son objet est de protéger les droits garantis par la *Charte* en assurant des réparations efficaces à ceux dont les droits ont été violés (*R. c. 974649 Ontario Inc.*, 2001 CSC 81, [2001] 3 R.C.S. 575, par. 19 et 21). Qui plus est, son libellé est catégorique : lorsque des éléments de preuve ont été obtenus dans des conditions qui portent atteinte aux droits ou libertés garantis par la *Charte*, ces éléments de preuve *sont* écartés s’il est établi, eu égard aux circonstances, que leur utilisation est susceptible de déconsidérer l’administration de la justice (*Le*, par. 139). Le point de vue devant être adopté tout au long de l’analyse est donc celui de l’administration de la justice. Comme l’a souligné la Cour dans l’arrêt *Le* :

Lorsque l’État cherche à tirer profit des éléments de preuve recueillis en violation de la *Charte*, les tribunaux doivent s’intéresser à l’incidence de l’inconduite de l’État non pas sur *le procès criminel*, mais sur *l’administration de la justice*. Ils doivent aussi garder à l’esprit qu’une violation de la *Charte* signifie, en soi, une injustice et, partant, une diminution de la considération dont jouit l’administration de la justice. Le paragraphe 24(2) exige des tribunaux qu’ils se demandent si l’utilisation des éléments de preuve risque de faire d’autres dommages en diminuant *la considération* dont jouit l’administration de la justice — de sorte que, par exemple, des membres raisonnables de la société canadienne pourraient se demander si les tribunaux prennent au sérieux les droits et libertés individuels à la protection contre les inconduites policières. Nous souscrivons à la mise en garde que notre Cour a formulée dans *Grant*, par. 68, selon laquelle, bien que l’exclusion d’éléments de preuve « p[uisse] provoquer des critiques sur le coup », il faut s’intéresser surtout à « la considération globale dont jouit le système de justice », vue « à long terme » par une personne raisonnable au fait de l’ensemble des circonstances pertinentes et de l’importance des droits garantis par la *Charte*. [En italique dans l’original; par. 140.]

[90] Ainsi, le fait de permettre à la Couronne de s’appuyer sur les éléments de preuve obtenus le 19 mars et le 7 avril en violation des droits que la

administration of justice into disrepute? Deciding this entails considering and balancing the three lines of inquiry identified in *Grant*: (1) the seriousness of the *Charter*-infringing conduct; (2) the impact on the *Charter*-protected interests of the accused; and (3) society’s interest in the adjudication of the case on its merits (para. 71; *Le*, at paras. 139-42; *R. v. Tim*, 2022 SCC 12, [2022] 1 S.C.R. 234, at para. 74). While the first two lines of inquiry typically work in tandem, it is not necessary that both of them support exclusion in order for a court to determine that admission would bring the administration of justice into disrepute (*Le*, at para. 141). As the Court said in *Le*, “[i]t is the sum, and not the average, of those first two lines of inquiry that determines the pull towards exclusion” (para. 141). In other words, it is the *cumulative* weight of the first two lines of inquiry that trial judges must consider and balance against the third line of inquiry when assessing whether evidence should be excluded. That is why the third line — which typically pulls towards a finding that admission would not bring the administration of justice into disrepute — will seldom tip the scale in favour of admissibility when the two first lines, taken together, make a strong case for exclusion (*Le*, at para. 142; *R. v. Paterson*, 2017 SCC 15, [2017] 1 S.C.R. 202, at para. 56).

[91] An analysis pursuant to s. 24(2) — which is an exercise in judicial discretion by the trial judge — attracts deference as to the supporting findings of fact (*Grant*, at paras. 43 and 86). But the application of the law to the facts is a question of law (*Grant*, para. 43). Further, an appellate court owes no deference where it disagrees with the trial judge’s conclusions on the *Charter* breaches (*Le*, at para. 138; *Grant*, at para. 129; *Paterson*, at para. 42).

[92] Here, the trial judge did not consider s. 24(2), given his conclusion that the police did not breach Mr. Lafrance’s *Charter* rights. Instead, it was the

Charte garantit à M. Lafrance est-il susceptible de déconsidérer l’administration de la justice? Pour trancher cette question, il faut examiner et mettre en balance les trois questions identifiées dans l’arrêt *Grant* : (1) la gravité de la conduite attentatoire; (2) l’incidence de la violation sur les intérêts de l’accusé protégés par la *Charte*; et (3) l’intérêt de la société à ce que l’affaire soit jugée au fond (par. 71; *Le*, par. 139-142; *R. c. Tim*, 2022 CSC 12, [2022] 1 R.C.S. 234, par. 74). Bien que les deux premières questions agissent généralement en tandem, il n’est pas nécessaire que les deux étayent l’exclusion pour qu’un tribunal puisse conclure que l’utilisation des éléments de preuve est susceptible de déconsidérer l’administration de la justice (*Le*, par. 141). Comme l’a affirmé la Cour dans l’arrêt *Le*, « [c]’est la somme, et non la moyenne, de ces deux premières questions qui détermine si la balance penche en faveur de l’exclusion » (par. 141). En d’autres termes, c’est le poids *cumulatif* des deux premières questions que les juges du procès doivent considérer et mettre en balance par rapport à la troisième question lorsqu’ils examinent si les éléments de preuve devraient être écartés. C’est pourquoi la troisième question — qui milite généralement en faveur de la conclusion selon laquelle l’utilisation des éléments de preuve n’est pas susceptible de déconsidérer l’administration de la justice — fera rarement pencher la balance en faveur de l’utilisation des éléments de preuve lorsque les deux premières questions, considérées ensemble, militent fortement en faveur de l’exclusion (*Le*, par. 142; *R. c. Paterson*, 2017 CSC 15, [2017] 1 R.C.S. 202, par. 56).

[91] Une analyse fondée sur le par. 24(2) — qui est un exercice du pouvoir discrétionnaire du juge du procès — commande la déférence à l’égard des conclusions de fait (*Grant*, par. 43 et 86). Cependant, l’application du droit aux faits est une question de droit (*Grant*, par. 43). De plus, une cour d’appel n’est pas tenue de faire preuve de déférence lorsqu’elle ne souscrit pas aux conclusions du juge du procès concernant les violations de la *Charte* (*Le*, par. 138; *Grant*, par. 129; *Paterson*, par. 42).

[92] En l’espèce, le juge du procès n’a pas considéré le par. 24(2), au vu de sa conclusion selon laquelle les policiers n’ont pas violé les droits que la *Charte*

Court of Appeal that considered the *Grant* factors and held that admission of the evidence would bring the administration of justice into disrepute. This Court does not lack jurisdiction to consider alleged errors in the s. 24(2) analysis of the Court of Appeal (*R. v. Reilly*, 2021 SCC 38, [2021] 2 S.C.R. 1078). But we must bear in mind that this Court and the Court of Appeal are, essentially, on identical footing for an analysis under s. 24(2), neither court having had the benefit of observing the witnesses or hearing testimony first-hand. I will therefore conduct a fresh s. 24(2) analysis. As I will explain, however, I largely agree with the Court of Appeal's analysis.

(1) Seriousness of the Charter-Infringing Conduct

[93] The first *Grant* inquiry speaks to the importance of courts dissociating themselves from evidence obtained as a result of police failure to meet *Charter* standards, because of its negative impact on the reputation of the administration of justice (*Le*, at para. 143). In deciding whether this is necessary, they must “situate that conduct on a scale of culpability” (*Paterson*, at para. 43; see also *Tim*, at para. 82). Inadvertent or minor violations tend only to minimally undermine public confidence in the rule of law and, consequently, bear only slightly upon the reputation of the administration of justice, while evidence obtained “through a wilful or reckless disregard of *Charter* rights will inevitably have a negative effect on the public confidence in the rule of law” (*Paterson*, at para. 43; *Grant*, at para. 74; see also *Le*, at para. 143; *R. v. Harrison*, 2009 SCC 34, [2009] 2 S.C.R. 494, at para. 22). And evidence obtained by police negligence in meeting *Charter* standards does not qualify as a “good faith” error, but instead supports a conclusion that a court should dissociate itself from such evidence (*Le*, at para. 143; *Tim*, at para. 85).

garantit à M. Lafrance. C’est plutôt la Cour d’appel qui a considéré les facteurs de l’arrêt *Grant* et a conclu que l’utilisation des éléments de preuve est susceptible de déconsidérer l’administration de la justice. La Cour n’est pas incompétente pour examiner les erreurs dont serait entachée l’analyse fondée sur le par. 24(2) effectuée par la Cour d’appel (*R. c. Reilly*, 2021 CSC 38, [2021] 2 R.C.S. 1078). Cependant, nous devons garder à l’esprit que la Cour et la Cour d’appel sont, essentiellement, sur un pied d’égalité lorsqu’il s’agit d’effectuer une analyse fondée sur le par. 24(2), ni l’une ni l’autre n’ayant eu l’avantage d’observer les témoins ou d’entendre directement les témoignages. Par conséquent, j’effectuerai une nouvelle analyse fondée sur le par. 24(2). Comme je l’expliquerai, toutefois, je souscris en grande partie à l’analyse de la Cour d’appel.

(1) La gravité de la conduite attentatoire

[93] La première question à examiner selon l’arrêt *Grant* porte sur l’importance pour les tribunaux de se dissocier des éléments de preuve obtenus par suite du défaut des policiers de respecter les normes prescrites par la *Charte*, en raison de leur incidence néfaste sur la considération dont jouit l’administration de la justice (*Le*, par. 143). Lorsqu’ils décident si cela est nécessaire, les tribunaux doivent « situer cette conduite sur l’échelle de culpabilité » (*Paterson*, par. 43; voir aussi *Tim*, par. 82). Les violations mineures ou commises par inadvertance ont tendance à très peu ébranler la confiance du public à l’égard de la primauté du droit et, par conséquent, n’ont que peu d’incidence sur la considération dont jouit l’administration de la justice, alors que l’utilisation d’éléments de preuve obtenus « au mépris délibéré des droits garantis par la *Charte* ou en ne s’en souciant pas aura nécessairement une incidence néfaste sur cette confiance » (*Paterson*, par. 43; *Grant*, par. 74; voir aussi *Le*, par. 143; *R. c. Harrison*, 2009 CSC 34, [2009] 2 R.C.S. 494, par. 22). De plus, les éléments de preuve obtenus par suite de la négligence des policiers dans l’observation des normes prescrites par la *Charte* ne peuvent être qualifiés d’erreur commise de « bonne foi », mais étayaient plutôt la conclusion que le tribunal devrait s’en dissocier (*Le*, par. 143; *Tim*, par. 85).

[94] The Court of Appeal described the denial of the right to counsel on March 19 and April 7 as “particularly serious given the grave nature of the offence under investigation, the potential consequences of conviction on [Mr. Lafrance] and his particular vulnerability given his young age and circumstances in life” (para. 79). While it did not believe that these breaches “occurred through a willful or reckless disregard of *Charter* rights”, the Court of Appeal nevertheless held that the *Charter*-infringing conduct remained serious (para. 80).

[95] I agree entirely. That the *Charter* infringing conduct here was not reckless does not mean that police acted in “good faith” or that the absence of recklessness is a mitigating factor (*Le*, at para. 143; *Pater-son*, at para. 44; *Harrison*, at para. 25; *R. v. Buhay*, 2003 SCC 30, [2003] 1 S.C.R. 631, at para. 59). On both March 19 and April 7, the police conduct resulted in serious breaches of Mr. Lafrance’s *Charter* rights. This favours a finding that admission of the resulting evidence would bring the administration of justice into disrepute.

(2) Impact of the Breaches on the *Charter*-Protected Interests of the Accused

[96] The second *Grant* inquiry requires the Court to consider whether, from the standpoint of society’s interest in respect for *Charter* rights, the admission of evidence tainted by the *Charter* breach would bring the administration of justice into disrepute (*Le*, at para. 151). Like the first inquiry, this inquiry is into the degree of seriousness. As a general rule, “[t]he more serious the impact on the accused’s protected interests, the greater the risk that admission of the evidence may signal to the public that *Charter* rights, however high-sounding, are of little actual avail to the citizen, breeding public cynicism and bringing the administration of justice into disrepute” (*Grant*, at para. 76; *Le*, at para. 151).

[94] La Cour d’appel a décrit le déni du droit à l’assistance d’un avocat de M. Lafrance les 19 mars et 7 avril comme étant [TRADUCTION] « particulièrement sérieux étant donné la gravité de l’infraction faisant l’objet de l’enquête, les conséquences que pourrait avoir une déclaration de culpabilité sur [M. Lafrance] ainsi que sa vulnérabilité particulière compte tenu de son jeune âge et de sa situation » (par. 79). Bien qu’elle n’a pas estimé que ces violations ont été commises « au mépris délibéré des droits garantis par la *Charte* ou en ne s’en souciant pas », la Cour d’appel a néanmoins conclu que la conduite attentatoire demeurerait grave (par. 80).

[95] Je souscris entièrement à l’avis de la Cour d’appel. Le fait que la conduite attentatoire en l’espèce n’était pas insouciance ne signifie pas que les policiers ont agi de « bonne foi » ou que l’absence d’insouciance est un facteur atténuant (*Le*, par. 143; *Pater-son*, par. 44; *Harrison*, par. 25; *R. c. Buhay*, 2003 CSC 30, [2003] 1 R.C.S. 631, par. 59). Tant le 19 mars que le 7 avril, la conduite des policiers a entraîné de graves violations des droits de M. Lafrance garantis par la *Charte*. Cela milite en faveur d’une conclusion selon laquelle l’utilisation des éléments de preuve qui en a résulté est susceptible de déconsidérer l’administration de la justice.

(2) L’incidence des violations sur les intérêts de l’accusé protégés par la *Charte*

[96] La deuxième question devant être examinée selon l’arrêt *Grant* exige de la Cour qu’elle se demande si, du point de vue de l’intérêt de la société à ce que les droits garantis par la *Charte* soient respectés, l’utilisation des éléments de preuve viciés par une violation de la *Charte* est susceptible de déconsidérer l’administration de la justice (*Le*, par. 151). Comme pour la première question, la deuxième porte sur le degré de gravité. En règle générale, « [p]lus [l’effet sur les intérêts protégés de l’accusé] est marqué, plus l’utilisation des éléments de preuve risque de donner à penser que les droits garantis par la *Charte*, pour encensés qu’ils soient, ne revêtent pas d’utilité réelle pour les citoyens, ce qui engendrerait le cynisme et déconsidérerait l’administration de la justice » (*Grant*, par. 76; *Le*, par. 151).

[97] This case involved two breaches of s. 10(b). While not determinative, I am alive to the Court’s description of the right guaranteed by s. 10(b) as “the single most important organizing principle in criminal law” (*R. v. P. (M.B.)*, [1994] 1 S.C.R. 555, at p. 577). Any breach of this provision “undermines the detainee’s right to make a meaningful and informed choice whether to speak, the related right to silence, and, most fundamentally, the protection against testimonial self-incrimination” (*Grant*, at para. 95). As the Court of Appeal’s analysis makes plain, those particular consequences were of a serious nature here: “[Mr. Lafrance] was led to confess to killing a person without having an opportunity for a thorough, reflective discussion with a lawyer fully apprised of his jeopardy” (para. 82). I see no basis to diverge from the Court of Appeal’s assessment that this had “a serious impact” on Mr. Lafrance’s *Charter* rights (para. 82). The second line of *Grant* supports the view that admitting this evidence would bring the administration of justice into disrepute.

(3) Society’s Interest in the Adjudication for the Case on its Merits

[98] The third *Grant* line is concerned with the societal interest in “an adjudication on the merits”, coupled with a focus on the impact of state misconduct upon the reputation of the administration of justice (*Le*, at para. 158). Society’s interest in an adjudication of the case on its merits typically pulls towards a finding that admission of the evidence would not bring the administration of justice into disrepute, but not all considerations will pull in this direction (paras. 142 and 158). As the Court explained in *Le*:

While this inquiry is concerned with the societal interest in “an adjudication on the merits” (*Grant*, at para. 85), the focus, as we have already explained, must be upon the impact of state misconduct upon the reputation of the administration of justice. While disrepute may result from

[97] Dans la présente affaire, il y a eu deux violations de l’al. 10b). Bien que cela ne soit pas déterminant, je suis conscient que la Cour a décrit le droit garanti par l’al. 10b) comme « [l]e principe directeur qui est sans doute le plus important en droit criminel » (*R. c. P. (M.B.)*, [1994] 1 R.C.S. 555, p. 577). Toute violation de cette disposition « porte atteinte [au] droit [du détenu] de décider utilement et de façon éclairée s’il parlera aux policiers, à son droit connexe de garder le silence et, plus fondamentalement, à la protection contre l’auto-incrimination testimoniale dont il jouit » (*Grant*, par. 95). Comme cela ressort clairement de l’analyse de la Cour d’appel, ces conséquences précises étaient graves en l’espèce : [TRADUCTION] « [M. Lafrance] a été amené à avouer le meurtre d’une personne sans qu’il ait eu la possibilité de discuter de manière approfondie et réfléchie avec un avocat pleinement informé des risques auxquels il était exposé » (par. 82). Je ne vois aucune raison de m’écarter de l’analyse de la Cour d’appel selon laquelle cela a eu [TRADUCTION] « une grave incidence » sur les droits de M. Lafrance garantis par la *Charte* (par. 82). La deuxième question d’analyse énoncée dans l’arrêt *Grant* appuie la thèse selon laquelle l’utilisation de cet élément de preuve est susceptible de déconsidérer l’administration de la justice.

(3) L’intérêt de la société à ce que l’affaire soit jugée au fond

[98] La troisième question à examiner selon l’arrêt *Grant* porte sur l’intérêt de la société « à ce que l’affaire soit jugée au fond », combiné à un accent sur l’incidence de l’inconduite de l’État sur la considération dont jouit l’administration de la justice (*Le*, par. 158). L’intérêt de la société à ce que l’affaire soit jugée au fond milite habituellement en faveur de la conclusion selon laquelle l’utilisation de la preuve n’est pas susceptible de déconsidérer l’administration de la justice, mais ce ne sont pas toutes les considérations qui vont dans ce sens (*Le*, par. 142 et 158). Comme l’a expliqué la Cour dans l’arrêt *Le* :

Bien que cette question porte sur l’intérêt de la société à ce que « l’affaire soit jugée au fond » (*Grant*, par. 85), l’accent, comme nous l’avons déjà expliqué, doit être mis sur l’incidence de l’inconduite de l’État sur la considération dont jouit l’administration de la justice. Bien qu’elle puisse

the exclusion of relevant and reliable evidence (*Grant*, at para. 81), so too might it result from admitting evidence that deprives the accused of a fair hearing or that amounts to “judicial condonation of unacceptable conduct by the investigatory and prosecutorial agencies” ([R. v.] *Collins*, [[1987] 1 S.C.R. 265,] at p. 281). An “adjudication on the merits”, in a rule of law state, presupposes an adjudication grounded in legality and respect for longstanding constitutional norms. [para. 158]

[99] The Court of Appeal did not explicitly state whether this line of inquiry favours admission or exclusion, but the majority’s reasons tend to suggest that it only slightly favours admission (paras. 83-84). While the evidence appeared *prima facie* reliable given its nature as a confession, it was “largely extraneous to the core of the Crown’s case”, given that Mr. Lafrance confessed only to having caused Mr. Yasinski’s death and not to having planned or intended to kill him (para. 84). The remaining evidence, the majority observed, did not leave the Crown without a case on either manslaughter or second degree murder.

[100] I agree with what I understand to be the Court of Appeal’s conclusion that the third *Grant* line supports admission, but not heavily so. The evidence relates to a serious criminal offence, but society’s interests are not strongly affected given the other evidence available to the Crown on re-trial.

(4) Admission of the Evidence Would Bring the Administration of Justice Into Disrepute

[101] Taken together, the three *Grant* lines of inquiry confirm that the admission of the evidence would bring the administration of justice into disrepute. These were two serious breaches with a correspondingly significant impact on the s. 10(b) rights of Mr. Lafrance. The first and second lines of inquiry therefore present a strong case for exclusion

découler de l’exclusion d’éléments de preuve pertinents et fiables (*Grant*, par. 81), la déconsidération pourrait aussi résulter de l’utilisation d’éléments de preuve qui privent l’accusé d’un procès équitable ou qui équivalent à « l’absolution judiciaire d’une conduite inacceptable de la part des organismes enquêteurs ou de la poursuite » ([R. c.] *Collins*, [[1987] 1 R.C.S. 265,] p. 281). Un jugement « au fond », dans un État de droit, présuppose un jugement fondé sur la légalité et le respect de normes constitutionnelles de longue date. [par. 158]

[99] La Cour d’appel n’a pas explicitement déclaré que cette question milite en faveur de l’utilisation ou de l’exclusion de la preuve, mais les motifs des juges majoritaires laissent entendre qu’elle ne fait que légèrement pencher la balance en faveur de l’utilisation (par. 83-84). Bien que l’élément de preuve semblait fiable à première vue étant donné qu’il s’agit d’un aveu, il était [TRADUCTION] « grandement étranger à l’essence de la thèse de la Couronne », vu que M. Lafrance a seulement avoué avoir causé la mort de M. Yasinski et non pas de l’avoir planifiée ou d’avoir eu l’intention de le tuer (par. 84). Les éléments de preuve restants, selon les juges majoritaires, n’ont pas dépouillé la Couronne de tout fondement pour établir un homicide involontaire coupable ou un meurtre au deuxième degré.

[100] Je souscris à la conclusion de la Cour d’appel telle que je la comprends, à savoir que la troisième question de l’arrêt *Grant* milite en faveur de l’utilisation de l’élément de preuve, mais pas de manière forte. L’élément de preuve a trait à une infraction criminelle grave, mais les intérêts de la société ne sont pas grandement touchés compte tenu des autres éléments de preuve dont dispose la Couronne pour un nouveau procès.

(4) L’utilisation des éléments de preuve est susceptible de déconsidérer l’administration de la justice

[101] Examinées ensemble, les trois questions de l’arrêt *Grant* confirment que l’utilisation des éléments de preuve est susceptible de déconsidérer l’administration de la justice. Il s’agissait de deux violations graves ayant une incidence tout aussi importante sur les droits garantis à M. Lafrance par l’al. 10b). Les deux premières questions militent donc fortement en

of the evidence. On the other hand, society's interest favours admission of the evidence, but not strongly. Taken cumulatively, the strength of the first two lines of inquiry overwhelms the moderate impact on society's interest in the truth-seeking function of the criminal trial process.

[102] It follows that the evidence obtained as a result of the breaches of Mr. Lafrance's *Charter* rights on March 19 and April 7 must be excluded.

V. Conclusion

[103] I would dismiss the appeal.

The reasons of Wagner C.J. and Moldaver, Côté and Rowe JJ. were delivered by

CÔTÉ AND ROWE JJ. (dissenting) —

I. Introduction

[104] This case involves what should be a straightforward application of this Court's jurisprudence under ss. 9 (the right against arbitrary detention), 10(b) (the right to retain and instruct counsel on detention) and 24(2) (exclusion of unconstitutionally obtained evidence when its admission would bring the administration of justice into disrepute) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The majority of this Court begins its analysis by acknowledging this, but proceeds to adopt interpretations of those sections that depart from that jurisprudence. We cannot agree with that approach and the proposed outcome of this case.

II. Facts and Decisions Below

[105] We do not find it necessary to repeat all the facts and issues as set out by our colleagues, but we wish to comment briefly on the findings of the trial judge and the analysis applied to those findings by the Court of Appeal.

faveur de l'exclusion de la preuve. En revanche, l'intérêt de la société milite en faveur de son utilisation, mais pas de manière forte. De par son effet cumulatif, la force des deux premières questions l'emporte sur l'incidence modérée de l'intérêt de la société dans la fonction de recherche de la vérité du procès criminel.

[102] Il s'ensuit que les éléments de preuve obtenus en violation des droits que la *Charte* garantit à M. Lafrance le 19 mars et le 7 avril doivent être exclus.

V. Conclusion

[103] Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Version française des motifs du juge en chef Wagner et des juges Moldaver, Côté et Rowe rendus par

LES JUGES CÔTÉ ET ROWE (dissidents) —

I. Introduction

[104] Le présent pourvoi concerne ce qui devrait être un simple cas d'application de la jurisprudence de notre Cour relative aux art. 9 (droit à la protection contre les détentions arbitraires), 10b) (droit à l'assistance d'un avocat lors de la mise en détention) et 24(2) (irrecevabilité d'éléments de preuve obtenus de façon inconstitutionnelle lorsque leur utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. En l'espèce, les juges majoritaires commencent leur analyse en reconnaissant ceci, mais adoptent ensuite des interprétations de ces dispositions qui s'écartent de cette jurisprudence. Nous ne pouvons souscrire à cette approche et au dispositif qu'ils proposent.

II. Faits et décisions des tribunaux de juridiction inférieure

[105] Nous estimons qu'il n'est pas nécessaire de répéter l'ensemble des faits et des questions en litige énoncés par nos collègues, mais nous aimerions commenter brièvement les conclusions du juge du procès et l'analyse appliquée à ces conclusions par la Cour d'appel.

[106] The respondent, Nigel Vernon Lafrance, an Indigenous man who was 19 years old at the time, was linked to the killing of Anthony Yasinski, his drug dealer, on March 17, 2015. Mr. Lafrance was the last person Mr. Yasinski communicated with on his cellphone. Therefore, police quickly identified Mr. Lafrance as a person of interest.

[107] Police obtained a search warrant for Mr. Lafrance's residence and, while executing it on March 19, 2015, asked him if he would provide a statement at the police station. Mr. Lafrance was informed that his participation was voluntary and that he did not have to provide a statement. Nonetheless, he chose to do so and accompanied police officers to the station where he was interviewed by Sgt. Eros. He was not informed of his s. 10(b) rights at this interview.

[108] Almost three weeks later on April 7, 2015, Mr. Lafrance was arrested for the murder of the victim and interviewed at the police station again. When Mr. Lafrance arrived at the RCMP detachment, he was supplied with telephone books and a telephone number for Legal Aid Alberta. Mr. Lafrance spoke to a lawyer for approximately 15 minutes. After that conversation, an officer asked whether Mr. Lafrance understood the advice, to which he responded "yes". The officer asked, then, if the lawyer would be attending the RCMP detachment, to which he responded "no" (see trial reasons, 2017 ABQB 746, 399 C.R.R. (2d) 184, at para. 124; R.F., at para. 7 (emphasis added)).

[109] The questioning did not begin until after Sgt. Eros was informed that Mr. Lafrance had consulted counsel. During the interview, five and a half hours after speaking with Legal Aid, Mr. Lafrance asked to call his father who, according to him, would be able to help him get a lawyer to come to the station. Police refused that request on the basis that he had already spoken to a lawyer. Mr. Lafrance subsequently confessed to the killing.

[106] L'intimé, Nigel Vernon Lafrance, un Autochtone âgé de 19 ans au moment des faits, était lié au meurtre d'Anthony Yasinski, son trafiquant de drogue, qui a eu lieu le 17 mars 2015. Monsieur Lafrance était la dernière personne avec qui M. Yasinski avait communiqué sur son cellulaire. Par conséquent, les policiers ont rapidement considéré M. Lafrance comme une personne d'intérêt.

[107] Les policiers ont obtenu un mandat de perquisition pour la résidence de M. Lafrance et, en exécutant le mandat le 19 mars 2015, ils lui ont demandé s'il voulait faire une déclaration au poste de police. Monsieur Lafrance a été informé que sa participation était volontaire et qu'il n'était pas tenu de faire une déclaration. Néanmoins, il a choisi d'en faire une et a accompagné les policiers au poste, où il a eu un entretien avec le sergent Eros. Il n'a pas été informé de ses droits garantis par l'al. 10b) lors de l'entretien.

[108] Près de trois semaines plus tard, le 7 avril 2015, M. Lafrance a été arrêté pour le meurtre de la victime et a été questionné de nouveau au poste de police. Lorsque M. Lafrance est arrivé au détachement de la GRC, on lui a remis des annuaires téléphoniques ainsi que le numéro de téléphone de l'aide juridique en Alberta. Monsieur Lafrance a parlé à un avocat pendant environ 15 minutes. Après cette conversation, un policier lui a demandé s'il avait compris les conseils, ce à quoi il a répondu [TRADUCTION] « oui ». Le policier lui a donc demandé si l'avocat se présenterait au détachement de la GRC, ce à quoi il a répondu [TRADUCTION] « non » (voir les motifs de première instance, 2017 ABQB 746, 399 C.R.R. (2d) 184, par. 124; m.i., par. 7 (nous soulignons)).

[109] L'entretien n'a commencé que lorsque le sergent Eros a été informé que M. Lafrance avait consulté un avocat. Pendant l'entretien, cinq heures et demie après avoir parlé à l'avocat de l'aide juridique, M. Lafrance a demandé d'appeler son père qui, selon lui, pouvait l'aider à trouver un avocat qui se présenterait au poste. Le policier a refusé d'accéder à cette demande au motif qu'il avait déjà parlé à un avocat. Monsieur Lafrance a par la suite avoué avoir commis le meurtre.

[110] At trial, Mr. Lafrance challenged the admission of the evidence obtained as a result of the March 19, 2015 statement and the April 7, 2015 statement, confession and evidence obtained as a result.

[111] The trial judge found that there were no breaches of Mr. Lafrance’s s. 10(b) or other *Charter* rights. Regarding the March 19, 2015 interview, the trial judge found Mr. Lafrance was not detained within the meaning of ss. 9 and 10(b). Police repeated several times that he could leave whenever he liked, and he understood these statements. Any statement to the contrary was not credible as it was belied by his “at ease” and “cooperative” manner in the interview (para. 73). Mr. Lafrance was “naïve”, but “not unsophisticated” (para. 81). In fact, the trial judge found that Mr. Lafrance tactically participated in the interview because he believed this could counter police suspicion.

[112] Further, the trial judge found that police properly implemented Mr. Lafrance’s s. 10(b) rights on April 7, 2015. Mr. Lafrance was not entitled in law to a further consultation with a lawyer after his conversation with Legal Aid. The trial judge found that none of the circumstances that would require a further consultation under *R. v. Sinclair*, 2010 SCC 35, [2010] 2 S.C.R. 310, arose in this case.

[113] The trial judge commented that even assuming there was a breach of s. 10(b) on March 19, 2015, its effect on the admissibility of evidence had to be considered. He found that since the Crown did not seek to introduce any evidence or the statement obtained on March 19, 2015, the issue of exclusion of this evidence under s. 24(2) was moot. The trial judge also found an insufficient causal, temporal or contextual connection between the March 19, 2015 statement and the April 7, 2015 statement such that any breach on March 19, 2015, did not taint the confession or other evidence obtained as a result of the April 7, 2015 interrogation. In reaching this conclusion, the trial judge relied on Mr. Lafrance’s own

[110] Au procès, M. Lafrance a contesté l’admission de la preuve obtenue en raison de la déclaration du 19 mars 2015, de la déclaration du 7 avril 2015, ainsi que de l’aveu et de la preuve obtenue en conséquence.

[111] Le juge du procès a conclu qu’il n’y avait pas eu violation du droit de M. Lafrance garanti par l’al. 10b) ou de tout autre droit garanti par la *Charte*. En ce qui concerne l’entretien du 19 mars 2015, le juge du procès a conclu que M. Lafrance n’avait pas été détenu au sens des art. 9 et 10b). Le policier a répété à plusieurs reprises qu’il pouvait partir à sa guise, et ce dernier avait compris ces déclarations. Toute affirmation contraire n’était pas crédible, puisque M. Lafrance était [TRADUCTION] « à l’aise » et « coopératif » lors de l’entretien (par. 73). Monsieur Lafrance était [TRADUCTION] « naïf », mais « non dépourvu de discernement » (par. 81). De fait, le juge du procès a conclu que M. Lafrance avait participé à l’entretien de manière stratégique parce qu’il croyait que sa participation pouvait dissiper les soupçons des policiers.

[112] De plus, le juge du procès a conclu que les policiers avaient dûment mis en application les droits de M. Lafrance garantis par l’al. 10b) le 7 avril 2015. Monsieur Lafrance n’était pas légalement autorisé à consulter de nouveau un avocat de son propre chef après sa conversation avec l’avocat de l’aide juridique. Le juge du procès a conclu qu’aucune des situations justifiant une deuxième consultation énoncées dans l’arrêt *R. c. Sinclair*, 2010 CSC 35, [2010] 2 R.C.S. 310, ne trouvait application en l’espèce.

[113] Le juge du procès a remarqué que même en présumant qu’il y avait eu violation de l’al. 10b) le 19 mars 2015, l’effet de cette violation sur l’admissibilité de la preuve devait être pris en compte. Il a conclu que puisque la Couronne n’avait pas l’intention de produire quelque preuve ou la déclaration obtenue le 19 mars 2015, la question de l’exclusion de ces éléments de preuve en application du par. 24(2) était théorique. Le juge du procès a également conclu que le lien causal, temporel ou contextuel entre la déclaration du 19 mars 2015 et celle du 7 avril 2015 était insuffisant, de sorte que la violation qui se serait produite le 19 mars 2015 ne saurait entacher l’aveu ou toute autre preuve obtenue en raison de

testimony that the March 19, 2015 statement “had nothing to do with” him providing the April 7, 2015 statement (para. 99).

[114] Consequently, the trial judge did not exclude any evidence and dismissed Mr. Lafrance’s *Charter* application. Mr. Lafrance was convicted by a jury of second degree murder.

[115] Mr. Lafrance appealed his conviction based in part on the s. 10(b) *Charter* rulings. The majority of the Alberta Court of Appeal found the trial judge erred in concluding there were no s. 10(b) *Charter* breaches (2021 ABCA 51, 20 Alta. L.R. (7th) 211). The majority stated that the trial judge did not appreciate the stage of the police investigation and undervalued Mr. Lafrance’s perceptions as a young Indigenous man and, therefore, erred in his analysis of whether there was a detention on March 19, 2015. The majority concluded that he was detained and, accordingly, should have been provided with his s. 10(b) rights.

[116] As for April 7, 2015, Mr. Lafrance was confused by the Legal Aid lawyer’s advice. The majority of the Court of Appeal concluded that a second consultation was required under *Sinclair* because the advice was insufficient or, arguably, as a result of new procedures. It also concluded that even if no category expressly described in *Sinclair* applied, a new consultation was necessary to fulfill the purpose of s. 10(b). Failure to provide Mr. Lafrance with a further consultation was a s. 10(b) breach. The majority of the Court of Appeal therefore allowed the appeal, held that the evidence obtained as a result of the March 19, 2015 statement and the April 7, 2015 statement be excluded and ordered a new trial.

l’interrogatoire du 7 avril 2015. Pour arriver à cette conclusion, le juge du procès s’est appuyé sur le propre témoignage de M. Lafrance selon lequel la déclaration du 19 mars 2015 [TRADUCTION] « n’avait rien à voir » avec sa décision de faire une déclaration le 7 avril 2015 (par. 99).

[114] Par conséquent, le juge du procès n’a exclu aucun élément de preuve et a rejeté la demande de M. Lafrance fondée sur la *Charte*. Monsieur Lafrance a été déclaré coupable de meurtre au deuxième degré par un jury.

[115] Monsieur Lafrance a interjeté appel de sa déclaration de culpabilité notamment en raison des conclusions relatives à l’al. 10b) de la *Charte*. Selon les juges majoritaires de la Cour d’appel de l’Alberta, le juge du procès a conclu à tort qu’il n’y avait pas eu violation de l’al. 10b) de la *Charte* (2021 ABCA 51, 20 Alta. L.R. (7th) 211). Les juges majoritaires ont affirmé que le juge du procès n’avait pas tenu compte de l’étape de l’enquête policière et avait sous-évalué les perceptions de M. Lafrance en tant que jeune Autochtone et, partant, qu’il avait commis une erreur dans son analyse quant à savoir s’il y avait eu détention le 19 mars 2015. Les juges majoritaires ont conclu qu’il avait été détenu et que, par conséquent, il aurait dû avoir la possibilité d’exercer ses droits garantis par l’al. 10b).

[116] Pour ce qui est du 7 avril 2015, les conseils de l’avocat de l’aide juridique ont rendu M. Lafrance perplexe. Les juges majoritaires de la Cour d’appel ont conclu qu’une seconde consultation était requise suivant l’arrêt *Sinclair* parce qu’il y avait raison de croire que les conseils ne suffisaient plus, ou encore possiblement en raison de la présence de mesures additionnelles. Ils ont aussi conclu que même si aucune des catégories expressément décrites dans l’arrêt *Sinclair* ne trouvait application, une nouvelle consultation était requise afin de satisfaire l’objet de l’al. 10b). Le refus d’accorder à M. Lafrance une autre consultation constituait une violation de l’al. 10b). Les juges majoritaires de la Cour d’appel ont donc accueilli l’appel, ordonné l’exclusion de la preuve obtenue en raison de la déclaration du 19 mars 2015 et de celle du 7 avril 2015 et ordonné la tenue d’un nouveau procès.

[117] Wakeling J.A., in dissent, concluded that the trial judge did not commit any errors and there were no s. 10(b) breaches. Regarding March 19, 2015, he was of the view that there was no detention because the police told Mr. Lafrance several times that he was free to leave. Absent exceptional circumstances, which did not arise, that should be a bright line test that is determinative of detention. With regard to April 7, 2015, Mr. Lafrance received and understood the Legal Aid lawyer's advice. He had no right to talk to his father or to further consult a lawyer. Wakeling J.A. would have dismissed the appeal.

III. Analysis

[118] We disagree with the majority on three key issues. First, we are of the view that Mr. Lafrance was not detained within the meaning of s. 10(b) of the *Charter* on March 19, 2015. Second, we conclude that Mr. Lafrance was not entitled to a second consultation with counsel under s. 10(b) during the April 7, 2015 interrogation. Third, if Mr. Lafrance was detained on March 19, 2015, there is an insufficient link between the resulting *Charter* breach and the evidence relating to the April 7, 2015 interrogation that he sought to exclude under s. 24(2).

A. *Mr. Lafrance Was Not Detained Within the Meaning of Sections 9 and 10(b) of the Charter on March 19, 2015*

[119] We are of the view that Mr. Lafrance was neither psychologically nor physically detained by police on March 19, 2015. Our disagreement with the majority turns on three key points.

[120] First, while the majority states that the trial judge's findings of fact are entitled to deference (para. 23), it then goes on to substitute its own view of the evidence for that of the trial judge. The majority pays scant attention to the trial judge's findings as to the interactions between police and Mr. Lafrance.

[117] Dans ses motifs dissidents, le juge Wakeling a conclu que le juge du procès n'avait pas commis d'erreur et qu'il n'y avait pas eu violation de l'al. 10b). En ce qui concerne le 19 mars 2015, il était d'avis qu'il n'y avait pas eu détention, parce que le policier avait dit plusieurs fois à M. Lafrance qu'il était libre de partir. En l'absence de circonstances exceptionnelles, comme il n'y en a pas en l'espèce, ces déclarations devraient être un test fiable permettant de déterminer s'il y a eu détention. En ce qui concerne le 7 avril 2015, M. Lafrance a reçu des conseils de l'avocat de l'aide juridique et les a compris. Il n'était pas autorisé à parler à son père ou à consulter de nouveau un avocat de son propre chef. Le juge Wakeling aurait rejeté l'appel.

III. Analyse

[118] Nous ne sommes pas d'accord avec les juges majoritaires quant à trois questions essentielles. Premièrement, nous estimons que M. Lafrance n'a pas été détenu au sens de l'al. 10b) de la *Charte* le 19 mars 2015. Deuxièmement, nous concluons que M. Lafrance n'avait pas droit à une seconde consultation avec un avocat aux termes de l'al. 10b) pendant l'interrogatoire du 7 avril 2015. Troisièmement, si M. Lafrance était détenu le 19 mars 2015, le lien entre la violation correspondante de la *Charte* et la preuve obtenue lors de l'interrogatoire du 7 avril 2015 qu'il cherchait à exclure en application du par. 24(2) n'est pas suffisant.

A. *Monsieur Lafrance n'était pas détenu au sens des art. 9 et 10b) de la Charte le 19 mars 2015*

[119] Nous sommes d'avis que M. Lafrance n'a été détenu ni psychologiquement ni physiquement par les policiers le 19 mars 2015. Notre désaccord avec les juges majoritaires porte sur trois points essentiels.

[120] Premièrement, bien que les juges majoritaires affirment que les conclusions de fait du juge du procès commandent la déférence (par. 23), ils procèdent ensuite à substituer leur propre appréciation de la preuve à celle du juge du procès. Les juges majoritaires accordent très peu d'attention

Further, the evidence that the majority relies on for its findings that the police engaged in coercive behaviour — except as necessary for the proper execution of the search warrant — was rejected by the trial judge. In our view, a deferential approach leads to the conclusion that police did not engage in coercive behaviour toward Mr. Lafrance, but rather acted in a professional, non-confrontational manner on March 19, 2015.

[121] Second, we consider that the majority over-emphasizes the perspective of a reasonable person in the particular circumstances of the accused. This approach provides little to no guidance to police in determining whether they have psychologically detained someone in carrying out their regular duties. It risks turning every common police encounter into a detention and creating situations where police are unable to control whether they breach *Charter* rights. For example, what reasons for the detention should the police provide to an individual, as required by s. 10(a), where they have no intention to detain him or her, but a reasonable person may nonetheless conclude a detention exists? How can the police avoid infringing the right under s. 9 against arbitrary detention when they are seeking to obtain information? It does a disservice to the administration of justice if we put police in a “Catch-22” situation regarding psychological detention when they want to put questions to an individual.

[122] Third, we accord greater weight than does the majority to the police officers’ testimony that they made clear to Mr. Lafrance that he did not need to speak to them and was free to leave. We agree with the majority that a finding of detention is not precluded by such statements by police. However, the interaction between police and the individual must be considered in light of all relevant circumstances. Thus, coercive behaviour or accusatory questioning

aux conclusions du juge du procès concernant les interactions entre les policiers et M. Lafrance. En outre, la preuve sur laquelle s’appuient les juges majoritaires pour conclure que les policiers ont eu un comportement coercitif — exception faite de la coercition nécessaire à la bonne exécution du mandat de perquisition — a été rejetée par le juge du procès. À notre avis, une approche empreinte de déférence mène à la conclusion que les policiers n’ont pas eu un comportement coercitif envers M. Lafrance, mais ont plutôt agi d’une manière professionnelle et non conflictuelle le 19 mars 2015.

[121] Deuxièmement, nous sommes d’avis que les juges majoritaires accordent trop d’importance à la perspective d’une personne raisonnable dans la situation particulière de l’accusé. Cette approche fournit peu, voire pas du tout, de directives aux policiers pour déterminer s’ils ont psychologiquement détenu une personne dans l’exercice de leurs fonctions habituelles. Cela risque de transformer chaque contact policier ordinaire en une détention et de créer des situations où les policiers ne sont pas en mesure de contrôler la conformité de leur conduite aux droits garantis par la *Charte*. Par exemple, quels motifs de détention les policiers devraient-ils donner à une personne, comme l’exige l’al. 10a), lorsqu’ils n’ont aucune intention de la détenir, mais qu’une personne raisonnable pourrait néanmoins conclure qu’il y a détention? Comment les policiers peuvent-ils éviter de porter atteinte au droit garanti à l’art. 9 contre la détention arbitraire lorsqu’ils veulent obtenir des renseignements? C’est rendre un bien mauvais service à l’administration de la justice que de mettre les policiers dans une situation sans issue relativement à la détention psychologique d’une personne à laquelle ils veulent poser des questions.

[122] Troisièmement, nous accordons davantage de poids que ne le font les juges majoritaires au témoignage des policiers selon lequel ils ont clairement informé M. Lafrance qu’il n’était pas tenu de leur parler et était libre de partir. Nous convenons avec les juges majoritaires que de telles affirmations des policiers n’empêchent pas de conclure qu’il y a eu détention. Toutefois, l’interaction entre les policiers et la personne doit être examinée à la lumière de

may negate police assurances that the individual need not speak to them and is free to go.

[123] But police statements to such effect are not merely “a single consideration among others”, as the majority suggests (para. 39). In our view, as the New Brunswick Court of Appeal stated in *R. v. Way*, 2011 NBCA 92, 377 N.B.R. (2d) 25, “detention will certainly be much more difficult to establish when such information has been genuinely provided” (para. 40). This is consistent with the role of unambiguous police statements that an individual is free to leave as contemplated by this Court in *R. v. Grant*, 2009 SCC 32, [2009] 2 S.C.R. 353, at paras. 32 and 39.

[124] Our position is supported by numerous cases decided since *Grant*. The vast majority of decisions applying the *Grant* framework have held that individuals are not detained within the meaning of s. 9 or s. 10(b) of the *Charter* where they are unambiguously informed by police that they are free to go (see *R. v. Todd*, 2019 SKCA 36, [2019] 9 W.W.R. 207, at paras. 63-69; *R. v. Tran*, 2010 ABCA 211, 482 A.R. 357, at paras. 25-30; *R. v. Schrenk*, 2010 MBCA 38, 255 Man. R. (2d) 12, at para. 56; *R. v. Hermkens & Moran*, 2021 ABQB 885, at paras. 223-34 (CanLII); *R. v. Heppner*, 2017 BCSC 894, at paras. 125 and 127 (CanLII); *R. v. Roach*, 2012 NLTD(G) 21, 319 Nfld. & P.E.I.R. 231, at paras. 44-45; *R. v. Bristol*, 2011 ABQB 73, at paras. 22-23 (CanLII); *R. v. Bucknell*, 2021 BCPC 308, at paras. 99-109 (CanLII); *R. v. Giulioni*, 2011 NLTD(G) 117, 313 Nfld. & P.E.I.R. 220, at para. 29; *R. v. Wheeler*, 2010 YKTC 7, at para. 11 (CanLII); *R. v. Rodh*, 2010 SKPC 150, 364 Sask. R. 96, at para. 25). Consequently, unambiguous police statements that an individual is under no obligation to comply should weigh heavily against a finding of psychological detention, absent police conduct undermining this message (see *R. v. Jackman*, 2011 NLTD(G) 116, 313 Nfld. & P.E.I.R. 203, at paras. 42-43).

l'ensemble des circonstances pertinentes. Ainsi, le fait que le policier adopte un comportement coercitif ou pose des questions accusatoires peut réduire à néant ses affirmations garantissant à la personne qu'elle n'est pas tenue de parler et est libre de partir.

[123] Or, les déclarations des policiers en ce sens ne sont pas seulement « un facteur parmi d'autres », comme le laissent entendre les juges majoritaires (par. 39). À notre avis, comme l'a affirmé la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick dans l'arrêt *R. c. Way*, 2011 NBCA 92, 377 R.N.-B. (2^e) 25, « [i] sera certainement beaucoup plus difficile [. . .] d'établir la détention lorsqu'on aura véritablement communiqué cette information à la personne » (par. 40). Cette affirmation concorde avec la fonction des déclarations sans équivoque des policiers selon lesquelles la personne est libre de partir, comme l'a envisagé la Cour dans l'arrêt *R. c. Grant*, 2009 CSC 32, [2009] 2 R.C.S. 353, par. 32 et 39.

[124] Notre point de vue est appuyé par bon nombre d'affaires jugées depuis l'arrêt *Grant*. Dans la vaste majorité des décisions où le cadre énoncé dans cet arrêt a été appliqué, les tribunaux ont conclu que les personnes ne sont pas détenues au sens où il faut l'entendre pour l'application des art. 9 ou 10b) de la *Charte* lorsqu'elles sont informées sans équivoque par les policiers qu'elles sont libres de partir (voir *R. c. Todd*, 2019 SKCA 36, [2019] 9 W.W.R. 207, par. 63-69; *R. c. Tran*, 2010 ABCA 211, 482 A.R. 357, par. 25-30; *R. c. Schrenk*, 2010 MBCA 38, 255 Man. R. (2d) 12, par. 56; *R. c. Hermkens & Moran*, 2021 ABQB 885, par. 223-234 (CanLII); *R. c. Heppner*, 2017 BCSC 894, par. 125 et 127 (CanLII); *R. c. Roach*, 2012 NLTD(G) 21, 319 Nfld. & P.E.I.R. 231, par. 44-45; *R. c. Bristol*, 2011 ABQB 73, par. 22-23 (CanLII); *R. c. Bucknell*, 2021 BCPC 308, par. 99-109 (CanLII); *R. c. Giulioni*, 2011 NLTD(G) 117, 313 Nfld. & P.E.I.R. 220, par. 29; *R. c. Wheeler*, 2010 YKTC 7, par. 11 (CanLII); *R. c. Rodh*, 2010 SKPC 150, 364 Sask. R. 96, par. 25). Par conséquent, les déclarations non ambiguës des policiers informant une personne qu'elle n'est pas tenue d'obtempérer devraient peser lourdement contre une conclusion de détention psychologique, à moins que la conduite des policiers mine ce message (voir *R. c. Jackman*, 2011 NLTD(G) 116, 313 Nfld. & P.E.I.R. 203, par. 42-43).

[125] This is not to say that statements by police that the individual is free to go are “all but determinative” or that they justify turning the focus away from contextual factors, as the majority suggests in describing our position (para. 38). We acknowledge that the particular circumstances of the individual are pertinent in determining whether a reasonable person could consider that police by their conduct have undermined such statements. A person subject to accusatory questioning or coercive behaviour could reasonably feel detained by police regardless of statements to the contrary. The threshold may be lower for vulnerable individuals who are unfamiliar with their *Charter* rights. This is particularly true in cases of “intensive interrogation” (S. Penney, “Police Questioning in the Charter Era: Adjudicative versus Regulatory Rule-making and the Problem of False Confessions” (2012), 57 *S.C.L.R.* (2d) 263, at p. 287 (emphasis added)).

[126] None of these concerns apply here. Although Mr. Lafrance is a young, Indigenous person with no experience akin to that on March 19, 2015, the police did not undermine their statements that he was free to go and under no obligation to cooperate. In dealing with Mr. Lafrance, police repeatedly reminded him that he was under no obligation to cooperate and could leave at any time; they also ensured that he understood his *Charter* right to silence at the beginning of the interview of March 19, 2015. Mr. Lafrance was eager to cooperate in order to allay suspicion.

[127] Applying the *Grant* framework, we conclude that Mr. Lafrance was not psychologically or otherwise detained at any point during his dealings with the police on March 19, 2015; thus, there was no requirement that he be advised by police of his right to counsel under s. 10(b) of the *Charter*.

[125] Cela ne signifie pas que les déclarations des policiers portant que la personne est libre de partir sont « pratiquement déterminantes » ou qu’elles justifient de s’écarter des facteurs contextuels, comme le suggèrent les juges majoritaires lorsqu’ils décrivent notre position (par. 38). Nous reconnaissons qu’il est utile de prendre en considération la situation personnelle de l’individu afin de déterminer si une personne raisonnable pourrait estimer que la conduite des policiers a eu pour effet de miner de telles déclarations. La personne faisant l’objet de questions accusatoires ou d’un comportement coercitif pourrait raisonnablement se sentir détenue par les policiers, peu importe si ces derniers affirment le contraire. Le seuil peut être moins exigeant pour les personnes vulnérables qui ne connaissent pas leurs droits garantis par la *Charte*. Cela est particulièrement vrai dans les cas [TRADUCTION] « d’interrogatoire intensif » (S. Penney, « Police Questioning in the Charter Era : Adjudicative versus Regulatory Rule-making and the Problem of False Confessions » (2012), 57 *S.C.L.R.* (2d) 263, p. 287 (nous soulignons)).

[126] Aucune de ces préoccupations ne s’applique en l’espèce. Bien que M. Lafrance soit un jeune Autochtone n’ayant jamais vécu une expérience semblable à celle du 19 mars 2015, la conduite des policiers n’a pas miné leurs déclarations selon lesquelles il était libre de partir et nullement tenu de coopérer. Dans leurs interactions avec M. Lafrance, les policiers lui ont maintes fois rappelé qu’il n’était pas tenu de coopérer et qu’il pouvait partir à tout moment; ils se sont également assurés qu’il comprenait le droit au silence que lui garantit la *Charte* au début de l’entretien du 19 mars 2015. Monsieur Lafrance était disposé à coopérer afin de dissiper les soupçons à son endroit.

[127] L’application du cadre d’analyse de l’arrêt *Grant* nous mène à conclure que M. Lafrance n’a été détenu psychologiquement ou autrement à aucun moment durant ses interactions avec les policiers le 19 mars 2015; ainsi, il n’était pas nécessaire qu’il soit avisé par les policiers de son droit à l’assistance d’un avocat garanti par l’al. 10b) de la *Charte*.

(1) Circumstances Giving Rise to the Encounter

[128] According to the majority, “little consideration is given to the possibility that [the facts of the initial police encounter] gave rise to a detention” (para. 33). In the majority’s view, the overwhelming force manifested by police in the execution of the search warrant of the residence (para. 51), combined with Mr. Lafrance’s personal characteristics, are determinative.

[129] But the majority’s critique is unfounded, as the trial judge *did* consider the context in which police first interacted with Mr. Lafrance and its relevance to whether or not he was detained. The trial judge explained that the encounter began when police awoke Mr. Lafrance in the course of executing the search warrant, at para. 37:

Before encountering Sgt. Eros, Mr. Lafrance had been awakened by three police officers executing the search warrant. [Mr.] Lafrance was told he could not remain in the home while the search warrant was being executed. This was standard police practice and applied to all residence occupants. Outside the residence [Mr.] Lafrance, in the vicinity of police, retrieved his cat which had escaped from inside the residence. Sergeant Eros approached [Mr.] Lafrance in the garage area. After confirming [Mr.] Lafrance’s identity they had a brief conversation concerning the stabbing nearby. Sergeant Eros told [Mr.] Lafrance he wanted to speak with him about his involvement in an incident that had occurred down the road.

Indeed, the brief remarks of the trial judge on the initial encounter, read in context, indicate that the search warrant was executed professionally and disclosed no signs of unnecessary coercion. With respect, the majority’s assertion concerning “the overwhelming show of force in the intrusion into the home” (para. 51) plainly contradicts the trial judge’s assessment of the initial encounter.

[130] After verifying Mr. Lafrance’s identity, “Sergeant Eros testified he asked whether [Mr.] Lafrance

(1) Les circonstances à l’origine du contact

[128] Selon les juges majoritaires, « peu de considération est accordée à la possibilité que [l]es faits [relatifs au premier contact avec les policiers] entraînent une détention » (par. 33). D’après eux, le vaste déploiement de force manifesté par les policiers dans l’exécution du mandat de perquisition au domicile (par. 51), combiné aux caractéristiques propres à M. Lafrance, sont déterminants.

[129] Mais la critique formulée par les juges majoritaires n’est pas fondée, puisque le juge du procès *a de fait* tenu compte du contexte dans lequel les policiers ont interagi pour la première fois avec M. Lafrance et de sa pertinence quant à savoir s’il avait été détenu ou non. Le juge du procès a expliqué que le contact a commencé lorsque les policiers ont réveillé M. Lafrance dans le cadre de l’exécution du mandat de perquisition, au par. 37 :

[TRADUCTION] Avant de rencontrer le sergent Eros, M. Lafrance avait été réveillé par trois policiers qui exécutaient le mandat de perquisition. [Monsieur] Lafrance a été informé qu’il ne pouvait rester dans la maison pendant l’exécution du mandat. Cette pratique policière est courante et s’appliquait à tous les occupants de la résidence. À l’extérieur de son domicile, [M.] Lafrance, à proximité des policiers, a récupéré son chat qui s’était échappé de la maison. Le sergent Eros a abordé [M.] Lafrance près du garage. Après avoir confirmé l’identité de [M.] Lafrance, le sergent Eros a eu une brève conversation avec lui concernant l’agression au couteau qui avait eu lieu dans les environs. Le sergent Eros a dit à [M.] Lafrance qu’il voulait lui parler concernant son rôle dans un incident qui s’était produit plus loin sur la route.

En fait, les remarques succinctes du juge du procès portant sur le premier contact, interprétées contextuellement, indiquent que le mandat de perquisition a été exécuté de manière professionnelle et ne révélait aucun signe de coercition indu. Avec égards, l’affirmation des juges majoritaires concernant « le vaste déploiement de force lors de l’intrusion dans la maison » (par. 51) va carrément à l’encontre de l’évaluation que le juge du procès a faite du premier contact.

[130] Après avoir vérifié l’identité de M. Lafrance, [TRADUCTION] « le sergent Eros lui a demandé s’il était

would be willing to provide a voluntary statement. Sergeant Eros explained that [Mr.] Lafrance was free to leave, and that it was up to him to decide whether he would accompany Sgt. Eros or make a statement” (trial reasons, at para. 38). At that point, police were only “in the preliminary stages of an investigation into [Mr.] Yasinski’s homicide” (para. 78).

[131] We agree with the majority that a reasonable person in Mr. Lafrance’s position would feel singled out for investigation. However, “[f]ocused suspicion, in and of itself, does not turn the encounter into a detention” (*Grant*, at para. 41). The significance of this consideration is diminished in these circumstances by statements by the police that Mr. Lafrance was free to leave — as did all the other occupants of the house.

(2) Police Conduct

[132] Key to our conclusion on detention are the police statements on several occasions that Mr. Lafrance was under no obligation to cooperate, and he was free to leave at any time. The passages highlighted by the majority bear repeating: “you don’t have to provide me a statement . . . that it would be completely voluntary on your point”, “you don’t hafta sit here and speak with me today”, “you are at any time Nigel free to leave”, “we (unintelligible) responsibility to ensure that you’re aware of – of your rights and . . . and like I said that – that includes the ability to leave whenever you want to”, “[v]oluntary that you don’t have to sit here and speak with me”, “you say you’re willing to talk now . . . right in half an hour, 20 minutes, two hours you’re – you decide that – that you no longer wanta speak with me . . . Um you just have to let me know . . . Okay and at that point in time, we’ll stop and we’ll move on”, and “some people think well now that I’ve agreed to it . . . I’m stuck here right . . . And – that’s absolutely not the case” (p. 419, fn. 3, quoting A.R., vol. IV, at pp. 56, 64 and 72-74).

[133] The question, in our view, is whether police by their conduct undermined their statements. The record demonstrates that they did not.

disposé à faire une déclaration volontaire. Le sergent Eros a expliqué à [M.] Lafrance qu’il était libre de partir et que la décision de l’accompagner ou de faire une déclaration lui appartenait » (motifs de première instance, par. 38). À ce moment-là, les policiers n’en étaient qu’aux [TRADUCTION] « étapes préliminaires de l’enquête sur l’homicide de [M.] Yasinski » (par. 78).

[131] Nous convenons avec les juges majoritaires qu’une personne raisonnable dans la situation de M. Lafrance se serait sentie ciblée à des fins d’enquête. Toutefois, « [I]es soupçons ne transforment pas en soi le contact en détention » (*Grant*, par. 41). L’importance de cette considération est amoindrie dans les circonstances par les déclarations des policiers portant que M. Lafrance était libre de partir — ce qu’ont fait tous les autres occupants de la maison.

(2) La conduite des policiers

[132] Les nombreuses déclarations des policiers précisant que M. Lafrance n’était pas tenu de coopérer et qu’il était libre de partir à tout moment constituent un facteur clé à l’appui de notre conclusion sur la détention. Les extraits soulignés par les juges majoritaires méritent d’être répétés : [TRADUCTION] « tu n’as pas à me donner de déclaration [. . .] que ce serait entièrement volontaire de ta part », « tu n’as pas à t’asseoir ici et à me parler aujourd’hui », « tu es à tout moment, Nigel, libre de partir », « nous (inaudible) la responsabilité de veiller à ce que tu aies connaissance de – de tes droits et [. . .] et comme je l’ai dit que – cela inclut la possibilité de partir quand tu le veux », « [c]’est volontaire que tu n’es pas obligé de t’asseoir ici et de me parler », « tu dis que tu veux parler maintenant [. . .] bien dans une demi-heure, 20 minutes, deux heures, tu es – tu décides que – que tu ne veux plus me parler [. . .] euh tu dois simplement me le dire [. . .] ok et à ce moment-là, nous allons arrêter et passer à autre chose », et « certaines personnes pensent bien, maintenant que j’ai accepté [. . .] je suis pris ici [. . .] et – ce n’est absolument pas le cas » (p. 419, note 3, citant d.a., vol. IV, p. 56, 64 et 72-74).

[133] À notre avis, la question consiste à déterminer si la conduite des policiers a eu pour effet de miner leurs déclarations. Le dossier démontre que ce n’est pas le cas.

(a) *Actions and Language of Police*

[134] Conspicuously absent from the majority’s list of factors relating to police actions and language (para. 40) is the evidence as to how police actually interacted with Mr. Lafrance. The record demonstrates that Sgt. Eros did not pressure Mr. Lafrance to come to the police station. Not only did Sgt. Eros specify that coming to the station was “completely voluntary”, but he also mentioned that the interview did not need to take place that day. Indeed, Sgt. Eros asked Mr. Lafrance whether he had to go to work or to “any appointments or anything like that”, stressing that he did not “wanna hold [Mr. Lafrance] up from anything” (A.R., vol. IV, at p. 57). Sergeant Eros’ approach preserved Mr. Lafrance’s freedom of choice.

[135] In his own words, Mr. Lafrance “had no problems with how anybody treated [him] that day” because police treated him “respectfully and politely” at every stage of the interaction; “everything went smooth” (A.R., vol. III, at pp. 220-21). Thus, the trial judge found that Mr. Lafrance “was comfortable with what occurred that day” (para. 56). Police did not undermine their various statements that he was free to leave, either before or after the interview. In fact, in relation to the collection of physical evidence subsequent to the interview, the trial judge noted that “[Mr.] Lafrance and Sgt. Eros continue[d] their banter” (para. 58).

[136] In such circumstances, we do not find any reviewable error in the trial judge’s decision. With respect, a careful and deferential review of the record requires a rejection of the factors that — according to the majority — “outweig[h]” the police statements that Mr. Lafrance was free to go (para. 40). To further demonstrate why, we will address the conduct of the police in greater detail.

a) *Actions et propos des policiers*

[134] Dans l’énumération par les juges majoritaires des facteurs relatifs aux actions et aux propos des policiers (par. 40), la preuve relative à la façon dont les policiers ont réellement interagi avec M. Lafrance brille par son absence. Le dossier démontre que le sergent Eros n’a pas fait pression sur M. Lafrance pour qu’il se rende au poste de police. Non seulement le sergent Eros a précisé que le choix de se rendre au poste était « entièrement volontaire », mais il a également mentionné qu’il n’était pas nécessaire que l’entretien ait lieu ce jour-là. En effet, le sergent Eros a demandé à M. Lafrance s’il devait aller travailler ou se rendre à [TRADUCTION] « des rendez-vous ou autres », soulignant qu’il ne voulait pas « empêcher [M. Lafrance] de faire quoi que ce soit » (d.a., vol. IV, p. 57). La conduite du sergent Eros préservait la liberté de choix de M. Lafrance.

[135] Selon ses propres termes, M. Lafrance [TRADUCTION] « n’a eu aucun problème avec la façon dont les gens l’ont traité ce jour-là », car les policiers ont été « respectueux et polis » avec lui à chaque étape de l’interaction; « tout s’est déroulé en douceur » (d.a., vol. III, p. 220-221). Ainsi, le juge du procès a conclu que M. Lafrance [TRADUCTION] « était à l’aise avec ce qui s’était passé ce jour-là » (par. 56). La conduite des policiers n’a pas eu pour effet de miner leurs diverses déclarations selon lesquelles il était libre de partir, que ce soit avant ou après l’entretien. En fait, le juge du procès a souligné que, en ce qui a trait à la collecte d’éléments de preuve matérielle ayant eu lieu après l’entretien, [TRADUCTION] « [M.] Lafrance et le sergent Eros ont continué leur badinage » (par. 58).

[136] Dans ces circonstances, nous estimons que la décision du juge du procès ne comporte aucune erreur susceptible de révision. Avec égards, un contrôle attentif et empreint de déférence du dossier commande le rejet des facteurs qui — selon les juges majoritaires — « supplant[ent] » les déclarations des policiers selon lesquelles M. Lafrance était libre de partir (par. 40). Pour renforcer notre position, nous examinerons la conduite des policiers plus en détail.

(i) Execution of the Search Warrant

[137] Apart from the instructions by police relating to the execution of the search warrant — which were authorized by law — there is no evidence of any “conduct [giving] rise to an impression of control” (*Grant*, at para. 51). We acknowledge that police exercised control over the home, thereby ordering all its occupants — including Mr. Lafrance — to leave their residence under supervision. But it does not follow from this that Mr. Lafrance was psychologically detained.

[138] In our view, it is appropriate to distinguish between control over the home and control over the person. However, the majority collapses the distinction between the two. This is particularly manifest in its conclusion, which refers only to police actions necessary and proper for *the execution of the search warrant*: “[G]iven the overwhelming force in which a team of police officers arrived at Mr. Lafrance’s home, ordered him to get dressed and leave his home, and monitored his every movement, the officers should have recognized that a reasonable person in Mr. Lafrance’s shoes would feel obliged to comply with their demands and would conclude that he or she was not free to go” (para. 64 (emphasis added)).

[139] It is uncontroversial that Mr. Lafrance had to comply with these demands *because they pertained to the proper execution of the search warrant*. Indeed, all the occupants of the residence were subject to such orders, as the trial judge duly noted (para. 37). Police monitoring of the residents *inside* the home was also closely related to the integrity of their search, rather than specific to Mr. Lafrance.

[140] The majority’s remark that Mr. Lafrance’s every movement was monitored *outside* the home (see paras. 8, 31, 43, 47 and 63-64) attests to its lack of deference to the trial judge’s findings of fact. The only basis in the record for this conclusion is Mr. Lafrance’s claim that police “chaperoned” him while he was attempting to retrieve his cat (R.F, at paras. 7 and 32; A.R., vol. III, at pp. 91-93). The trial judge, we

(i) Exécution du mandat de perquisition

[137] À part les instructions des policiers relatives à l’exécution du mandat de perquisition — qui étaient autorisées par la loi — il n’y a aucune preuve d’un comportement donnant lieu à une « impression que les policiers contrôlaient [M. Lafrance] » (*Grant*, par. 51). Nous reconnaissons que les policiers exerçaient un contrôle sur la maison, ordonnant ainsi à tous ses occupants — y compris M. Lafrance — de quitter la résidence sous surveillance. Mais il ne s’ensuit pas que M. Lafrance a été détenu psychologiquement.

[138] À notre avis, il convient d’établir une distinction entre le contrôle exercé sur la maison et le contrôle exercé sur la personne. Toutefois, les juges majoritaires ne font pas cette distinction. Cela ressort particulièrement dans leur conclusion, qui renvoie seulement aux actions des policiers qui sont nécessaires et appropriées dans *l’exécution du mandat de perquisition* : « . . . compte tenu du vaste déploiement de force avec lequel une équipe de policiers est arrivée au domicile de M. Lafrance, lui a donné l’ordre de s’habiller et de quitter sa maison et a surveillé chacun de ses mouvements, les policiers auraient dû reconnaître qu’une personne raisonnable mise à la place de M. Lafrance se serait sentie obligée d’obtempérer à leurs sommations et aurait conclu qu’elle n’était pas libre de partir » (par. 64 (nous soulignons)).

[139] Nul ne conteste que M. Lafrance devait obtempérer à ces sommations *parce qu’elles étaient liées à la bonne exécution du mandat de perquisition*. En effet, tous les occupants de la résidence étaient assujettis à ces ordres, comme l’a dûment fait remarquer le juge du procès (par. 37). La surveillance policière des résidents *à l’intérieur* de la maison était aussi étroitement liée à l’intégrité de la perquisition, plutôt que spécifique à M. Lafrance.

[140] La remarque des juges majoritaires selon laquelle chacun des mouvements de M. Lafrance étaient surveillés *à l’extérieur* de la maison (voir par. 8, 31, 43, 47 et 63-64) démontre qu’ils n’ont pas fait preuve de retenue à l’égard des conclusions de fait du juge du procès. Le seul élément au dossier qui appuie cette conclusion est l’allégation de M. Lafrance selon laquelle les policiers le [TRADUCTION] « tenaient

stress, expressed “insurmountable concerns about the credibility of [Mr.] Lafrance’s evidence” (para. 34). The trial judge found Mr. Lafrance to be generally “dishonest”, highlighting several “implausible” and “unreasonable and self-serving” statements from his testimony (paras. 28, 31 and 34). More specifically, Mr. Lafrance’s testimony was rejected “where it [was] not consistent with that of police officers” (para. 34).

[141] By contrast, Sgt. Eros — a “credible and reliable witness” whose testimony the trial judge found to be “honest and accurate” (paras. 19 and 24) — said that “the officers that were outside at that time were assisting [Mr. Lafrance] to try to locate the cat” (A.R., vol. II, at p. 103 (emphasis added)). Furthermore, Sgt. Eros could not recall seeing officers in the immediate proximity of Mr. Lafrance while he was trying to get the cat (p. 103), but simply noted that “[h]e would have been in sight of police officers” (p. 93). Sergeant Eros’ testimony is reflected in the trial judge’s findings that police were merely “in the vicinity” of Mr. Lafrance at the time (para. 37) and that he “was not being told to stay with police; he was simply instructed to leave the residence” (para. 43). These findings by the trial judge do not support a conclusion that Mr. Lafrance was subject to psychological detention.

(ii) Ride to the Police Station

[142] The initial interaction at Mr. Lafrance’s residence was followed by a 20-minute ride to the police station in an unmarked police vehicle. We disagree with the majority’s assertion that this militates in favour of detention; in doing so, we are mindful of police conduct relating to the ride and the fact that Mr. Lafrance *chose* this option.

à l’œil » pendant qu’il tentait de récupérer son chat (m.i., par. 7 et 32; d.a., vol. III, p. 91-93). Nous tenons à souligner que le juge du procès a exprimé [TRA-DUCTION] « des doutes insurmontables au sujet de la crédibilité du témoignage de [M.] Lafrance » (par. 34). Le juge du procès était d’avis que M. Lafrance était généralement [TRADUCTION] « malhonnête », et il a souligné plusieurs déclarations « invraisemblables », « déraisonnables et intéressées » dans son témoignage (par. 28, 31 et 34). Plus précisément, le témoignage de M. Lafrance a été rejeté [TRADUCTION] « lorsqu’il n’[était] pas compatible avec celui des policiers » (par. 34).

[141] Par contraste, le sergent Eros — un [TRA-DUCTION] « témoin crédible et fiable » dont le témoignage a été jugé « honnête et juste » par le juge du procès (par. 19 et 24) — a affirmé que « les policiers qui étaient à l’extérieur à ce moment-là aidaient [M. Lafrance] à retrouver son chat » (d.a., vol. II, p. 103 (nous soulignons)). De plus, le sergent Eros ne se souvenait pas d’avoir vu des policiers à proximité immédiate de M. Lafrance lorsqu’il était en train de chercher son chat (p. 103), mais a simplement noté qu’« [i]l aurait été à la vue des policiers » (p. 93). Le témoignage du sergent Eros ressort des conclusions du juge du procès selon lesquelles les policiers étaient simplement « à proximité » de M. Lafrance à ce moment-là (par. 37) et que ce dernier « n’avait pas été avisé de demeurer près des policiers; il avait seulement reçu l’ordre de quitter la résidence » (par. 43). Ces conclusions du juge du procès n’appuient pas la conclusion que M. Lafrance était soumis à une détention psychologique.

(ii) Trajet jusqu’au poste de police

[142] L’interaction initiale au domicile de M. Lafrance a été suivie d’un trajet de 20 minutes jusqu’au poste de police dans un véhicule de police banalisé. Nous ne sommes pas d’accord avec l’assertion des juges majoritaires selon laquelle ce facteur tend à démontrer qu’il y a eu détention; en affirmant cela, nous tenons compte de la conduite des policiers quant au trajet ainsi que du fait que M. Lafrance *a choisi* cette option.

[143] The majority states that “[t]he only practical means available to Mr. Lafrance for getting to the police station was for him to be driven, which he was in an unmarked police vehicle accompanied by two police officers” (para. 40). Yet, this contradicts the trial judge’s factual findings. The trial judge found that “[Mr.] Lafrance agreed he had transportation ‘options of people who had vehicles at home’” (para. 39), based on his statement in cross-examination. The other occupants of the residence present at the time — Mr. Lafrance’s girlfriend and his father as well as one of the downstairs tenants — “all left the house and went their different ways” (A.R., vol. III, at p. 214). Stated differently, Mr. Lafrance had multiple transportation options, but he *chose* to accompany Sgt. Eros to the station in the police car (trial reasons, at para. 39).

[144] The conversation on the way to the police station was “lighthearted”, and Mr. Lafrance’s “comfortable demeanour and engagement indicate his participation was entirely voluntary and a produc[t] of deliberate choice” (trial reasons, at paras. 42 and 44). From the parking lot to the interview room, Mr. Lafrance “was not held, or in any sense physically controlled or guided” by police (para. 42).

(iii) Interview

[145] At the outset of the interview, Sgt. Eros “stresses something that is ‘important’: the statement is voluntary and [Mr.] Lafrance can leave at any time” (trial reasons, at para. 47). The trial judge noted that Sgt. Eros devoted “[a]pproximately the first 15 minutes of the interview [to] explaining the process and the related legal rights of [Mr.] Lafrance” (para. 51).

[146] What is more, the nature of the interview militates against a finding of psychological detention. As the trial judge pointed out, Sgt. Eros’ “interview style was deliberately non-accusatory”, and his “questioning [was] focused on information-gathering” (paras. 75 and 77). Sergeant Eros provided

[143] Les juges majoritaires affirment que « [l]e seul moyen pratique dont disposait M. Lafrance pour se rendre au poste de police était d’y être conduit, ce qui a été fait dans une voiture de police banalisée avec deux policiers » (par. 40). Pourtant, cette affirmation contredit les conclusions de fait du juge du procès. Celui-ci a conclu que [TRADUCTION] « [M.] Lafrance avait reconnu qu’il avait la possibilité de se faire conduire “par les occupants de la résidence qui avaient une voiture” » (par. 39), en fonction de sa déclaration en contre-interrogatoire. Les autres occupants de la résidence présents à ce moment-là — la copine et le père de M. Lafrance, ainsi qu’un des locataires de l’étage inférieur — [TRADUCTION] « avaient tous quitté la maison et pris chacun leur chemin » (d.a., vol. III, p. 214). Autrement dit, M. Lafrance avait de multiples options de transport, mais il *a choisi* d’accompagner le sergent Eros au poste en voiture de police (motifs de première instance, par. 39).

[144] La conversation sur le chemin du poste de police était [TRADUCTION] « joviale », et « l’aisance [de M. Lafrance] et sa coopération indiquent que sa participation était entièrement volontaire et résultait d’un choix délibéré » (motifs de première instance, par. 42 et 44). Du stationnement à la salle d’interrogatoire, M. Lafrance « n’a pas été détenu ni en aucun cas contrôlé ou guidé physiquement » par les policiers (par. 42).

(iii) L’entretien

[145] Au début de l’entretien, le sergent Eros [TRADUCTION] « souligne quelque chose d’“important” : la déclaration est volontaire et [M.] Lafrance peut partir à tout moment » (motifs de première instance, par. 47). Le juge du procès a souligné que le sergent Eros avait consacré [TRADUCTION] « [a]pproximativement les 15 premières minutes de l’entretien à expliquer à [M.] Lafrance la procédure et les droits connexes dont il pouvait se prévaloir » (par. 51).

[146] Qui plus est, la nature de l’entretien milite contre une conclusion de détention psychologique. Comme l’a fait remarquer le juge du procès, le sergent Eros [TRADUCTION] « avait sciemment adopté un style d’entretien non accusatoire » et ses « questions portaient principalement sur la collecte de

Mr. Lafrance with an “opportunity to answer questions ‘freely and flexibly’ and of his ‘free will’” (para. 75). Mr. Lafrance “was not confronted with evidence pointing to his guilt. He was not accused of an offence” (para. 77). These findings indicate that police carefully avoided anything akin to accusatory interrogation.

(iv) Collection of Physical Evidence

[147] After the interview, police asked Mr. Lafrance whether he would consent to provide DNA and fingerprint samples, as well as some of his clothes and his cellphone, which he did without reservation. Mr. Lafrance also agreed to have the police photograph his hands. It is noteworthy that police expressly gave him an opportunity to speak to a lawyer prior to the DNA testing, but he declined the offer.

[148] The evidence demonstrates Mr. Lafrance was keen to collaborate. The trial judge noted that Mr. Lafrance “volunteer[ed] for fingerprinting even before Sgt. Eros completed his request” (para. 57). Moreover, Mr. Lafrance voluntarily provided additional, unsolicited information on his cellphone, as the trial judge noted, at para. 68:

I note [Mr.] Lafrance did not merely provide the RCMP with the cell phone and assured them it was not locked with a password or passcode, [Mr.] Lafrance also explained a quirk of that cell phone to assist the RCMP investigators. The cell phone had a bent battery, and that meant the cell phone would reset itself unexpected[ly]. The implication behind [Mr.] Lafrance sharing that fact is he wanted the RCMP to be able to fairly evaluate whatever kind of information they might obtain from the cell phone.

[149] A further indication of police conduct is the nature of the communication between Sgt. Eros and Mr. Lafrance during collection of the physical evidence. The trial judge noted that “[Mr.] Lafrance and

renseignements » (par. 75 et 77). Le sergent Eros a donné à M. Lafrance la [TRADUCTION] « possibilité de répondre aux questions “librement et avec souplesse” et de son “plein gré” » (par. 75). Monsieur Lafrance [TRADUCTION] « n’a pas été mis en présence d’éléments de preuve démontrant sa culpabilité. Il n’a pas été accusé d’une infraction » (par. 77). Ces conclusions indiquent que les policiers ont pris soin d’éviter tout ce qui pouvait ressembler à un interrogatoire accusatoire.

(iv) Collecte d’éléments de preuve matérielle

[147] Après l’entretien, les policiers ont demandé à M. Lafrance s’il accepterait de fournir un échantillon d’ADN et ses empreintes digitales, de même que quelques-uns de ses vêtements et son cellulaire, ce qu’il a fait sans réserve. Monsieur Lafrance a également accepté que les policiers prennent ses mains en photo. Il convient de noter que les policiers lui ont expressément donné l’occasion de parler à un avocat avant de lui faire subir un test d’ADN, mais il a refusé l’offre.

[148] La preuve démontre que M. Lafrance était disposé à collaborer. Le juge du procès a souligné que M. Lafrance [TRADUCTION] « avait offert que l’on prélève ses empreintes digitales avant même que le sergent Eros le lui demande » (par. 57). De plus, M. Lafrance a volontairement donné d’autres renseignements non sollicités au sujet de son cellulaire, comme l’a souligné le juge du procès, au par. 68 :

[TRADUCTION] Je constate que [M.] Lafrance ne s’est pas contenté de remettre son cellulaire aux enquêteurs de la GRC et de les assurer qu’il n’était pas verrouillé par un mot de passe ou un code d’accès. Il les a également aidés en leur expliquant une anomalie de ce cellulaire. La pile du cellulaire était tordue, ce qui faisait en sorte qu’il pouvait se réinitialiser inopinément. [Monsieur] Lafrance a forcément communiqué cette anomalie parce qu’il voulait que les enquêteurs de la GRC puissent évaluer équitablement tout renseignement qu’ils pouvaient tirer du cellulaire.

[149] La nature de la communication entre le sergent Eros et M. Lafrance pendant la collecte de la preuve matérielle constitue un autre indice révélant la nature de la conduite des policiers. Le juge du procès a fait

Sgt. Eros continue[d] their banter”. Nothing in the foregoing supports the conclusion that a reasonable person in Mr. Lafrance’s position would feel detained.

(b) *Physical Contact*

[150] Physical contact is particularly significant in determining whether individuals informed by police they are free to go are nevertheless psychologically detained. Statements about freedom to leave would not be reasonably perceived as genuine where police, directly or indirectly, restrict the subject’s liberty of movement. This can include situations where physical proximity has an objectively oppressive effect on the individual — for example, where police officers deliberately position themselves within a small space “in a manner to block the exit” (*R. v. Le*, 2019 SCC 34, [2019] 2 S.C.R. 692, at para. 50).

[151] We agree with the majority that there was no evidence of physical contact or oppressive proximity that could support a finding of psychological detention in this case. On the contrary, the trial judge found no evidence of physical obstruction by police at any stage of the encounter (paras. 43, 45 and 70).

(c) *Presence of Others*

[152] The majority uses the presence of others as a “significant consideration” (para. 43) in that Mr. Lafrance was in the presence of police throughout the interaction. We disagree. Nothing in the record indicates the police brought in more officers than reasonably necessary to ensure police and public safety and the effectiveness of the search. Moreover, *Le* makes clear, at para. 63, that the “presence of others” refers to witnesses, *not* police officers:

remarquer que [TRADUCTION] « [M.] Lafrance et le sergent Eros ont continué leur badinage ». Rien de ce qui précède ne permet de conclure qu’une personne raisonnable dans la situation de M. Lafrance se serait sentie détenue.

b) *Contact physique*

[150] Le contact physique est un facteur particulièrement important pour déterminer si une personne informée par un policier qu’elle est libre de partir est néanmoins détenue psychologiquement. Les déclarations quant à la liberté de partir ne seront pas raisonnablement perçues par la personne comme étant sincères si les policiers, directement ou indirectement, restreignent sa liberté de mouvement. Il peut notamment s’agir de situations où la proximité physique a un effet oppressif objectif sur la personne — par exemple, lorsque les policiers se placent délibérément dans un espace restreint « de manière à bloquer la sortie » (*R. c. Le*, 2019 CSC 34, [2019] 2 R.C.S. 692, par. 50).

[151] Nous convenons avec les juges majoritaires qu’il n’y avait aucune preuve de contact physique ou de proximité oppressive permettant de conclure à une détention psychologique en l’espèce. D’ailleurs, le juge du procès n’a constaté aucune preuve indiquant qu’un policier avait physiquement fait obstacle à M. Lafrance à un moment ou un autre du contact (par. 43, 45 et 70).

c) *Présence d’autres personnes*

[152] Les juges majoritaires considèrent la présence d’autres personnes comme un « facteur important » (par. 43) dans la mesure où M. Lafrance était en présence de policiers tout au long de l’interaction. Nous ne sommes pas de cet avis. Rien dans le dossier n’indique que les policiers sont venus en plus grand nombre que ce qui était raisonnablement nécessaire afin d’assurer leur sécurité et celle du public ainsi que l’efficacité de la perquisition. En outre, il ressort clairement du par. 63 de l’arrêt *Le* que la « présence d’autres personnes » renvoie à des témoins, et *non* à des policiers :

In this case, the presence of others would likely increase, not decrease, a reasonable person's perception that they were being detained. Each man witnessed what was happening to them all. The presence of others clearly did not prevent the police entry in the first place or provide any privacy, security or protection against incursions thereafter. Each man saw that the police asked each of them who they were and what they were doing.

Indeed, an assessment of the presence of police officers throughout the encounter at this stage, although relevant, is redundant with the considerations already assessed by the majority in discussing the actions and language of police as well as their proximity to Mr. Lafrance.

[153] In any event, the presence of other police officers (in addition to Sgt. Eros) is of no consequence in this case given how the police conducted themselves. As well, there were no other members of the public around Mr. Lafrance from the moment he accepted to go to the police station.

(d) *Place and Duration of the Encounter*

[154] The interview at the police station and the taking of physical evidence at the end of the interview warrant close attention. At the outset, Sgt. Eros informed Mr. Lafrance that the door of the interview room was unlocked and that he was “at any time . . . free to leave” (trial reasons, at para. 47). At the same time, Sgt. Eros indicated that they were in a “secure environment”, so that Mr. Lafrance would need to be accompanied by police for “smoke or bathroom breaks” (para. 48). Given that Mr. Lafrance knew he could leave at any time, we agree with the trial judge that the fact that he would need to be accompanied while in the secured area of the station is “inconsequential” (para. 70). This is further supported by the trial judge's statement that “this procedure was not a product of the [non-accusatory] interview process and was not unique to [Mr.] Lafrance” (para. 71). Simply put, an individual is not detained just because he or she is the subject of a police interview (*Grant*,

Dans la présente affaire, la présence d'autres personnes aurait vraisemblablement pour effet d'accroître, et non de diminuer, la perception qu'aurait une personne raisonnable d'être détenue. Chacune des personnes présentes a été témoin de ce qui arrivait à toutes. La présence d'autres personnes n'a d'ailleurs manifestement pas empêché les policiers d'entrer, et elle n'a fourni aucune forme de protection de la vie privée, de sécurité et de protection contre les incursions subséquentes. Chaque homme a vu les policiers demander à tous qui ils étaient et ce qu'ils faisaient.

En fait, un examen de la présence des policiers tout au long du contact à cette étape, bien qu'il soit pertinent, est redondant : il porte sur des considérations déjà évaluées par les juges majoritaires dans le cadre de leur analyse des actions et des propos des policiers ainsi que de leur proximité avec M. Lafrance.

[153] Quoi qu'il en soit, la présence d'autres policiers (en plus du sergent Eros) est sans conséquence dans la présente affaire compte tenu de la manière dont les policiers se sont conduits. De plus, à partir du moment où M. Lafrance a accepté de se rendre au poste de police, il ne s'est trouvé en présence d'aucun autre membre du public.

d) *Lieu et durée du contact*

[154] L'entretien au poste de police et la prise d'éléments de preuve matérielle à la fin de l'entretien méritent une attention particulière. Dès le départ, le sergent Eros a informé M. Lafrance que la porte de la salle d'interrogatoire n'était pas verrouillée et qu'il était [TRADUCTION] « à tout moment [. . .] libre de partir » (motifs de première instance, par. 47). Par ailleurs, le sergent Eros lui a dit qu'ils se trouvaient dans un [TRADUCTION] « environnement sécurisé », de sorte que M. Lafrance devait être accompagné par un policier s'il souhaitait « prendre une pause pour fumer ou aller aux toilettes » (par. 48). Comme M. Lafrance savait qu'il pouvait partir à tout moment, nous sommes d'accord avec le juge du procès pour dire que le fait qu'il devait être accompagné lorsqu'il se trouvait dans la zone sécurisée du poste est [TRADUCTION] « sans conséquence » (par. 70). Cette conclusion est appuyée par la déclaration du juge du procès selon laquelle [TRADUCTION] « cette procédure ne résultait pas du

at para. 26, quoting from *R. v. Mann*, 2004 SCC 52, [2004] 3 S.C.R. 59, at para. 19).

[155] Regard must be had to the duration of the interview — about 3 and a half hours, including “approximately 30 min[utes] (involving two separate occasions) during which [Mr.] Lafrance was alone in the interview room” (trial reasons, at para. 46). Intensive interrogation, particularly if it lasts for a long time, can reasonably lead to the conclusion that the individual is being detained.

[156] The trial judge, however, was alive to this issue. He noted that the “interview was lengthier than generally occurred in non-accusatory sessions” (para. 19; see also para. 89). The trial judge commented on the nature of the interview as follows:

The March 19, 2015 interview recordings indicate there is a steady dialogue exchange between Sgt. Eros and [Mr.] Lafrance. Sergeant Eros intended this be a conversation, and not an interrogation. His interview style was deliberately non-accusatory. It was designed to offer [Mr.] Lafrance the opportunity to answer questions “freely and flexibly” and of his “free will”. His interview style was deliberately non-accusatory.

...

The manner in which the March 19, 2015 interview was conducted was also not oppressive. Instead, it was a conversation. Sergeant Eros directed his inquiries in an open-ended and non-accusatory manner. In effect, this interview was a direct, fair information gathering procedure. [paras. 75 and 90]

In these circumstances, having regard to the conversational interview style and the absence of any confrontation, we see no basis to differ from the trial judge’s conclusion that the length of the interview does not suffice to turn it into a coercive interrogation or, ultimately, constitute (alone or with earlier events) the basis of a psychological detention.

processus d’entretien [non accusatoire] et n’était pas unique à [M.] Lafrance » (par. 71). Autrement dit, une personne n’est pas détenue simplement parce qu’elle fait l’objet d’un entretien policier (*Grant*, par. 26, citant *R. c. Mann*, 2004 CSC 52, [2004] 3 R.C.S. 59, par. 19).

[155] Il faut tenir compte de la durée de l’entretien — environ 3 heures et demie, dont [TRADUCTION] « approximativement 30 min[utes] (à deux occasions distinctes) pendant lesquelles [M.] Lafrance était seul dans la salle d’interrogatoire » (motifs de première instance, par. 46). Un interrogatoire intensif, surtout s’il dure longtemps, peut raisonnablement mener à la conclusion que la personne est détenue.

[156] Le juge du procès était toutefois sensible à cette question. Il a souligné que [TRADUCTION] « l’entretien avait été plus long que ce qui est généralement le cas lors de séances non accusatoires » (par. 19; voir aussi par. 89). Il a commenté la nature de l’entretien comme suit :

[TRADUCTION] Selon les enregistrements de l’entretien du 19 mars 2015, il y a des échanges constants entre le sergent Eros et [M.] Lafrance. Le sergent Eros voulait que ce soit une conversation, et non un interrogatoire. Il avait délibérément adopté un style d’entretien non accusatoire afin que [M.] Lafrance puisse répondre aux questions « librement et avec souplesse » et de son « plein gré ». Il avait délibérément adopté un style d’entretien non accusatoire.

...

L’entretien du 19 mars 2015 n’avait pas non plus été mené de manière oppressive. Il s’agissait plutôt d’une conversation. Le sergent Eros posait des questions ouvertes sans faire d’accusations. En fait, cet entretien constituait une procédure directe et équitable visant à recueillir de l’information. [par. 75 et 90]

Dans ces circonstances, compte tenu du style d’entretien sous forme de conversation et de l’absence d’affrontement, nous ne voyons aucune raison de tirer une conclusion différente de celle du juge du procès, à savoir que la durée de l’entretien ne suffit pas pour le qualifier d’interrogatoire coercitif ou, ultimement, pour constituer (en soi ou en combinaison avec des événements antérieurs) le fondement d’une détention psychologique.

(e) *Summary*

[157] In assessing police conduct, the majority substitutes its own view of the evidence for that of the trial judge, relying in part on the controverted evidence of Mr. Lafrance — a witness found to be dishonest. There is no credible evidence that police gave orders or closely monitored Mr. Lafrance for purposes other than the execution of the search warrant.

[158] Rather, the events — viewed in their entirety in line with the trial judge’s findings of fact — indicate that police asserted control over the home without coercing Mr. Lafrance, except to the extent necessary for the execution of the search warrant. In dealing with Mr. Lafrance, Sgt. Eros repeatedly reminded him that he was under no obligation to cooperate and could leave at any time, as well as ensuring that he understood his *Charter* right to silence at the beginning of the interview. Far from disclosing coercive behaviour, the evidence suggests Sgt. Eros had a lighthearted conversation with Mr. Lafrance during the ride to the police station, and the pair continued to banter after the conversational, non-confrontational interview. Nothing in the foregoing constitutes a basis to contradict the trial judge’s conclusion that Mr. Lafrance was not subject to psychological detention.

(3) Particular Circumstances of the Individual

[159] The trial judge “acknowledge[d] Mr. Lafrance was youthful, [I]ndigenous and had minimal police exposure at that time” (para. 79). As to physical stature, “[i]t is clear [Mr.] Lafrance is physically smaller than Sgt. Eros and his partner” (para. 73). Moreover, the trial judge found that Mr. Lafrance was “demonstrably intelligent” and “not unsophisticated”, although he “was naïve in deciding his participation would counter police suspicion” (paras. 80-81 and 91).

e) *Résumé*

[157] Dans leur évaluation de la conduite des policiers, les juges majoritaires substituent leur propre appréciation de la preuve à celle du juge du procès en se fondant en partie sur les éléments de preuve contestés produits par M. Lafrance — un témoin jugé malhonnête. Il n’existe aucune preuve crédible indiquant que les policiers ont donné des ordres à M. Lafrance ou l’ont surveillé de près à des fins autres que l’exécution du mandat de perquisition.

[158] Il ressort plutôt des événements — considérés dans leur ensemble à la lumière des conclusions de fait du juge du procès — que les policiers ont exercé un contrôle sur la maison sans contraindre M. Lafrance, sauf dans la mesure nécessaire à l’exécution du mandat de perquisition. Dans ses interactions avec M. Lafrance, le sergent Eros lui a rappelé à maintes reprises qu’il n’était pas tenu de coopérer et qu’il pouvait partir à tout moment. De même, le sergent Eros s’est assuré au début de l’entretien que M. Lafrance comprenait son droit de garder le silence garanti par la *Charte*. Loin de révéler un comportement coercitif, la preuve tend à indiquer que le sergent Eros a eu une conversation joviale avec M. Lafrance pendant le trajet jusqu’au poste de police et que les deux hommes ont continué à badiner après l’entretien non conflictuel mené sur le ton de la conversation. Rien de ce qui précède ne constitue un motif permettant de contredire la conclusion du juge du procès selon laquelle M. Lafrance n’a pas fait l’objet d’une détention psychologique.

(3) Situation particulière de la personne

[159] Le juge du procès a [TRADUCTION] « reconn[u] que M. Lafrance était un jeune Autochtone qui avait très peu eu affaire à la police au moment des faits » (par. 79). En ce qui concerne la stature, [TRADUCTION] « [i]l est évident que [M.] Lafrance est physiquement plus petit que le sergent Eros et son partenaire » (par. 73). De plus, le juge du procès a conclu que M. Lafrance était [TRADUCTION] « manifestement intelligent » et « non dépourvu de discernement », bien qu’il « était naïf de penser que sa participation dissiperait les soupçons des policiers » (par. 80-81 et 91).

[160] An individual’s youth, Indigenous background, lack of experience, and small stature are all material in determining whether police undermined statements that the subject was free to go. But such factors are not determinative. Yet the majority seems to say (para. 54) that detention *automatically* arises where police interview a young adult after executing a search warrant at his or her residence. That the detention inquiry is objective does not mean the reviewing court must conduct an abstract analysis unsupported by evidence (*Grant*, at para. 32; *R. v. Suberu*, 2009 SCC 33, [2009] 2 S.C.R. 460, at para. 28). Contrary to the majority’s claim (para. 64), there is no evidentiary support for the assertion that the execution of the search warrant in this case was conducted in a manner that would make a reasonable person in Mr. Lafrance’s position feel detained. It follows that the majority’s conclusions appear to be based on the circumstances of Mr. Lafrance only.

[161] Having regard to Mr. Lafrance’s particular circumstances, we acknowledge that police needed to tread carefully, but they did so, such that even having regard to Mr. Lafrance’s personal characteristics, he was not psychologically detained.

[162] This conclusion is buttressed by the trial judge’s factual determinations as to Mr. Lafrance’s perceptions of the events. Such subjective considerations, although not determinative, help to assess whether a reasonable person in Mr. Lafrance’s position would have perceived the police conduct as coercive (*Grant*, at para. 32; *Suberu*, at paras. 28 and 32). The following findings of fact are particularly significant in this regard:

- Mr. Lafrance “agreed he went to the detachment and then interviewed so he could allay suspicions and be discounted as a suspect. His comfortable demeanour and engagement indicate his participation was entirely voluntary and a

[160] Le jeune âge d’une personne, ses origines autochtones, son manque d’expérience et sa petite stature sont tous des facteurs pertinents pour déterminer si les policiers ont miné leurs affirmations selon lesquelles la personne était libre de partir. Toutefois, ces facteurs ne sont pas déterminants. Pourtant, les juges majoritaires semblent dire (par. 54) qu’il y a *automatiquement* détention lorsque des policiers ont un entretien avec un jeune adulte après avoir exécuté un mandat de perquisition dans son domicile. Le fait que l’examen relatif à la détention soit objectif ne signifie pas que la cour de révision doit effectuer une analyse abstraite non étayée par la preuve (*Grant*, par. 32; *R. c. Suberu*, 2009 CSC 33, [2009] 2 R.C.S. 460, par. 28). Contrairement aux observations des juges majoritaires (par. 64), il n’y a pas de preuve appuyant l’affirmation selon laquelle l’exécution du mandat de perquisition en l’espèce a été menée d’une manière qui ferait en sorte qu’une personne raisonnable dans la position de M. Lafrance se serait sentie détenue. Il s’ensuit que les conclusions des juges majoritaires semblent fondées uniquement sur la situation personnelle de M. Lafrance.

[161] En ce qui a trait à la situation particulière de M. Lafrance, nous reconnaissons que les policiers devaient agir avec circonspection, mais c’est ce qu’ils ont fait, de sorte que même en tenant compte des caractéristiques personnelles de M. Lafrance, il n’a pas été détenu psychologiquement.

[162] Cette conclusion est renforcée par les conclusions de fait du juge du procès concernant la manière dont M. Lafrance a perçu les événements. De telles considérations subjectives, bien qu’elles ne soient pas déterminantes, aident à évaluer si une personne raisonnable dans la situation de M. Lafrance aurait perçu la conduite des policiers comme coercitive (*Grant*, par. 32; *Suberu*, par. 28 et 32). Les conclusions de fait suivantes sont particulièrement importantes à cet égard :

- Monsieur Lafrance [TRADUCTION] « a reconnu qu’il s’était rendu au poste de police et avait ensuite été interrogé afin de pouvoir dissiper les soupçons à son endroit et d’être écarté comme suspect. Son aisance et sa coopération indiquent

produc[t] of deliberate choice” (trial reasons, at para. 44);

- “[T]hroughout the process [Mr.] Lafrance never appears to be compelled, frightened or intimidated. He appears at ease. [Mr.] Lafrance is cooperative throughout the interview. His manner is friendly and open. There is no indication of defensive body language. Instead, at points [Mr.] Lafrance leans forward, into the conversation” (para. 73);
- Mr. Lafrance “understood police direction that he was free to leave at any time. He also acknowledged tactically answering questions to counter police suspicion” (para. 74).

[163] These findings of fact confirm what is otherwise objectively ascertainable: a reasonable person in Mr. Lafrance’s shoes would not have perceived the police conduct as a significant deprivation of his liberty. Police did not exert pressure or control over him. Indeed, Mr. Lafrance himself was eager to cooperate so as to allay suspicions. This, too, militates against a finding of psychological detention.

(4) Conclusion

[164] We conclude Mr. Lafrance was not detained within the meaning of ss. 9 and 10(b) of the *Charter* in his interactions with police on March 19, 2015. Based on a deferential approach to the trial judge’s findings of fact, a reasonable person in Mr. Lafrance’s position would not have felt compelled to go to the police station and participate in the interview. This conclusion is reinforced by the fact that he chose to cooperate, seeking to allay police suspicion. Mr. Lafrance’s objective personal characteristics, although significant to the inquiry, do not turn the tide in these circumstances.

que sa participation était entièrement volontaire et résultait d’un choix délibéré » (motifs de première instance, par. 44);

- [TRADUCTION] « [T]out au long du processus, [M.] Lafrance ne semble jamais contraint, effrayé ou intimidé. Il semble être à l’aise. [Monsieur] Lafrance coopère tout au long de l’entretien. Il affiche une attitude amicale et ouverte. Rien dans son langage corporel n’indique qu’il est sur la défensive. Au contraire, [M.] Lafrance se penche même parfois vers son interlocuteur » (par. 73);
- Monsieur Lafrance [TRADUCTION] « comprenait l’indication donnée par le policier selon laquelle il était à tout moment libre de partir. Il a également reconnu avoir répondu aux questions de manière stratégique afin de dissiper les soupçons des policiers à son endroit » (par. 74).

[163] Ces conclusions de fait confirment ce qui est par ailleurs objectivement vérifiable : une personne raisonnable se trouvant dans la situation particulière de M. Lafrance n’aurait pas perçu la conduite des policiers comme une privation considérable de sa liberté. Les policiers n’ont pas exercé de la pression ou un contrôle sur lui. En effet, M. Lafrance était lui-même désireux de coopérer afin de dissiper les soupçons à son endroit. Cet élément aussi milite contre une conclusion de détention psychologique.

(4) Conclusion

[164] Nous concluons que M. Lafrance n’était pas détenu au sens des art. 9 et 10b) de la *Charte* lors de ses interactions avec la police le 19 mars 2015. Suivant une approche empreinte de déférence à l’égard des conclusions de fait du juge du procès, une personne raisonnable dans la situation de M. Lafrance ne se serait pas sentie tenue de se rendre au poste de police et de prendre part à l’entretien. Cette conclusion est renforcée par le fait que M. Lafrance a choisi de coopérer pour tenter de dissiper les soupçons des policiers à son endroit. Dans ces circonstances, les caractéristiques personnelles objectives de M. Lafrance, bien qu’importantes aux fins de l’analyse, ne l’emportent pas face aux autres facteurs susmentionnés.

B. *Mr. Lafrance’s Section 10(b) Right to Counsel Was Not Violated on April 7, 2015, When He Was Not Permitted a Second Consultation With Counsel*

[165] Mr. Lafrance’s next argument is that when he was interviewed on April 7, 2015, the police should have permitted him to have a second consultation with counsel. He argues that when police did not permit this, his s. 10(b) rights were infringed. The majority agrees. With respect, we do not.

(1) Legal Principles

[166] This issue is governed by this Court’s decisions in *Sinclair* and its companion cases *R. v. McCrimmon*, 2010 SCC 36, [2010] 2 S.C.R. 402, and *R. v. Willier*, 2010 SCC 37, [2010] 2 S.C.R. 429.

[167] Section 10(b)’s purpose is to provide a detainee with an opportunity to obtain information and legal advice relevant to his or her legal situation upon detention (*Sinclair*, at paras. 25 and 31). The protection offered by s. 10(b) ensures “that a suspect is able to make a choice to speak to the police investigators that is both free and informed” (*Sinclair*, at paras. 25 and 32, citing *R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151, at pp. 176-77).

[168] The majority suggests that s. 10(b)’s purpose is to mitigate the imbalance between the individual and the state, similar to the purposes of s. 9 (see the majority’s reasons, at paras. 76-77). This is not accurate. To the contrary, this Court in *Sinclair* expressly rejected this view, stating at paras. 30-31:

Mr. Sinclair argues that the purpose of s. 10(b) is broader than this. In his view, accepted by our colleagues LeBel and Fish JJ., the purpose of s. 10(b) is to advise the detainee on how to deal with police questions. The detainee, it is argued, is in the power of the police. The purpose of s. 10(b) is to restore a power-balance between the detainee and the police in the coercive atmosphere of the police investigation. On this view, the purpose of the right is not so much informational as protective.

B. *La police n’a pas violé le droit à l’assistance d’un avocat garanti par l’al. 10b) en refusant à M. Lafrance de consulter de nouveau un avocat le 7 avril 2015*

[165] Monsieur Lafrance soutient également que les policiers auraient dû lui permettre de consulter de nouveau un avocat lorsqu’il a été questionné le 7 avril 2015. Il fait valoir qu’en refusant d’accéder à cette demande, les policiers ont violé les droits qui lui sont garantis par l’al. 10b). Les juges majoritaires souscrivent à cet argument. Avec égards, nous ne sommes pas de cet avis.

(1) Principes de droit

[166] Cette question est régie par l’arrêt *Sinclair* ainsi que les arrêts connexes *R. c. McCrimmon*, 2010 CSC 36, [2010] 2 R.C.S. 402, et *R. c. Willier*, 2010 CSC 37, [2010] 2 R.C.S. 429.

[167] L’alinéa 10b) a pour objet de fournir au détenu l’occasion d’obtenir des renseignements et des conseils juridiques propres à sa situation juridique dès le début de la détention (*Sinclair*, par. 25 et 31). La protection offerte par l’al. 10b) fait en sorte « que le suspect [est] en mesure d’exercer un choix libre et éclairé quant à la décision de parler ou non aux enquêteurs de la police » (*Sinclair*, par. 25 et 32, citant *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151, p. 176-177).

[168] Les juges majoritaires laissent entendre que l’al. 10b) a pour objet d’atténuer le déséquilibre entre la personne et l’État, à l’instar des objets de l’art. 9 (voir les motifs des juges majoritaires, par. 76-77). Cela est inexact. Au contraire, dans l’arrêt *Sinclair*, la Cour a expressément rejeté ce point de vue en affirmant, aux par. 30-31 :

M. Sinclair soutient que l’objet de l’al. 10b) est plus large. Selon lui, cette disposition vise à informer le détenu de la façon de réagir aux questions de la police, thèse acceptée par nos collègues les juges LeBel et Fish. Le détenu, fait-on valoir, est assujéti au pouvoir de la police. L’alinéa 10b) vise à rétablir l’équilibre des forces entre le détenu et la police dans l’atmosphère coercitive de l’enquête policière. Selon cette optique, le droit ne vise pas tant l’aspect informationnel que l’aspect protection.

We cannot accept this view of the purpose of s. 10(b). As will be discussed more fully below, this view of s. 10(b) goes against 25 years of jurisprudence defining s. 10(b) in terms of the right to consult counsel to obtain information and advice immediately upon detention, but not as providing ongoing legal assistance during the course of the interview that follows, regardless of the circumstances. [Emphasis added.]

[169] There is no basis to depart from *Sinclair* on this point, or to find that s. 10(b) is intended to shield the detainee from legitimate interrogation by police (*Sinclair*, at para. 25). Nor does *Willier* say that the purpose of s. 10(b) is to protect a detainee from an exercise of state power. Rather it is to “provide [the] detainee an opportunity to mitigate [the] legal disadvantage” relative to the state and “to support the detainee’s right to choose whether to cooperate with the police investigation or not, by giving him access to legal advice on the situation he is facing” (*Willier*, at para 28 (emphasis added); *Sinclair*, at para. 32).

[170] Section 10(b)’s purpose is achieved in two ways. It imposes on the police a duty to advise the detainee of his or her right to counsel (informational component) and to give the detainee an opportunity to exercise his or her right to consult counsel (implementational component). It is not in issue that in this case, the informational component was met.

[171] The implementational component is “[n]ormally . . . achieved by a single consultation at the time of detention or shortly thereafter” (*Sinclair*, at para. 47). A few minutes on the phone with counsel may suffice, even for serious charges (see *Willier*). *Sinclair* is clear that s. 10(b) does *not* provide a constitutional right “to ongoing legal assistance during the course of the interview”, or to have counsel present throughout the interview (paras. 31 and 36).

[172] Sometimes, however, a second consultation with counsel will be required. In *Sinclair*, this Court described three categories of “changed circumstances” that will require a second consultation, at paras. 2 and 50-54:

Nous ne pouvons accepter cette façon de voir l’objet de l’al. 10b). Comme nous le verrons plus en détail plus loin, un tel point de vue va à l’encontre de 25 années de jurisprudence en la matière, à savoir que cette disposition prévoit le droit de consulter un avocat pour obtenir renseignements et conseils dès le début de la détention, mais pas l’assistance continue d’un avocat au cours de l’entretien qui suit, quelles que soient les circonstances. [Nous soulignons.]

[169] Il n’y a aucune raison de s’écarter de l’arrêt *Sinclair* sur cette question, ou de conclure que l’al. 10b) vise à mettre le détenu à l’abri d’un interrogatoire légitime des policiers (*Sinclair*, par. 25). L’arrêt *Willier* ne statue pas non plus que l’objet de l’al. 10b) est de protéger le détenu de l’exercice du pouvoir de l’État. Il s’agit plutôt de « donner a[u] déten[u] la possibilité d’atténuer [le] désavantage juridique » par rapport à l’État et « [d’]étayer le droit du détenu de choisir de coopérer ou non à l’enquête policière, en lui donnant accès à des conseils juridiques sur sa situation » (*Willier*, par. 28 (nous soulignons); *Sinclair*, par. 32).

[170] L’objet de l’al. 10b) est réalisé de deux manières. Il impose aux policiers l’obligation d’aviser le détenu de son droit à l’assistance d’un avocat (volet informationnel) et de donner au détenu la possibilité d’exercer son droit de consulter un avocat (volet mise en application). En l’espèce, le fait que le volet informationnel a été respecté n’est pas contesté.

[171] Le volet mise en application est « [n]ormalement [atteint par] une seule consultation, au moment de la mise en détention ou peu après celle-ci » (*Sinclair*, par. 47). Quelques minutes passées au téléphone avec un avocat peuvent suffire, même en cas d’accusations graves (voir *Willier*). Il ressort clairement de l’arrêt *Sinclair* que l’al. 10b) *ne* prévoit *pas* un droit constitutionnel à « l’assistance continue d’un avocat au cours de l’entretien » ou à la présence d’un avocat tout au long de l’entretien (par. 31 et 36).

[172] Cependant, il arrive parfois qu’une deuxième consultation avec un avocat s’impose. Dans l’arrêt *Sinclair*, la Cour a décrit trois catégories de « changement[s] de circonstances » qui exigeront une deuxième consultation, aux par. 2 et 50-54 :

- (1) When there are new procedures involving the detainee;
- (2) When there is a change in the detainee's jeopardy; or
- (3) When there is reason to question the detainee's understanding of his or her s. 10(b) right.

[173] Where the circumstances do not fall into a previously recognized category, the question is whether a further opportunity to consult a lawyer is necessary to fulfill s. 10(b)'s purpose of providing the detainee with advice in the new or emergent situation. The principle underlying the cases is that to require a second consultation, there must be a change in circumstances such that the choice faced by the detainee has been "significantly altered, requiring further advice on the new situation, in order to fulfill the purpose of s. 10(b)" (*Sinclair*, at paras. 54 and 65).

(2) Application to the Case

[174] The majority concludes that Mr. Lafrance's situation fits within the third *Sinclair* category, i.e. that there was reason to question Mr. Lafrance's understanding of his s. 10(b) right. The police should have permitted him to have a second consultation with counsel, but did not. Therefore, his 10(b) rights were infringed, the majority concludes.

[175] The third category is engaged in circumstances such as when a detainee who has waived his or her right to counsel may not have understood this right when he or she waived it (*Sinclair*, at para. 52; *R. v. Prosper*, [1994] 3 S.C.R. 236, at pp. 282-84). It can also apply if police undermine the advice provided by counsel (*Sinclair*, at para. 52; *R. v. Dussault*, 2022 SCC 16, [2022] 1 S.C.R. 306). More generally, it applies when circumstances indicate that the "detainee may not have understood the initial s. 10(b) advice of his right to counsel" (*Sinclair*, at para. 52). There is no basis for the foregoing in this case.

- (1) Le détenu est soumis à des mesures additionnelles;
- (2) Un changement est survenu dans les risques courus par le détenu;
- (3) Il existe des raisons de se demander si le détenu comprend le droit que lui confère l'al. 10b).

[173] Lorsque les circonstances ne correspondent pas à une catégorie reconnue à ce jour, il faut déterminer si une nouvelle possibilité de consulter un avocat est nécessaire pour que soit réalisé l'objet de l'al. 10b) de fournir au détenu des conseils dans sa situation nouvelle ou émergente. Le principe sous-tendant la jurisprudence est le suivant : pour qu'une deuxième consultation soit requise, il doit y avoir un changement de circonstances ayant pour effet que le choix qui s'offre au détenu a « considérablement changé, de sorte qu'il a besoin d'autres conseils sur la nouvelle situation pour que soit réalisé l'objet de l'al. 10b) » (*Sinclair*, par. 54 et 65).

(2) Application à l'espèce

[174] Les juges majoritaires concluent que la situation de M. Lafrance entre dans la troisième catégorie énoncée dans l'arrêt *Sinclair*, c.-à-d. qu'il existe des raisons de douter que M. Lafrance a compris le droit que lui garantit l'al. 10b). Les policiers auraient dû lui permettre de consulter de nouveau un avocat, mais ils ne l'ont pas fait. Les juges majoritaires concluent donc que les droits qui lui sont garantis par l'al. 10b) ont été violés.

[175] La troisième catégorie s'applique notamment lorsque la personne détenue ayant renoncé à son droit à l'assistance d'un avocat ne comprenait peut-être pas ce droit au moment d'y renoncer (*Sinclair*, par. 52; *R. c. Prosper*, [1994] 3 R.C.S. 236, p. 282-284). Elle peut également s'appliquer si la police dénigre les conseils fournis par l'avocat (*Sinclair*, par. 52; *R. c. Dussault*, 2022 CSC 16, [2022] 1 R.C.S. 306). Plus généralement, elle s'applique lorsque les circonstances indiquent que le « détenu n'a peut-être pas compris les conseils reçus initialement en vertu de l'al. 10b) au sujet de son droit à l'assistance d'un avocat » (*Sinclair*, par. 52). Il n'y a aucun motif de croire que tel était le cas en l'espèce.

[176] The fact that a detainee demonstrates hesitancy or concern during an interview or interrogation is not, on its own, sufficient to establish that he or she did not have a full opportunity to consult with counsel. It is assumed that the legal advice received was sufficient in relation to how the detainee should exercise his or her rights in the context of the police investigative interview (*Sinclair*, at para. 57; *McCrimmon* at paras. 23-24). As the Court held in *Willier*, at para. 42, “unless a detainee indicates, diligently and reasonably, that the advice he or she received is inadequate, the police may assume that the detainee is satisfied with the exercised right to counsel and are entitled to commence an investigative interview”. Only where there is an objective change in circumstances, or objective reason to believe the initial consultation was deficient, will the need for a second consultation arise.

[177] When his interactions with police are reviewed, it cannot seriously be questioned that Mr. Lafrance’s choice to speak to the investigators was both free and informed.

[178] The majority refers to two portions of the April 7, 2015 interview in support of its conclusion that Mr. Lafrance’s 10(b) rights were infringed. First, the majority points out that, as the discussion between Mr. Lafrance and Sgt. Eros progressed, Sgt. Eros’ questions became more pointed. He began asking specific questions about the murder. At that point, Mr. Lafrance mentioned his father and a lawyer for the first time:

Q. Alright so what happens Nigel?

A. Well —.

Q. What — what went on?

A. Well I would — ah I want to talk to my dad before I continue.

Q. Ok wh — why do you say that?

[176] Le fait que la personne détenue se montre hésitante ou préoccupée pendant un entretien ou un interrogatoire ne suffit pas, en soi, pour établir qu’elle n’a pas eu pleinement la possibilité de consulter un avocat. On suppose que les conseils juridiques reçus étaient suffisants quant à la façon dont la personne détenue devrait exercer ses droits dans le cadre de l’entretien policier à des fins d’enquête (*Sinclair*, par. 57; *McCrimmon*, par. 23-24). Comme l’a affirmé la Cour dans l’arrêt *Willier*, par. 42, « à moins [que les détenus] n’indiquent, avec diligence et raisonnablement, que les conseils reçus sont insuffisants, la police peut présumer qu’ils sont satisfaits de la façon dont ils ont exercé leur droit à l’assistance d’un avocat et elle a le droit de commencer l’entretien à des fins d’enquête ». Ce n’est que lorsqu’il y a un changement objectif de circonstances, ou qu’il existe des raisons objectives de croire que la consultation initiale comportait des lacunes, qu’une deuxième consultation sera nécessaire.

[177] Après examen de ses interactions avec la police, on ne peut sérieusement mettre en doute le caractère à la fois libre et éclairé du choix de M. Lafrance de parler aux enquêteurs.

[178] Les juges majoritaires citent deux extraits de l’entretien du 7 avril 2015 à l’appui de leur conclusion selon laquelle les droits que l’al. 10b) garantit à M. Lafrance ont été violés. Premièrement, ils font remarquer qu’au fil de la discussion entre M. Lafrance et le sergent Eros, les questions du sergent Eros sont devenues plus pointues. Ce dernier a commencé à poser des questions précises au sujet du meurtre. C’est à ce moment que M. Lafrance a mentionné son père et un avocat pour la première fois :

[TRANSDUCTION]

Q. Alors, qu’est-ce qui se passe Nigel?

R. Eh bien —.

Q. Quoi — qu’est-il arrivé?

R. Eh bien, j’aimerais — euh je veux parler à mon père avant de continuer.

Q. D’accord — et pourquoi dis-tu ça?

A. Cause well he's — well he's my only chance of getting a lawyer and I just — I don't know. [Emphasis added.]

(A.R., vol. V, at p. 137)

[179] We accept that, in the circumstances, Mr. Lafrance's request to speak to his father was an implicit request for a second consultation with a lawyer. It does not follow, however, that his 10(b) rights were breached because this request was denied. The detainee merely *asking* for a second consultation is not enough to engage any *Sinclair* category that would support a right to a second consultation. To decide otherwise would be to depart fundamentally from *Sinclair*.

[180] The second interview excerpt referred to by the majority, which it concludes demonstrates “clear signs” that either the legal advice Mr. Lafrance obtained was incorrect, or he did not understand how his s. 10(b) rights applied to his current circumstances, reads as follows:

A. Well I — I just — I want a lawyer before I go forward with anything else.

Q. Ok you've had your opportunity Nigel right? Like I — like I explained to you, you've had an opportunity to speak to a lawyer — we don't ah —.

A. Well no they told me — they told me to get a lawyer before I continue talking.

Q. Ok what do you mean by told you to get a lawyer?

A. Like someone that can come down and sit with me.

Q. Ok.

A. Instead of just over the phone.

Q. There's a person that ah you know what — and the way that that kinda goes ah — I won't say it's, it's bad advice but it's maybe miss — a little bit miss as — miss

R. Parce que, bien il est — bien il est ma seule chance d'engager un avocat et je veux juste — je ne sais pas. [Nous soulignons.]

(d.a., vol. V, p. 137)

[179] Dans les circonstances, nous reconnaissons que la demande de M. Lafrance en vue de parler à son père représentait une demande implicite de consulter de nouveau un avocat. Cependant, il ne s'ensuit pas que ses droits garantis par l'al. 10b) ont été violés parce que cette demande a été refusée. Le fait que le détenu *demande* simplement une deuxième consultation n'est pas suffisant pour déclencher l'application d'une des catégories énoncées dans l'arrêt *Sinclair* qui ouvrirait droit à une deuxième consultation. Conclure autrement reviendrait à s'écarter fondamentalement de l'arrêt *Sinclair*.

[180] Voici le deuxième extrait de l'entretien auquel se réfèrent les juges majoritaires, lequel comportait des « indices clairs », selon eux, que les conseils juridiques que M. Lafrance avait obtenus étaient inexacts ou qu'il n'avait pas compris comment ses droits garantis par l'al. 10b) s'appliquaient à sa situation actuelle :

[TRADUCTION]

R. Eh bien, je — je veux juste — je veux un avocat avant de poursuivre.

Q. Ok, tu as eu l'occasion de le faire, Nigel, non? Comme je — comme je te l'ai déjà expliqué, tu as eu l'occasion de parler à un avocat — nous n'avons pas, euh —.

R. Eh bien non, ils m'ont dit — ils m'ont dit d'engager un avocat avant de continuer à parler.

Q. D'accord, que veux-tu dire par engager un avocat?

R. Comme quelqu'un qui peut venir ici et s'asseoir avec moi.

Q. D'accord.

R. Plutôt que seulement par téléphone.

Q. Il y a une personne qui, euh, tu sais quoi — et la façon dont ça se passe euh — je ne dirais pas que c'est, c'est un mauvais conseil, mais c'est peut-être mal — un peu,

ah — interrupted. Um there's not any time or any process during our interview —.

A. Um?

Q. Where we're gonna have a lawyer sitting in the room with us.

A. No, no I — I mean, no mean like so —.

Q. Ok.

A. Like for me to sit down with personally.

Q. Ok.

A. To talk to. [Emphasis added.]

(A.R., vol. V, at p. 139)

[181] We disagree that this excerpt demonstrates that Mr. Lafrance misunderstood his s. 10(b) rights. In the discussion which immediately follows, Sgt. Eros confirmed Mr. Lafrance understood and exercised his right to counsel:

Q. Part of the ah — part of the — the process right, is that we need to insure that you were provided some legal advice right.

A. Ya.

Q. And that you spoke to a lawyer and that you understood that legal advice right?

A. Ya.

Q. Um and that we've gone through that process right?

A. Um.

Q. So what has to happen now is we have to kinda evaluate that and see where we're at with respect to that ok.

A. Ya.

mal comme — mal euh — interrompu. Hum, il n'y a pas de temps ou de procédure pendant notre entretien —.

R. Hum?

Q. Où il y aura un avocat assis dans la salle avec nous.

R. Non, non je — je veux dire, je ne veux pas dire comme ça —.

Q. D'accord.

R. Que je m'assois avec lui personnellement.

Q. D'accord.

R. Pour lui parler. [Nous soulignons.]

(d.a., vol. V, p. 139)

[181] Nous ne sommes pas d'accord avec l'affirmation que cet extrait démontre que M. Lafrance a mal compris les droits que lui garantit l'al. 10b). Lors de la discussion qui a immédiatement suivi, le sergent Eros a confirmé que M. Lafrance a compris et a exercé son droit à l'assistance d'un avocat :

[TRADUCTION]

Q. Une partie de, euh — une partie de — la procédure, c'est que nous devons nous assurer que tu as reçu des conseils juridiques.

R. Ouais.

Q. Et que tu as parlé à un avocat et que tu as compris ses conseils juridiques, d'accord?

R. Ouais.

Q. Euh, et que nous avons suivi cette procédure, d'accord?

R. Hum.

Q. Alors, il faut maintenant évaluer tout ça et voir où nous en sommes avec tout ça, ok.

R. Ouais.

Q. But there is ah we — we still need to have this conversation right Nigel?

A. Well — well ah the advice that was given to me is I don't have to say anything.

Q. Ya and — and that's excellent advice right. [Emphasis added.]

(A.R., vol. V, at p. 140)

[182] The above excerpt demonstrates that Mr. Lafrance fully understood his rights under s. 10(b). Mr. Lafrance knew the legal jeopardy that he was facing. He knew he did not have to say anything to Sgt. Eros. His discomfort in the face of difficult police questioning is not, on its own, grounds for a second consultation. It bears repeating that right after his first consultation, an officer had asked Mr. Lafrance if he understood the advice, to which Mr. Lafrance answered “yes”. He did not indicate reasonably and diligently that the advice he received was inadequate, or was not conveyed in a manner he understood. Contrary to the majority’s statements (para. 86), there is no basis in the evidence for such a conclusion. The officer then asked him whether the lawyer he spoke to was attending the RCMP detachment, to which Mr. Lafrance answered “no”. Mr. Lafrance *knew* no one was coming.

[183] Even if one accepts that Mr. Lafrance incorrectly believed that he had a constitutional right to have a lawyer present, *mere confusion* on this point is not enough to trigger a constitutional obligation under s. 10(b). *Sinclair* expressly held that there must be an *objective* basis for a second consultation to be permitted (para. 55; see also *McCrimmon*, at paras. 22-23).

[184] In fact, the circumstances here are similar to those in *Sinclair*. In *Sinclair*, the accused also appeared to misunderstand what his s. 10(b) rights

Q. Mais il y a, euh, nous — nous devons quand même avoir cette conversation, d'accord, Nigel?

R. Eh bien — eh bien, le conseil qu'on m'a donné c'est que je ne suis pas obligé de dire quoi que ce soit.

Q. Ouais et — et c'est un excellent conseil. [Nous soulignons.]

(d.a., vol. V, p. 140)

[182] L'extrait ci-dessus démontre que M. Lafrance a tout à fait compris les droits que lui garantit l'al. 10b). Il connaissait les risques sur le plan juridique auxquels il faisait face. Il savait qu'il n'était pas tenu de dire quoi que ce soit au sergent Eros. Son malaise à l'égard des questions difficiles posées par le policier ne constitue pas, en soi, un motif justifiant une deuxième consultation. Il convient de répéter que tout de suite après la première consultation, un policier a demandé à M. Lafrance s'il comprenait les conseils qu'il avait reçus, ce à quoi M. Lafrance a répondu [TRADUCTION] « oui ». Il n'a pas indiqué de façon raisonnable et diligente que les conseils qu'il avait reçus étaient inadéquats, ou qu'ils ne lui avaient pas été communiqués d'une manière qu'il comprenait. Contrairement aux déclarations des juges majoritaires (par. 86), il n'y a aucun fondement dans la preuve qui justifie une telle conclusion. Le policier lui a ensuite demandé si l'avocat à qui il avait parlé se présenterait au détachement de la GRC, ce à quoi M. Lafrance a répondu [TRADUCTION] « non ». Monsieur Lafrance *savait* que personne ne se présenterait.

[183] Même si l'on reconnaît que M. Lafrance croyait à tort qu'il avait un droit constitutionnel à la présence d'un avocat, une *simple confusion* sur ce point ne suffit pas pour donner naissance à une obligation constitutionnelle aux termes de l'al. 10b). Dans l'arrêt *Sinclair*, la Cour a expressément conclu qu'il doit exister une raison *objective* pour qu'une deuxième consultation soit permise (par. 55; voir aussi *McCrimmon*, par. 22-23).

[184] De fait, les circonstances en l'espèce sont semblables à celles dans l'affaire *Sinclair*. Dans cet arrêt, l'accusé a également semblé avoir mal compris

involved, stating during the interview that he had nothing to say “until my lawyer’s around and he tells me what’s going on” (*Sinclair*, at para. 8 (emphasis added)). The police explained to him that he had the right to consult a lawyer, but not to have a lawyer present during questioning. Mr. Sinclair then confessed. A majority of this Court found no infringement of Mr. Sinclair’s s. 10(b) rights.

[185] Contrary to the majority’s holdings, there is no basis to conclude that the choice faced by Mr. Lafrance was *significantly altered* so as to require further advice in order to fulfill the purpose of his s. 10(b) rights.

[186] While Mr. Lafrance is Indigenous, nothing on these facts suggests that these circumstances alone bring the case into the third *Sinclair* category.

[187] While purporting to follow *Sinclair*, the majority unduly expands its reach so as to undermine fundamentally the framework for analysis set out in that case. Without saying so directly, the majority’s logic seems to be that a detainee is entitled to further consultation with counsel, upon request, or upon a mere confusion about his or her rights. This Court has never interpreted s. 10(b) in that manner. The detainee has a right to make a decision to cooperate with the investigation or to decline to do so in a free and informed manner. However, the state is entitled to rely on legitimate means of interrogation to investigate crimes (*Sinclair*, at para. 25). There was no breach of Mr. Lafrance’s s. 10(b) rights on April 7, 2015.

C. *Whether or Not Mr. Lafrance’s Right to Counsel Was Violated on March 19, 2015, Such That His Statements and Other Evidence Obtained Should Be Excluded Under Section 24(2)*

ce que ses droits garantis par l’al. 10b) comportaient : pendant l’entretien, il a déclaré n’avoir rien à dire « jusqu’à ce que [s]on avocat soit là et [lui] dise ce qui se passe » (*Sinclair*, par. 8 (nous soulignons)). Le policier lui a expliqué qu’il avait le droit de consulter un avocat, mais qu’il n’avait pas le droit à la présence d’un avocat pendant qu’il se faisait poser des questions. Monsieur Sinclair a ensuite avoué sa culpabilité. Les juges majoritaires de la Cour ont conclu qu’il n’y avait pas eu violation des droits garantis à M. Sinclair par l’al. 10b).

[185] Contrairement aux conclusions des juges majoritaires, rien ne permet de conclure que le choix qui s’offrait à M. Lafrance avait *considérablement changé*, de sorte qu’il avait besoin d’autres conseils pour que soit réalisé l’objet de ses droits aux termes de l’al. 10b).

[186] Bien que M. Lafrance soit Autochtone, rien dans les présents faits ne donne à penser que cette situation à elle seule fait en sorte que la présente affaire appartient à la troisième catégorie énoncée dans l’arrêt *Sinclair*.

[187] Bien qu’ils prétendent suivre l’arrêt *Sinclair*, les juges majoritaires élargissent indûment sa portée au point de miner fondamentalement le cadre d’analyse qui y est énoncé. Sans l’affirmer directement, ils semblent suivre la logique selon laquelle un détenu a le droit de consulter de nouveau un avocat, sur demande ou en raison d’une simple confusion concernant ses droits. La Cour n’a jamais interprété l’al. 10b) de cette façon. Le détenu a le droit de décider de coopérer à l’enquête ou de refuser de le faire de manière libre et éclairée. Cependant, l’État a le droit de s’appuyer sur des moyens légitimes d’interrogation pour enquêter sur les crimes (*Sinclair*, par. 25). Le 7 avril 2015, il n’y a pas eu violation des droits de M. Lafrance garantis par l’al. 10b).

C. *Le droit de M. Lafrance à l’assistance d’un avocat a-t-il été violé le 19 mars 2015, de sorte que ses déclarations et les autres éléments de preuve obtenus devraient être écartés en vertu du par. 24(2)?*

[188] As we explain above, we conclude that on March 19, 2015, Mr. Lafrance was not detained. The trial judge’s conclusions on the issue of detention are owed deference and there is no basis to depart from them. However, even if it could be said that the trial judge erred, and that Mr. Lafrance was detained on March 19, 2015, without being afforded his right to counsel, we conclude that the evidence was not sufficiently connected to that *Charter* breach. There is therefore no basis on which to exclude such evidence under s. 24(2).

[189] Under s. 24(2) of the *Charter*, a court may exclude evidence obtained “in a manner” that violates *Charter* rights if its admission would bring the administration of justice into disrepute. “Whether evidence was ‘obtained in a manner’ that infringed an accused’s rights under the *Charter* depends on the nature of the connection between the *Charter* violation and the evidence that was ultimately obtained” (*R. v. Mack*, 2014 SCC 58, [2014] 3 S.C.R. 3, at para. 38; *R. v. Tim*, 2022 SCC 12, [2022] 1 S.C.R. 234, at para. 78).

[190] In *R. v. Wittwer*, 2008 SCC 33, [2008] 2 S.C.R. 235, at para. 21, this Court found that “[t]he required connection between the breach and [the evidence obtained] may be ‘temporal, contextual, causal or a combination of the three’: *R. v. Plaha* (2004), 189 O.A.C. 376, at para. 45. A connection that is merely ‘remote’ or ‘tenuous’ will not suffice.” The requisite connection must be shown before a court considers whether the admission of the evidence would bring the administration of justice into disrepute (*Grant*, at para. 131). The burden of proving that a remedy should be granted under s. 24(2) is on the party who seeks the remedy, here Mr. Lafrance (*R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265, at p. 280).

[191] During the March 19, 2015 interview, Mr. Lafrance provided police with general information, a blood sample, fingerprints, cellphone and some of his clothing. The Crown did not seek to introduce any of this evidence, nor Mr. Lafrance’s March 19, 2015

[188] Comme nous l’avons expliqué précédemment, nous concluons que le 19 mars 2015, M. Lafrance n’a pas été détenu. Les conclusions du juge du procès sur la question de la détention commandent la déférence, et il n’y a pas lieu de s’en écarter. Toutefois, même s’il était possible d’affirmer que le juge du procès a commis une erreur et que M. Lafrance a été détenu le 19 mars 2015 sans avoir eu l’occasion d’exercer son droit à l’assistance d’un avocat, nous concluons que les éléments de preuve n’étaient pas suffisamment liés à cette violation de la *Charte*. Par conséquent, rien ne permet d’écarter ces éléments de preuve en vertu du par. 24(2).

[189] Aux termes du par. 24(2) de la *Charte*, le tribunal peut écarter des éléments de preuve obtenus « dans des conditions » qui violent les droits garantis par la *Charte* si leur utilisation est susceptible de déconsidérer l’administration de la justice. « Une preuve est “obtenu[e] dans des conditions” qui portent atteinte ou non aux droits garantis par la *Charte* à l’accusé selon la nature du lien entre l’atteinte et la preuve » (*R. c. Mack*, 2014 CSC 58, [2014] 3 R.C.S. 3, par. 38; *R. c. Tim*, 2022 CSC 12, [2022] 1 R.C.S. 234, par. 78).

[190] Dans l’arrêt *R. c. Wittwer*, 2008 CSC 33, [2008] 2 R.C.S. 235, par. 21, la Cour a conclu que « [l]e lien exigé entre la violation et la [preuve obtenue] peut être [TRADUCTION] “temporel, contextuel, causal ou un mélange des trois” : *R. c. Plaha* (2004), 189 O.A.C. 376, par. 45. Un lien qui est simplement “éloigné” ou “tenu” ne sera pas suffisant ». Le lien requis doit être démontré avant que le tribunal détermine si l’utilisation des éléments de preuve serait susceptible de déconsidérer l’administration de la justice (*Grant*, par. 131). Il incombe à la partie qui demande réparation, en l’espèce M. Lafrance, de prouver qu’une réparation devrait être accordée en vertu du par. 24(2) (*R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, p. 280).

[191] Pendant l’entretien du 19 mars 2015, M. Lafrance a fourni aux policiers des renseignements généraux, un échantillon de sang, des empreintes digitales, un cellulaire et quelques-uns de ses vêtements. Au procès, la Couronne n’a cherché à produire

police statement, at trial. There is therefore no need to consider whether this evidence should be excluded.

[192] As to the April 7, 2015 statement, the trial judge found it was not sufficiently connected to the March 19, 2015 statement. The majority of the Court of Appeal disagreed, holding that some information obtained as a result of the March 19, 2015 interview formed the basis of questions in the April 7, 2015 interview. In our view, the majority of the Court of Appeal should not have substituted its view for the view of the trial judge. The trial judge found that the March 19, 2015 statement did not substantially contribute to the April 7, 2015 statement. He based this on Mr. Lafrance’s testimony that the first statement “had nothing to do with” the second. There is no proper or principled basis to interfere with the trial judge’s findings in this regard.

[193] Mr. Lafrance has not shown that any evidence presented at trial has the requisite link with the alleged March 19, 2015 detention and any resulting breach of the right to counsel.

IV. Conclusion

[194] For the foregoing reasons, we are of the view that there was no basis upon which the Court of Appeal, nor the majority in this Court, should interfere with the ruling of the trial judge. The appeal should be allowed and Mr. Lafrance’s conviction for second degree murder restored.

Appeal dismissed, WAGNER C.J. and MOLDAVER, CÔTÉ and ROWE JJ. dissenting.

Solicitor for the appellant: Justice and Solicitor General, Appeals, Education & Prosecution Policy Branch, Edmonton.

Solicitor for the respondent: Gregory C. Lazin, Victoria.

aucun de ces éléments de preuve, non plus que la déclaration du 19 mars 2015 faite par M. Lafrance aux policiers. Il n’est donc pas nécessaire de décider si ces éléments de preuve devraient être écartés.

[192] En ce qui concerne la déclaration du 7 avril 2015, le juge du procès a conclu qu’elle n’était pas suffisamment liée à celle du 19 mars 2015. Les juges majoritaires de la Cour d’appel n’étaient pas de cet avis, concluant que certains renseignements obtenus par suite de l’entretien du 19 mars 2015 étaient à la base de questions posées lors de l’entretien du 7 avril 2015. À notre avis, les juges majoritaires de la Cour d’appel n’auraient pas dû substituer leur opinion à celle du juge du procès. Ce dernier a conclu que la déclaration du 19 mars 2015 n’avait pas contribué de façon importante à celle du 7 avril 2015. Il a fondé cette conclusion sur le témoignage de M. Lafrance, qui a déclaré que la première déclaration [TRADUCTION] « n’avait rien à voir » avec la deuxième. Il n’existe aucun motif valable ni principe justifiant de modifier les conclusions du juge du procès à cet égard.

[193] Monsieur Lafrance n’a pas démontré que les éléments de preuve présentés au procès ont le lien requis avec la détention présumée du 19 mars 2015 et toute violation correspondante du droit à l’assistance d’un avocat.

IV. Conclusion

[194] Pour les motifs qui précèdent, nous sommes d’avis que rien ne justifiait que la Cour d’appel, non plus que les juges majoritaires de notre Cour, modifient la décision du juge du procès. Le pourvoi devrait être accueilli, et la déclaration de culpabilité de M. Lafrance pour meurtre au deuxième degré devrait être rétablie.

Pourvoi rejeté, le juge en chef WAGNER et les juges MOLDAVER, CÔTÉ et ROWE sont dissidents.

Procureur de l’appelante : Justice and Solicitor General, Appeals, Education & Prosecution Policy Branch, Edmonton.

Procureur de l’intimé : Gregory C. Lazin, Victoria.

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

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

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

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

Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association: Kapoor Barristers, Toronto.

Procureurs de l'intervenante Criminal Lawyers' Association : Kapoor Barristers, Toronto.

Ross McKenzie Kirkpatrick *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

**Attorney General of Ontario,
Attorney General of Alberta, HIV
& AIDS Legal Clinic Ontario, HIV
Legal Network, Barbra Schlifer
Commemorative Clinic, West
Coast Legal Education and Action
Fund Association, Women’s Legal
Education and Action Fund Inc.
and Criminal Lawyers’ Association
(Ontario)** *Interveners*

INDEXED AS: R. v. KIRKPATRICK

2022 SCC 33

File No.: 39287.

2021: November 3; 2022: July 29.

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

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA**

Criminal law — Sexual assault — Consent — Complainant consenting to sexual intercourse on condition that accused wear condom — Complainant realizing after intercourse that accused failed to wear condom — Whether accused’s failure to wear condom when complainant’s consent conditional on its use results in there being no voluntary agreement of complainant to engage in sexual activity in question — Alternatively, whether such failure can constitute fraud vitiating complainant’s consent — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 265(3)(c), 273.1(1).

The complainant testified that she and K met online and then in person to determine if they wanted to have sex with each other. The complainant made clear to K that she would only agree to have sex with him if he wore

Ross McKenzie Kirkpatrick *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

**Procureur général de l’Ontario,
procureur général de l’Alberta,
HIV & AIDS Legal Clinic Ontario,
Réseau juridique VIH, Barbra
Schlifer Commemorative Clinic, West
Coast Legal Education and Action
Fund Association, Fonds d’action
et d’éducation juridique pour les
femmes et Criminal Lawyers’
Association (Ontario)** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : R. c. KIRKPATRICK

2022 CSC 33

N° du greffe : 39287.

2021 : 3 novembre; 2022 : 29 juillet.

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

**EN APPEL DE LA COUR D’APPEL DE LA
COLOMBIE-BRITANNIQUE**

Droit criminel — Agression sexuelle — Consentement — Consentement de la plaignante à des rapports sexuels à condition que l’accusé porte un condom — Réalisation par la plaignante après le rapport sexuel que l’accusé a omis de porter un condom — Y a-t-il absence de consentement volontaire de la plaignante à l’activité sexuelle du fait de l’omission par l’accusé de porter un condom lorsque le consentement de la plaignante était conditionnel à son utilisation? — Subsidièrement, une telle omission constitue-t-elle une fraude qui vicie le consentement de la plaignante? — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 265(3)(c), 273.1(1).

La plaignante a témoigné qu’elle et K s’étaient rencontrés en ligne et, ensuite, en personne pour déterminer s’ils voulaient avoir des relations sexuelles l’un avec l’autre. La plaignante a clairement fait savoir à K qu’elle donnerait son

a condom. Despite this, during their second episode of intercourse, K did not wear a condom. The complainant only realized that K had not been wearing a condom after he ejaculated inside her. Based upon these events, K was charged with sexual assault.

K applied to have the charge dismissed by bringing a no-evidence motion. He argued that the Crown failed to prove the absence of the complainant's consent — an essential element in the *actus reus* of sexual assault — based on the Court's decision in *R. v. Hutchinson*, 2014 SCC 19, [2014] 1 S.C.R. 346, which sets out a two-step process for analyzing consent. At the first step, the question is whether the complainant consented to engage in the "sexual activity in question" under s. 273.1(1) of the *Criminal Code*, which is defined by reference to the specific physical sex act involved. If the complainant consented, or her conduct raises a reasonable doubt about her consent, the second step is to consider whether there are any circumstances under s. 265(3) or s. 273.1(2)(c), including fraud, that vitiate her apparent consent. Fraud under s. 265(3)(c) requires proof of the accused's dishonesty, which can include non-disclosure, and a deprivation in the form of significant risk of serious bodily harm from that dishonesty. K argued that the complainant's agreement to sexual intercourse was enough to establish consent to the sexual activity in question, as she consented to all the physical acts the parties engaged in, and there was no evidence that this consent was tainted by fraud.

The trial judge granted K's no-evidence motion and dismissed the sexual assault charge. The Court of Appeal unanimously allowed the Crown's appeal, set aside the acquittal and ordered a new trial; however, the three judges split on the reasoning as to which *Criminal Code* provision applied in examining consent: s. 273.1(1) or s. 265(3)(c). K appeals to the Court from the setting aside of his acquittal.

Held: The appeal should be dismissed.

Per Moldaver, Karakatsanis, Martin, Kasirer and Jamal JJ.: Condom use, when it is a condition of the complainant's consent, forms part of the "sexual activity in question" under s. 273.1 of the *Criminal Code*. This is the only interpretation that provides a harmonious reading of the text of the relevant provisions in their entire context and that

accord à des rapports sexuels avec lui seulement s'il portait un condom. En dépit de cela, durant leur deuxième rapport sexuel, K n'a pas porté de condom. Ce n'est qu'après que K a éjaculé en elle que la plaignante s'est rendu compte qu'il ne portait pas de condom. Sur le fondement de ces événements, K a été accusé d'agression sexuelle.

K a demandé le rejet de l'accusation en présentant une requête faisant valoir l'absence de preuve. Selon lui, la Couronne n'avait pas prouvé l'absence de consentement de la plaignante — un élément essentiel de l'*actus reus* de l'agression sexuelle — compte tenu de l'arrêt *R. c. Hutchinson*, 2014 CSC 19, [2014] 1 R.C.S. 346, de la Cour, qui prescrit une analyse en deux étapes pour décider s'il y a eu consentement. À la première étape, il s'agit de se demander si la personne plaignante a consenti à se livrer à « l'activité sexuelle » au sens du par. 273.1(1) du *Code criminel*, qui est définie en fonction de l'acte sexuel spécifique en cause. Si la personne plaignante a consenti, ou si sa conduite soulève un doute raisonnable quant à son consentement, la seconde étape consiste à se demander s'il existe des circonstances, parmi celles énumérées au par. 265(3) ou à l'al. 273.1(2)(c), y compris la fraude, qui vicient son consentement apparent. Pour conclure à la fraude visée par l'al. 265(3)(c), il faut une preuve de malhonnêteté de la part de l'accusé, qui peut comprendre la non-divulgateion, ainsi qu'une privation sous la forme d'un risque important de lésions corporelles graves en raison de cette malhonnêteté. K a plaidé que l'accord de la plaignante aux rapports sexuels était suffisant pour établir le consentement à l'activité sexuelle, puisqu'elle avait consenti à tous les actes physiques auxquels les parties s'étaient livrées, et qu'il n'y avait aucune preuve que le consentement avait été vicié par la fraude.

Le juge du procès a accueilli la requête de K faisant valoir l'absence de preuve et a rejeté l'accusation d'agression sexuelle. La Cour d'appel a accueilli l'appel de la Couronne à l'unanimité, annulé l'acquittal et ordonné la tenue d'un nouveau procès; cependant, les trois juges ont divergé d'opinion sur le raisonnement à adopter pour déterminer quelle disposition du *Code criminel* s'appliquait dans l'examen du consentement, à savoir le par. 273.1(1) ou l'al. 265(3)(c). K interjette appel devant la Cour de l'annulation de son acquittal.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

Les juges Moldaver, Karakatsanis, Martin, Kasirer et Jamal : L'utilisation du condom, lorsqu'elle est une condition du consentement de la personne plaignante, fait partie de « l'activité sexuelle » visée à l'art. 273.1 du *Code criminel*. Il s'agit de la seule interprétation qui permette une lecture harmonieuse du texte des dispositions pertinentes

accords with Parliament's purpose of promoting personal autonomy and equal sexual agency. Conditioning agreement to sexual touching on condom use goes to the heart of the specific physical activity in question and the existence or non-existence of subjective consent, and there is no need to resort to the doctrine of fraud and its stringent legal requirements. *Hutchinson* remains binding authority for what it decided — that cases involving condom sabotage and deceit should be analyzed under the fraud provision rather than as part of the sexual activity in question — but is distinguishable in situations such as in the case at bar where the accused refuses to wear a condom and the complainant's consent has been conditioned on its use. In the instant case, the complainant gave evidence that she had communicated to K that her consent to sex was contingent on condom use and K did not wear a condom. This was evidence of a lack of subjective consent by the complainant to the sexual activity in question — an element of the *actus reus* of sexual assault. As a result, the trial judge erred in granting K's no evidence motion.

The starting point and primary provision for determining whether there is consent to sexual activity for sexual assault offences is s. 273.1. The key term “sexual activity in question” in s. 273.1(1) exists within a composite phrase that requires “voluntary agreement . . . to engage in the sexual activity in question”. Parliament's intent as demonstrated by the text, context, and purpose of the sexual assault provisions must be sought and interpreted consistently with the Court's jurisprudence on consent and harmoniously with all parts of s. 273.1 and the overall legislative scheme. The legal meaning given to the “sexual activity in question” cannot be narrowly drawn or fixed for all cases — it is tied to context and cannot be assessed in the abstract, relates to particular behaviours and actions, and will depend on the facts and circumstances of the individual case. It will be defined by the evidence and the complainant's allegations, and will emerge from a comparison of what actually happened and what, if anything, was agreed to.

In the instant case, the specific sexual assault alleged and the sexual activity in question is vaginal sexual intercourse without a condom. In determining whether the complainant's agreement to sexual intercourse with a condom means she also agreed to sexual intercourse without a condom,

dans leur contexte global et qui soit conforme à l'objectif du Parlement de promouvoir l'autonomie sexuelle et la capacité d'agir, en toute égalité, sur le plan sexuel. Rendre conditionnel l'accord à un contact sexuel à l'utilisation d'un condom va au cœur de l'activité physique spécifique en cause et de l'existence ou non du consentement subjectif, et il n'est pas nécessaire d'avoir recours à la théorie de la fraude et à ses exigences juridiques rigoureuses. L'arrêt *Hutchinson* demeure contraignant à l'égard de ce qu'il a décidé — que les affaires intéressant le sabotage d'un condom et la tromperie devraient être analysées en application de la disposition relative à fraude, plutôt qu'en intégrant la question du condom à l'activité sexuelle —, mais il se distingue des situations comme celle en l'espèce où la personne accusée refuse de porter un condom et que le consentement de la personne plaignante était conditionnel à son utilisation. En l'espèce, la plaignante a affirmé durant son témoignage avoir dit à K que son consentement à une relation sexuelle était conditionnel à l'utilisation d'un condom et K n'en a pas utilisé. Il s'agissait d'une preuve d'absence de consentement subjectif de la plaignante à l'activité sexuelle — un élément de l'*actus reus* de l'agression sexuelle. Le juge du procès a donc eu tort d'accueillir la requête de K faisant valoir l'absence de preuve.

Le point de départ et la disposition principale pour juger de l'existence ou non du consentement à l'activité sexuelle en matière d'infractions d'agression sexuelle est l'art. 273.1. L'expression clé « activité sexuelle » utilisée au par. 273.1(1) existe dans la formule composée qui exige « l'accord volontaire [. . .] à l'activité sexuelle ». Il faut chercher l'intention du Parlement qui ressort du texte, du contexte et de l'objet des dispositions en matière d'agression sexuelle et l'interpréter conformément à la jurisprudence de la Cour sur le consentement et de façon harmonieuse avec toutes les parties de l'art. 273.1, ainsi qu'avec le régime législatif dans son ensemble. L'interprétation juridique donnée à l'expression « activité sexuelle » ne peut être étroitement délimitée ou fixée pour toutes les affaires — elle est liée au contexte et ne peut être appréciée dans l'abstrait; elle se rapporte à des comportements ou à des gestes particuliers et elle dépend des faits et des circonstances de l'espèce. Elle est définie par la preuve et les allégations de la personne plaignante et émerge d'une comparaison de ce qui s'est effectivement produit et de ce à quoi l'accord avait été donné, s'il en est.

En l'espèce, l'agression sexuelle spécifique alléguée, et l'activité sexuelle, est donc le rapport sexuel vaginal sans condom. Pour décider si l'accord de la plaignante à des rapports sexuels avec un condom signifie également qu'elle a donné son accord à des rapports sexuels

the starting point is the proposition from *Hutchinson* that the “sexual activity in question” the complainant must agree to is the “specific physical sex act”. The focus should therefore be on the specific sex acts, defined by reference to the physical acts involved. Applying *Hutchinson*’s focus on the “specific physical sex act”, condom use may form part of the “sexual activity in question” under s. 273.1(1) because sexual intercourse without a condom is a fundamentally and qualitatively different physical act than sexual intercourse with a condom. The physical difference is that intercourse without a condom involves direct skin-to-skin contact, while intercourse with a condom involves indirect contact. Logically and legally, direct and unmediated sexual touching is a different physical act than indirect and mediated contact; whether a condom is required is basic to the physical act.

All principles of statutory interpretation compel the conclusion that sex with a condom is a different physical activity than sex without a condom for the purposes of the “sexual activity in question”. It is the only interpretation that reads s. 273.1 as a whole and harmoniously with the Court’s jurisprudence on subjective and affirmative consent. When interpreting Parliament’s definition of consent expressed in s. 273.1, subs. (1) must be read together with subs. (2), which specifies situations where no consent would be obtained in relation to sexual assault offences. Section 273.1(2)(d) and (e) in particular underscore how the complainant’s words and actions are directly relevant to whether or not there was consent to the sexual activity in question. Based on the complainant’s evidence in the case at bar, she expressed, by words and conduct, a lack of agreement to engage in sexual intercourse without a condom. Section 273.1(2)(d) expressly reinforces that the clear rejection of a specific activity must be respected if consent is to have any meaning. Condom use cannot be irrelevant, secondary or incidental when the complainant has expressly conditioned her consent on it. Recognizing that condom use may form part of the sexual activity in question affirms that individuals have the right to determine who touches their bodies and how, is the only way to respect the need for a complainant’s affirmative and subjective consent to each and every sexual act, and situates condom use at the definitional core of consent, where it belongs. The complainant’s “no” to sexual intercourse without a condom cannot be ignored under either s. 273.1(1) or (2) because today, not only does no mean no, but only yes means yes. Further, voluntary agreement to sex with a condom cannot be taken to imply consent to sex without

sans condom, le point de départ est le principe de l’arrêt *Hutchinson* selon lequel « l’activité sexuelle » à laquelle la personne plaignante doit donner son accord est « l’acte sexuel physique spécifique ». L’accent doit donc être mis sur les actes sexuels spécifiques, définis par renvoi aux actes physiques en cause. Compte tenu de l’accent que met l’arrêt *Hutchinson* sur « l’acte sexuel physique spécifique », l’utilisation du condom peut faire partie de « l’activité sexuelle » visée au par. 273.1(1) puisqu’un rapport sexuel sans condom est un acte physique fondamentalement et qualitativement différent d’un rapport sexuel avec un condom. La différence physique est qu’un rapport sexuel sans condom implique un contact direct peau contre peau, tandis que le rapport sexuel avec un condom consiste en un contact indirect. Logiquement et juridiquement, un contact sexuel direct est un acte physique différent d’un contact indirect; la question de savoir si un condom est exigé est fondamentale à l’acte physique.

Tous les principes d’interprétation législative commandent la conclusion selon laquelle un rapport sexuel avec un condom est une activité sexuelle différente d’un rapport sexuel sans condom aux fins de la détermination de « l’activité sexuelle » à laquelle il a été consenti. Il s’agit de la seule interprétation qui considère l’art. 273.1 dans son ensemble et d’une manière qui s’harmonise avec la jurisprudence de la Cour sur le consentement subjectif et affirmatif. En interprétant la définition du consentement énoncée par le Parlement à l’art. 273.1, les par. (1) et (2) doivent être lus ensemble, le par. (2) énumérant des situations dans lesquelles il n’y a aucun consentement en rapport avec les infractions d’agression sexuelle. Les alinéas 273.1(2)d) et e), en particulier, mettent en évidence en quoi les paroles et les gestes de la personne plaignante se rapportent directement à la question de savoir s’il y a eu consentement ou non à l’activité sexuelle. D’après le témoignage de la plaignante en l’espèce, elle a manifesté, par ses paroles et son comportement, une absence d’accord à un rapport sexuel sans condom. L’alinéa 273.1(2)d) confirme expressément que le rejet manifeste d’une activité spécifique doit être respecté pour que le consentement ait un sens. L’utilisation d’un condom ne saurait être dépourvue de pertinence, secondaire ou accessoire, lorsque la personne plaignante a expressément rendu son consentement conditionnel à son utilisation. Reconnaître que l’utilisation du condom puisse faire partie de l’activité sexuelle affirme que tout individu a le droit de décider qui touche son corps et de quelle manière, constitue la seule façon de répondre à la nécessité que la personne plaignante ait donné son consentement affirmatif et subjectif à chaque acte sexuel, et ce, à chaque fois, et situe l’utilisation du condom au

one as consent cannot be implied from the circumstances or the relationship between the accused and the complainant.

In addition, recognizing that condom use may be part of the sexual activity in question fulfills Parliament's objective of giving effect to the equality and dignity-affirming aims underlying the sexual assault prohibitions, responds to the context and harms of non-consensual condom refusal or removal, and respects the restraint principle in criminal law. Non-consensual condom refusal or removal is a form of sexual violence generating physical and psychological harms. The power dynamic it rests on is exacerbated among vulnerable women and among people with diverse gender identities and sex workers. Preventing a complainant from limiting consent to circumstances where a condom is used erodes the right to refuse or limit consent to specific sexual acts, leaving the law of Canada seriously out of touch with reality, and dysfunctional in terms of its protection of sexual autonomy. There are no vagueness or certainty concerns if condom use is seen as part of the sexual activity in question. Asking whether a condom was required and if so, whether one was used, has the necessary certainty to prevent over-criminalization. While restraint is an important criminal law principle, it does not override Parliament's countervailing imperative of enacting sexual assault laws that respect the rights and realities of those subject to such violence.

While vitiation of consent by fraud under s. 265(3)(c) may still arise in other cases, it does not apply when condom use is a condition of consent. Instead of asking whether the complainant subjectively wanted the touching to take place, fraud shifts the focus to how the accused behaved and asks whether he attempted to, or succeeded in, deceiving the complainant about his lack of condom use. The requirement to prove deception and a deprivation misdirects the inquiry and creates gaps which leave many outside the law's protection in relation to sexual assault. Such an approach should not be adopted where the complainant has

cœur de la définition du consentement, comme il se doit. On ne saurait faire abstraction du « non » de la personne plaignante à un rapport sexuel sans condom pour l'application tant du par. 273.1(1) que du par. 273.1(2), parce que, aujourd'hui, non veut dire non, et seul oui veut dire oui. En outre, l'accord volontaire aux rapports sexuels avec un condom ne suppose pas un consentement aux rapports sexuels sans condom, puisque le consentement ne peut se déduire des circonstances ou de la relation qu'entretenaient la personne accusée et la personne plaignante.

De plus, reconnaître que l'utilisation du condom puisse faire partie de l'activité sexuelle répond à l'objectif du Parlement de donner effet aux finalités d'égalité et d'affirmation de la dignité qui sous-tendent les interdictions d'agression sexuelle; elle est sensible au contexte et aux préjudices causés par le refus ou le retrait non consensuel du condom; et elle respecte le principe de la modération en droit criminel. Le refus ou le retrait non consensuel du condom est une forme de violence sexuelle qui engendre des préjudices physiques et psychologiques. La dynamique du pouvoir sur laquelle il repose est exacerbée chez les femmes vulnérables ainsi que chez les personnes de diverses identités de genre et les travailleuses et travailleurs du sexe. Empêcher une personne de limiter son consentement à des circonstances où un condom est utilisé éroderait le droit de refuser ou de limiter le consentement à des actes sexuels spécifiques, ce qui laisserait le droit canadien gravement coupé de la réalité, et dysfonctionnel en ce qui concerne la protection qu'il accorde à l'autonomie sexuelle. Il n'y a aucune crainte au chapitre de l'imprécision ou de la certitude si l'utilisation du condom est considérée comme une partie de l'activité sexuelle. Le fait de se demander si un condom a été exigé et, dans l'affirmative, s'il a été utilisé, comporte la certitude nécessaire pour empêcher la criminalisation à outrance. Bien que la modération soit un principe important du droit criminel, elle ne saurait l'emporter sur l'impératif absolu du Parlement d'adopter des lois en matière d'agression sexuelle qui respectent les droits et les réalités des personnes qui font l'objet de cette violence.

Bien que la viciation du consentement par la fraude visée à l'al. 265(3)c) puisse toujours survenir dans d'autres affaires, elle ne s'applique pas lorsque l'utilisation du condom est une condition du consentement. Plutôt que de poser la question de savoir si la personne plaignante voulait subjectivement que les attouchements aient lieu, la fraude fait porter l'analyse sur la manière dont la personne accusée s'est comportée et pose la question de savoir si elle a tenté de tromper la personne plaignante quant à sa non-utilisation d'un condom, ou si elle a réussi à la tromper à cet égard. La nécessité de prouver la tromperie

not agreed to sex without a condom because: (1) requiring proof of a deprivation fails to account for how, under the law of consent, all persons are able to decide to consent or not based on whatever grounds are personally meaningful to them; (2) the harms of non-consensual condom refusal or removal go beyond a significant risk of serious bodily harm and are much wider than the risk of pregnancy and STIs; (3) the harm requirement for fraud means that certain people and certain types of sex would not come within the law's protection; and (4) proving a significant risk of serious bodily harm will likely entail a patronizing assessment of whether the harm the complainant experienced was significant enough to vitiate a consent that, in their mind, was never given.

Hutchinson does not govern a case like the present one where consent turns on condom use and no condom was worn, and should therefore be distinguished. *Hutchinson* simply held that cases involving condom sabotage and deceit should be analyzed under the fraud provision rather than as part of the sexual activity in question in s. 273.1. *Hutchinson* was chiefly concerned with the delineation of deception under the criminal law and did not establish the sweeping proposition that all cases involving a condom fall outside s. 273.1 and can only be addressed when the conditions of fraud are established. The decision in *Hutchinson* is limited by its factual context and the majority's repeated references to the effectiveness of the condom, its sabotaged state and the accused's deception. In cases involving condoms, *Hutchinson* applies where the complainant finds out after the sexual act that the accused was wearing a knowingly sabotaged condom. If the complainant finds out during the sexual act that the condom was sabotaged, then they can revoke their subjective consent, the *actus reus* of sexual assault is made out, and there is no need to consider the fraud analysis.

Per Wagner C.J. and Côté, Brown and Rowe JJ.: There is agreement with the majority that the appeal should be dismissed. However, there is disagreement that *Hutchinson* is distinguishable. *Hutchinson* squarely applies to the case at bar. It held, categorically, that condom use is not

et une privation oriente mal l'enquête et crée des lacunes qui privent de nombreuses personnes de la protection de la loi en lien avec l'agression sexuelle. Il ne conviendrait pas d'adopter une telle approche lorsque la personne plaignante n'a pas donné son accord à une relation sexuelle sans condom parce que : (1) exiger une preuve de privation ne prend pas en compte comment, en application du droit en matière de consentement, toute personne est capable de décider de consentir ou non en fonction de motifs qui sont significatifs pour elle; (2) les préjudices engendrés par le refus ou le retrait non consensuel du condom ne se limitent pas au risque important de lésions corporelles graves et englobent bien plus que le risque de grossesse ou d'ITS; (3) l'exigence relative aux préjudices pour établir la fraude signifie que certaines personnes et certains types de relations sexuelles ne bénéficieraient pas de la protection de la loi; (4) faire la preuve d'un risque important de lésions corporelles graves supposerait vraisemblablement une appréciation condescendante de la question de savoir si les préjudices que la personne plaignante a subis étaient assez importants pour vicier un consentement qui, dans son esprit, n'a jamais été donné.

L'arrêt *Hutchinson* ne régit pas une cause comme la présente affaire où le consentement repose sur l'utilisation d'un condom et qu'aucun condom n'a été utilisé, et il y a donc lieu d'établir une distinction. L'arrêt *Hutchinson* a simplement statué que les affaires intéressant le sabotage d'un condom et la tromperie devraient être analysées en application de la disposition relative à la fraude, plutôt qu'en intégrant la question du port du condom à l'activité sexuelle visée à l'art. 273.1. L'arrêt *Hutchinson* visait principalement à circonscrire la tromperie en droit criminel et n'a pas établi le principe général selon lequel toutes les affaires où un condom est en cause sont exclues du champ d'application de l'art. 273.1 et ne peuvent être traitées que lorsque les conditions de fraude sont établies. La décision dans l'arrêt *Hutchinson* est limitée concernant l'efficacité du condom, son état saboté et la tromperie de l'accusé. Dans les affaires où un condom est en cause, l'arrêt *Hutchinson* s'applique lorsque la personne plaignante s'est aperçue après l'acte sexuel que l'accusé portait un condom sciemment saboté. Si la personne plaignante s'aperçoit pendant l'acte sexuel que le condom a été saboté, elle peut alors révoquer son consentement subjectif, l'*actus reus* de l'agression sexuelle est établi, et il est inutile de procéder à l'analyse relative à la fraude.

Le juge en chef Wagner et les juges Côté, Brown et Rowe : Il y a accord avec les juges majoritaires que le pourvoi devrait être rejeté. Toutefois, il y a désaccord pour dire que l'arrêt *Hutchinson* peut être distingué. Cette décision s'applique parfaitement au présent dossier. Il y a

part of “the sexual activity in question” contemplated in s. 273.1(1) of the *Criminal Code*. When a person agrees to have sex on the condition that their partner wear a condom, but that condition is circumvented in any way, the sole pathway to criminal liability is the fraud vitiating consent analysis under s. 265(3)(c). Applying *Hutchinson* to the present case, there is some evidence that the complainant consented to the sexual activity in question, but a new trial is required to determine whether her apparent consent was vitiated by fraud.

The case at bar is indistinguishable from *Hutchinson* for several reasons. First, the binding *ratio decidendi* of all the decisions of the Court, as an apex court, is necessarily wider than the majority acknowledges. When the question of law is one of statutory interpretation, the *ratio* of the binding precedent at issue must be understood in the context of the Court’s role: to provide a clear and uniformly applicable interpretation of how a statutory provision is to be understood and applied by lower courts across Canada. Second, the interpretation of *Hutchinson* advanced by the majority is contradicted by a plain reading of the decision, by the *Hutchinson* minority opinion, and by *Hutchinson*’s treatment by courts across the country. Third, the distinction the majority draws between *Hutchinson* and the case at bar is both incoherent and illogical. Distinguishing *Hutchinson* on the basis of no condom versus sabotaged condoms obscures the bright line of criminality established in *Hutchinson*. By arguing that the *Hutchinson* majority referred only to effective condom use, the majority in the instant case introduces needless uncertainty into the criminal law. It follows from the foregoing that the majority’s attempt to distinguish *Hutchinson*, in substance, effects an overturning of that precedent. *Hutchinson* conclusively determined the meaning of “the sexual activity in question” under s. 273.1(1) as excluding all forms of condom use, not only condom sabotage.

As *Hutchinson* cannot be distinguished, it must either be applied or overturned. To assess whether *Hutchinson* can be overturned, it is necessary to examine the Court’s horizontal *stare decisis* jurisprudence and articulate a framework for assessing whether the Court can overturn a prior precedent. According to the foundational doctrine of *stare decisis* — to stand by previous decisions and not to disturb settled

été statué, catégoriquement, que l’utilisation du condom ne faisait pas partie de « l’activité sexuelle » visée au par. 273.1(1) du *Code criminel*. Lorsqu’une personne donne son accord à des rapports sexuels à la condition que son partenaire porte un condom, mais que cette condition n’a pas été respectée de quelque façon que ce soit, la seule voie menant à la responsabilité criminelle est celle de l’analyse relative à la fraude viciant le consentement en application de l’al. 265(3)c). Si l’on applique *Hutchinson* à l’espèce, il existe une certaine preuve que la plaignante a donné son consentement à l’activité sexuelle, mais un nouveau procès s’impose afin de décider si son consentement apparent a été vicié par la fraude.

Le présent dossier ne peut être distingué de l’affaire *Hutchinson*, pour plusieurs raisons. Premièrement, la *ratio* contraignante de tous les arrêts de la Cour, en tant que juridiction de dernière instance, est nécessairement plus large que ce que reconnaissent les juges majoritaires. Lorsque la question de droit concerne l’interprétation statutaire, la *ratio* du précédent contraignant en cause doit être interprétée au regard du rôle de la Cour : fournir une interprétation claire et applicable uniformément à la manière dont une disposition législative doit être comprise et mise en œuvre par les tribunaux d’instance inférieure à travers le pays. Deuxièmement, l’interprétation que proposent les juges majoritaires de *Hutchinson* est contredite par la simple lecture de l’arrêt, par les motifs des juges minoritaires dans cette affaire et par le traitement que lui ont réservé les tribunaux partout au pays. Troisièmement, la distinction que font les juges majoritaires entre *Hutchinson* et le présent dossier est à la fois incohérente et illogique. Distinguer *Hutchinson* en faisant une différence entre l’absence de condom et des condoms sabotés brouille la ligne de démarcation très nette de la criminalité établie dans cet arrêt. En faisant valoir que, dans *Hutchinson*, la majorité ne faisait référence qu’à l’utilisation d’un condom efficace, les juges majoritaires en l’espèce créent une incertitude inutile en droit criminel. Il découle de ce qui précède que la tentative des juges majoritaires de distinguer *Hutchinson* revient, dans les faits, à infirmer ce précédent. Dans *Hutchinson*, la Cour a établi de manière définitive que le sens de l’expression « l’activité sexuelle » au par. 273.1(1) exclut toute forme d’utilisation d’un condom, et pas seulement le sabotage d’un condom.

Comme il n’est pas possible de distinguer *Hutchinson*, cet arrêt doit être soit appliqué, soit infirmé. Pour évaluer la question de savoir si *Hutchinson* peut être renversé ou non, il faut examiner la jurisprudence de la Cour en matière de *stare decisis* horizontal et formuler un cadre d’analyse afin d’évaluer si la Cour peut infirmer un précédent. Suivant le principe fondamental du *stare decisis* — s’en tenir aux

matters — judges are to apply authoritative precedents and have like matters be decided by like. There are two forms of *stare decisis*: vertical and horizontal. Vertical *stare decisis* requires lower courts to follow decisions of higher courts, with limited exceptions. Horizontal *stare decisis*, which binds courts of coordinate jurisdiction in a similar manner, operates differently at each level of court. As the apex court, the Court's decisions often require the elaboration of general principles that can unify large areas of the law and provide meaningful guidance to the legal community and the general public. Such guidance is given effect in a variety of circumstances and for an indefinite period. Eventually, these frameworks may need to be revisited to ensure that they remain workable and responsive to social realities. The framework for horizontal *stare decisis* at the Court must take account of its institutional role and how that role relates to the rationale for *stare decisis*.

First, *stare decisis* promotes legal certainty and stability, allowing people to plan and manage their affairs. It serves to take the capricious element out of law and to give stability to a society. Second, it promotes the rule of law, such that people are subject to similar rules. Third, *stare decisis* promotes the legitimate and efficient exercise of judicial authority. *Res judicata* prevents re-litigation of specific cases and *stare decisis* guards against this systemically, by preventing re-litigation of settled law. Both doctrines promote judicial efficiency. *Stare decisis* also upholds the institutional legitimacy of courts, which hinges on public confidence that judges decide cases on a principled basis, rather than based on their own views. *Stare decisis* is foundational in that it requires that judges give effect to settled legal principles and depart from them only where a proper basis is shown. The criticisms that *stare decisis* is inherently conservative and that courts only adhere to it when the impugned precedent accords with their personal preference arise from the inconsistent application of *stare decisis*. Both criticisms are answered by its proper application.

Given the disparate nature of the Court's horizontal *stare decisis* jurisprudence and given the importance of *stare decisis*, it is necessary to set out a clear and coherent framework: the Court can only overturn its own precedents

décisions antérieures et ne pas modifier ce qui a été tranché —, les juges doivent appliquer les précédents faisant autorité et trancher les affaires semblables de manière semblable. Il existe deux types de *stare decisis* : vertical et horizontal. Le *stare decisis* vertical exige des tribunaux d'instance inférieure qu'ils suivent les décisions des juridictions supérieures, à quelques exceptions près. Le *stare decisis* horizontal, qui lie les tribunaux de juridiction équivalente d'une manière semblable, s'applique différemment à chaque niveau de juridiction. Les décisions que rend la Cour en tant que juridiction de dernière instance nécessitent souvent l'élaboration de principes généraux pouvant unifier de vastes domaines du droit et fournir des lignes directrices utiles à la communauté juridique et au grand public. De telles lignes directrices sont mises en œuvre dans diverses circonstances et pour une période indéfinie. Un jour, ces cadres devront peut-être être réexaminés afin de s'assurer qu'ils demeurent applicables et adaptés aux réalités sociales. Le cadre d'analyse en matière de *stare decisis* horizontal applicable à la Cour doit ainsi tenir compte de son rôle institutionnel et de la manière dont ce rôle est lié à la raison d'être du *stare decisis*.

Premièrement, le *stare decisis* favorise la certitude et la stabilité juridiques, ce qui permet aux gens de planifier et gérer leurs affaires. Il a pour effet d'enlever le caractère capricieux du droit et d'assurer la stabilité au sein d'une société. Deuxièmement, il favorise la primauté du droit, de sorte que les gens sont assujettis à des règles semblables. Troisièmement, le *stare decisis* favorise l'exercice légitime et efficace du pouvoir judiciaire. L'autorité de la chose jugée empêche que les affaires déjà tranchées ne soient rouvertes ultérieurement et le *stare decisis* permet d'éviter cela de façon systémique en empêchant la réouverture de principes de droit établis. Ces deux principes favorisent l'efficacité judiciaire. Le *stare decisis* maintient aussi la légitimité institutionnelle des tribunaux, laquelle repose sur la confiance du public que les juges tranchent les litiges en se fondant sur des principes, plutôt que leurs propres opinions. Le *stare decisis* est fondamental en ce qu'il exige que les juges donnent effet aux principes juridiques établis et ne s'en écartent que si un motif valable est démontré. Les critiques portant que le *stare decisis* est un principe intrinsèquement conservateur et que les tribunaux ne respectent celui-ci que lorsque le précédent contesté cadre avec leur préférence personnelle découlent de l'application incohérente du *stare decisis*. Ces deux critiques trouvent réponse par une application appropriée de ce principe.

Compte tenu de la disparité de la jurisprudence de la Cour en matière de *stare decisis* horizontal et vu l'importance du *stare decisis*, il est nécessaire d'établir un cadre d'analyse clair et cohérent : la Cour ne peut renverser l'un

if that precedent (1) was rendered *per incuriam*, that is, in ignorance or forgetfulness of the existence of a binding authority or relevant statute; (2) is unworkable, or (3) has had its foundation eroded by significant societal or legal change.

To overturn a precedent on the ground that it was rendered *per incuriam*, a litigant must show that the Court failed to consider a binding authority or relevant statute and that this failure affected the judgment. This will be a rare basis to overturn a decision because the Court has the benefit of party and intervener submissions, lower court decisions on the issue, and rigorous internal processes, and because the standard to establish that a decision was decided *per incuriam* is high.

An unworkable precedent is one that is unduly complex or difficult to apply in practice and that undermines at least one of the purposes that *stare decisis* is intended to promote (legal certainty, the rule of law, judicial efficiency). Parties seeking to overturn precedent on this basis need to demonstrate that a precedent undermines the goals of *stare decisis*. It is not enough for litigants to assert baldly that a precedent has been applied in an uneven and unpredictable manner, creates uncertainty, or is doctrinally incoherent.

Where fundamental changes undermine the rationale of a precedent, this eroded precedent can be overturned by the Court. This can occur in two ways, through: (1) societal change (e.g., social, economic, or technological change in Canadian society), or (2) legal change, such as constitutional amendments, or, incrementally, when subsequent jurisprudence attenuates a precedent. With respect to societal change, the Court can overturn its decisions when fundamental changes to societal conditions undermine the decision's rationale, because the changes either render the concerns underlying the precedent moot or inconsistent with contemporary societal norms. Those seeking to overturn precedent based on societal change must demonstrate such change. As for legal change, the need to revisit precedents that conflict with the Constitution is clear but the point at which subsequent decisions have attenuated a precedent sufficiently so as to warrant overturning it is more difficult to define. The jurisprudence reveals a common theme: the precedent relies on principles or gives effect to purposes inconsistent with those underlying the Court's subsequent decisions.

de ses propres précédents que si celui-ci (1) a été rendu *per incuriam* — c'est-à-dire par ignorance ou oubli de l'existence d'un précédent contraignant ou d'une loi pertinente —, (2) est inapplicable, ou (3) a vu son fondement érodé par un changement sociétal ou juridique important.

Pour faire infirmer un précédent au motif qu'il a été rendu *per incuriam*, une partie doit démontrer que la Cour n'a pas pris en considération un précédent contraignant ou une loi pertinente, et que cette omission a eu une incidence sur le jugement. Ce motif sera rarement invoqué pour infirmer une décision parce que la Cour bénéficie des observations des parties et des intervenants, dispose des décisions rendues par les tribunaux d'instance inférieure sur la question en litige et est dotée de processus internes rigoureux, et parce que la norme servant à établir qu'une décision a été rendue *per incuriam* est élevée.

Un précédent inapplicable est un précédent indûment complexe ou difficile à appliquer en pratique, et qui mine au moins un des objectifs que le *stare decisis* vise à atteindre (certitude juridique, primauté du droit, efficacité judiciaire). Les parties qui cherchent à infirmer un précédent pour ce motif doivent démontrer qu'il mine les objectifs du *stare decisis*. Il ne leur suffit pas d'affirmer simplement qu'un précédent a été appliqué de manière inégale et imprévisible, crée de l'incertitude ou est incohérent sur le plan théorique.

Lorsque des changements fondamentaux minent la logique d'un précédent, la Cour peut infirmer ce précédent érodé. Cela peut se produire de deux façons, soit par : (1) un changement sociétal (p. ex., un changement social, économique ou technologique dans la société canadienne), ou (2) un changement juridique, comme des modifications constitutionnelles, ou un changement juridique progressif, lorsqu'une jurisprudence subséquente atténue un précédent. En ce qui concerne le changement sociétal, la Cour peut infirmer une de ses décisions quand des changements fondamentaux aux conditions sociétales minent la logique de la décision, parce que ces changements rendent les préoccupations qui sous-tendaient cette décision théoriques ou incompatibles avec les normes sociétales contemporaines. Ceux qui cherchent à infirmer un précédent sur la base d'un changement sociétal doivent démontrer un tel changement. Pour ce qui est du changement juridique, la nécessité de réexaminer les précédents qui entrent en conflit avec la Constitution est évidente, mais il est plus difficile de définir le moment où des décisions subséquentes ont suffisamment atténué un précédent pour justifier de le renverser. On retrouve dans la jurisprudence un thème commun : le précédent repose sur des principes ou donne effet à des objectifs incompatibles avec ceux qui sous-tendent les décisions subséquentes de la Cour.

All *per incuriam* decisions should be overturned. But an unworkable or eroded precedent may be upheld if overturning the decision would result in unforeseeable change or expand criminal liability. It should no longer be argued that a precedent should be overturned because it is (1) subject to judicial or academic criticism, (2) diverges from foreign jurisprudence, (3) is wrong in the eyes of some, (4) is a new or old precedent, or (5) was decided by a narrow majority. This framework for horizontal *stare decisis* is intended to apply to all statutory interpretation, common law, and constitutional precedents of the Court. However, differences exist between these types of precedents. In order for the Court to revisit a precedent based on statutory interpretation, it must be shown that the Court misconstrued the legislature's intent. As the meaning of a statute is fixed at the time of enactment, parties cannot argue that social change has altered the meaning of a particular provision. If the passage of time renders the statute inconsistent with contemporary social reality, it is the legislature that must remedy the statute's deficiencies.

Applying this horizontal *stare decisis* framework, *Hutchinson* meets none of the criteria for overturning precedent. First, it was not rendered *per incuriam* as it cannot be demonstrated that the *Hutchinson* panel ignored binding precedent, much less that the result would have been different had it considered an allegedly overlooked authority. Further, the failure to consider binding precedent would be grounds for overturning *Hutchinson*, not a basis for reading its *ratio* so narrowly that it may be distinguished. Second, *Hutchinson* is not unworkable. Far from creating uncertainty, the *raison d'être* of *Hutchinson* was to provide a bright line rule for interpreting the "sexual activity in question" under s. 273.1(1). The *Hutchinson* rule consigns all forms of deception involving contraception, including condom use or non-use, to the fraud analysis under s. 265(3)(c). Post-*Hutchinson* jurisprudence discloses no difficulty applying it. At most, it may be said that a tiny fraction of reviewing judges simply disagree with *Hutchinson*. Likewise, the academic criticism levied against *Hutchinson* suggests that it was wrongly decided but the existence of criticism alone is insufficient to justify departing from a precedent. Third, no foundational erosion has occurred with respect to *Hutchinson*. Any societal change that may have occurred since *Hutchinson* cannot change Parliament's legislative intent as authoritatively interpreted by the *Hutchinson* Court. The statutory meaning of "the sexual activity in question" set out in *Hutchinson* reflects Parliament's intent at the time of enactment. If

Toutes les décisions rendues *per incuriam* devraient être infirmées. Cependant, la validité d'un précédent inapplicable ou érodé peut être confirmée si le fait d'infirmar la décision entraînerait des changements imprévisibles ou élargirait la responsabilité criminelle. On ne devrait plus faire valoir qu'il y a lieu d'infirmar un précédent parce qu'il (1) fait l'objet de critiques judiciaires ou doctrinales, (2) comporte des différences avec la jurisprudence étrangère, (3) est erroné aux yeux de certaines personnes, (4) est un précédent récent ou ancien, ou (5) a été rendu par une faible majorité. Ce cadre d'analyse en matière de *stare decisis* horizontal doit s'appliquer à tous les précédents de la Cour portant sur l'interprétation statutaire, la common law et le droit constitutionnel. Cependant, il existe certaines différences entre ces types de précédents. Pour que la Cour puisse réexaminer un précédent en se fondant sur l'interprétation d'une loi, il faut démontrer que la Cour a mal interprété l'intention du législateur. Comme le sens d'une loi est fixé au moment de son édicition, les parties ne peuvent pas faire valoir qu'un changement social a modifié le sens d'une disposition particulière. Si l'écoulement du temps a rendu la loi incompatible avec la réalité sociale contemporaine, il appartient au législateur de remédier à ces lacunes.

Si l'on applique ce cadre d'analyse en matière de *stare decisis* horizontal, l'arrêt *Hutchinson* ne satisfait à aucun des critères applicables à l'infirmation d'un précédent. Premièrement, il n'a pas été rendu *per incuriam*, car il ne peut être démontré que la formation ayant rendu cette décision a fait abstraction d'un précédent contraignant, et encore moins qu'elle aurait tiré une conclusion différente si elle avait pris en considération une autorité dont elle n'aurait pas tenu compte. De plus, le fait de ne pas avoir tenu compte d'un précédent contraignant justifierait d'infirmar *Hutchinson*, mais pas d'interpréter sa *ratio* de façon si restreinte qu'il serait possible de distinguer cette affaire du présent dossier. Deuxièmement, *Hutchinson* n'est pas inapplicable. Cette décision, loin de créer de l'incertitude, avait pour raison d'être de fournir une règle de démarcation très nette pour interpréter « l'activité sexuelle » au sens du par. 273.1(1). La règle énoncée dans *Hutchinson* soumet toutes les formes de tromperie liées à la contraception, y compris l'utilisation ou la non-utilisation du condom, à l'analyse relative à la fraude en application de l'al. 265(3)c). La jurisprudence postérieure à *Hutchinson* ne révèle aucune difficulté à appliquer cet arrêt. On peut dire tout au plus qu'une infime partie des juges d'appel sont tout simplement en désaccord avec *Hutchinson*. De même, les critiques doctrinales formulées à l'encontre de *Hutchinson* suggèrent que cet arrêt est erroné, mais l'existence de critiques ne suffit pas à elle seule à justifier que l'on s'écarte d'un précédent. Troisièmement, *Hutchinson* n'a pas vu ses

the passage of time has rendered this statutory provision inconsistent with contemporary social reality, it is for the legislature to further study and to remedy any alleged deficiency. Finally, the Crown has not pointed to any legal change that could warrant overturning *Hutchinson*: no constitutional or jurisprudential developments post-*Hutchinson* that would attenuate its precedential value are mentioned. The Court's recent sexual assault jurisprudence does not purport to displace *Hutchinson*'s clear and categorical interpretation of the "sexual activity in question" under s. 273.1(1) as excluding condom use.

Even if *Hutchinson* were unworkable or if its precedential foundation had eroded, there are at least two compelling reasons to uphold it. First, overturning *Hutchinson* would raise concerns regarding the retrospective expansion of criminal liability. Second, overturning *Hutchinson* may lead to unforeseeable consequences. Suddenly re-orienting the law to expand the scope of consent would be a major legal change engaging potentially wide-reaching policy issues. *Hutchinson* therefore governs the case at bar, such that the two-step fraud vitiating consent analysis under s. 265(3)(c) is engaged, rather than the consent analysis under s. 273.1(1).

At the first step of the *Hutchinson* framework, there is some evidence that the complainant voluntarily agreed to the sexual activity in question. However, at the second step, there is also some evidence that the complainant's apparent consent may have been vitiated by fraud. On the low threshold of a no-evidence motion, there was at least some evidence of dishonesty by omission and risk of deprivation through the risk of pregnancy. Accordingly, a new trial is required.

Cases Cited

By Martin J.

Distinguished: *R. v. Hutchinson*, 2014 SCC 19, [2014] 1 S.C.R. 346; **referred to:** *R. v. Arcuri*, 2001 SCC 54, [2001]

fondements érodés. Tout changement sociétal susceptible de s'être produit après le prononcé de *Hutchinson* ne peut pas modifier l'intention législative du Parlement telle qu'elle a été interprétée de manière définitive par la Cour dans cet arrêt. Le sens qui, suivant *Hutchinson*, est donné par la loi à l'expression « l'activité sexuelle » reflète l'intention du Parlement au moment de l'édition. Si l'écoulement du temps a rendu cette disposition législative incompatible avec la réalité sociale contemporaine, il appartient au législateur d'examiner de façon plus approfondie toute lacune reprochée et d'y remédier. Enfin, la Couronne n'a évoqué aucun changement juridique qui pourrait justifier d'infirmier *Hutchinson* : on ne mentionne aucune évolution constitutionnelle ou jurisprudentielle postérieure à *Hutchinson* qui est susceptible d'atténuer sa valeur de précédent. La jurisprudence récente de la Cour en matière d'agression sexuelle n'entend pas écarter l'interprétation claire et catégorique qui a été établie dans *Hutchinson* selon laquelle l'utilisation du condom est exclue de « l'activité sexuelle » visée au par. 273.1(1).

Même si l'arrêt *Hutchinson* était inapplicable ou si ses fondements comme précédent étaient érodés, il existe au moins deux raisons impérieuses de confirmer sa validité. Premièrement, infirmer *Hutchinson* soulèverait des préoccupations quant à l'élargissement rétrospectif de la responsabilité criminelle. Deuxièmement, infirmer *Hutchinson* pourrait entraîner des conséquences imprévisibles. Le fait de réorienter soudainement le droit pour élargir la portée du consentement constituerait un changement juridique majeur qui pourrait soulever de vastes questions de politique. *Hutchinson* régit donc le présent dossier, si bien que c'est l'analyse en deux étapes relative à la fraude viciant le consentement en application de l'al. 265(3)c) qui est en jeu, plutôt que celle relative au consentement en vertu du par. 273.1(1).

La première étape du cadre d'analyse énoncé dans l'arrêt *Hutchinson* est remplie : il y a une certaine preuve que la plaignante a donné son accord volontaire à l'activité sexuelle. Cependant, à la deuxième étape, il y a aussi une certaine preuve que le consentement apparent de la plaignante a pu être vicié par la fraude. Suivant le seuil peu élevé applicable à une requête pour absence de preuve, il y avait au moins une certaine preuve de malhonnêteté par omission et de risque de privation en raison du risque de grossesse. Par conséquent, un nouveau procès doit être tenu.

Jurisprudence

Citée par la juge Martin

Distinction d'avec l'arrêt : *R. c. Hutchinson*, 2014 CSC 19, [2014] 1 R.C.S. 346; **arrêts mentionnés :** *R. c.*

2 S.C.R. 828; *United States of America v. Shephard*, [1977] 2 S.C.R. 1067; *R. v. Monteleone*, [1987] 2 S.C.R. 154; *R. v. Charemski*, [1998] 1 S.C.R. 679; *R. v. Barros*, 2011 SCC 51, [2011] 3 S.C.R. 368; *R. v. Ewanchuk*, [1999] 1 S.C.R. 330; *R. v. Barton*, 2019 SCC 33, [2019] 2 S.C.R. 579; *R. v. J.A.*, 2011 SCC 28, [2011] 2 S.C.R. 440; *R. v. G.F.*, 2021 SCC 20, [2021] 1 S.C.R. 801; *R. v. Cuerrier*, [1998] 2 S.C.R. 371; *R. v. Mabior*, 2012 SCC 47, [2012] 2 S.C.R. 584; *R. v. L.T.H.*, 2008 SCC 49, [2008] 2 S.C.R. 739; *R. v. Park*, [1995] 2 S.C.R. 836; *R. v. Goldfinch*, 2019 SCC 38, [2019] 3 S.C.R. 3; *R. v. Olotu*, 2017 SCC 11, [2017] 1 S.C.R. 168, aff'g 2016 SKCA 84, 338 C.C.C. (3d) 321; *R. v. Poirier*, 2014 ABCA 59; *R. v. Flaviano*, 2014 SCC 14, [2014] 1 S.C.R. 270, aff'g 2013 ABCA 219, 309 C.C.C. (3d) 163; *1704604 Ontario Ltd. v. Pointes Protection Association*, 2020 SCC 22, [2020] 2 S.C.R. 587; *Moore v. British Columbia (Education)*, 2012 SCC 61, [2012] 3 S.C.R. 360; *Alberta (Aboriginal Affairs and Northern Development) v. Cunningham*, 2011 SCC 37, [2011] 2 S.C.R. 670; *R. v. D.A.I.*, 2012 SCC 5, [2012] 1 S.C.R. 149; *R. v. Chartrand*, [1994] 2 S.C.R. 864; *R. v. Gladue*, [1999] 1 S.C.R. 688; *R. v. Lupi*, 2019 ONSC 3713; *R. v. Rivera*, 2019 ONSC 3918; *R. v. Kraft*, 2021 ONSC 1970; *R. v. Hutchinson*, 2011 NSSC 361, 311 N.S.R. (2d) 1; *R. v. Hutchinson*, 2013 NSCA 1, 325 N.S.R. (2d) 95; *R. v. Henry*, 2005 SCC 76, [2005] 3 S.C.R. 609.

By Côté, Brown and Rowe JJ.

Applied: *R. v. Hutchinson*, 2014 SCC 19, [2014] 1 S.C.R. 346; **considered:** *R. v. Henry*, 2005 SCC 76, [2005] 3 S.C.R. 609; *R. v. Bernard*, [1988] 2 S.C.R. 833; *Minister of Indian Affairs and Northern Development v. Ranville*, [1982] 2 S.C.R. 518; *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov*, 2019 SCC 65, [2019] 4 S.C.R. 653; *R. v. Jordan*, 2016 SCC 27, [2016] 1 S.C.R. 631; *Hamstra (Guardian ad litem of) v. British Columbia Rugby Union*, [1997] 1 S.C.R. 1092; *Nishi v. Rascal Trucking Ltd.*, 2013 SCC 33, [2013] 2 S.C.R. 438; *R. v. B. (K.G.)*, [1993] 1 S.C.R. 740; *Teva Canada Ltd. v. TD Canada Trust*, 2017 SCC 51, [2017] 2 S.C.R. 317; *R. v. Kapp*, 2008 SCC 41, [2008] 2 S.C.R. 483; *Vetrovec v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 811; *Tolofson v. Jensen*, [1994] 3 S.C.R. 1022; *McLean v. Pettigrew*, [1945] S.C.R. 62; *Brooks v. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 1219; *Bliss v. Attorney General of Canada*, [1979] 1 S.C.R. 183; *United States v. Burns*, 2001 SCC 7, [2001] 1 S.C.R. 283; *Bowhey v. Theakston*, [1951] S.C.R. 679; *Deacon v. The King*, [1947] S.C.R. 531; *R. v. Beaulac*, [1999] 1 S.C.R. 768; *Clark v. Canadian National Railway Co.*, [1988] 2 S.C.R. 680; *Ordon Estate v. Grail*, [1998] 3 S.C.R. 437; *R. v. Mabior*, 2012 SCC 47, [2012] 2 S.C.R. 584; **referred to:**

Arcuri, 2001 CSC 54, [2001] 2 R.C.S. 828; *États-Unis d'Amérique c. Shephard*, [1977] 2 R.C.S. 1067; *R. c. Monteleone*, [1987] 2 R.C.S. 154; *R. c. Charemski*, [1998] 1 R.C.S. 679; *R. c. Barros*, 2011 CSC 51, [2011] 3 R.C.S. 368; *R. c. Ewanchuk*, [1999] 1 R.C.S. 330; *R. c. Barton*, 2019 CSC 33, [2019] 2 R.C.S. 579; *R. c. J.A.*, 2011 CSC 28, [2011] 2 R.C.S. 440; *R. c. G.F.*, 2021 CSC 20, [2021] 1 R.C.S. 801; *R. c. Cuerrier*, [1998] 2 R.C.S. 371; *R. c. Mabior*, 2012 CSC 47, [2012] 2 R.C.S. 584; *R. c. L.T.H.*, 2008 CSC 49, [2008] 2 R.C.S. 739; *R. c. Park*, [1995] 2 R.C.S. 836; *R. c. Goldfinch*, 2019 CSC 38, [2019] 3 R.C.S. 3; *R. c. Olotu*, 2017 CSC 11, [2017] 1 R.C.S. 168, conf. 2016 SKCA 84, 338 C.C.C. (3d) 321; *R. c. Poirier*, 2014 ABCA 59; *R. c. Flaviano*, 2014 CSC 14, [2014] 1 R.C.S. 270, conf. 2013 ABCA 219, 309 C.C.C. (3d) 163; *1704604 Ontario Ltd. c. Pointes Protection Association*, 2020 CSC 22, [2020] 2 R.C.S. 587; *Moore c. Colombie-Britannique (Éducation)*, 2012 CSC 61, [2012] 3 R.C.S. 360; *Alberta (Affaires autochtones et Développement du Nord) c. Cunningham*, 2011 CSC 37, [2011] 2 R.C.S. 670; *R. c. D.A.I.*, 2012 CSC 5, [2012] 1 R.C.S. 149; *R. c. Chartrand*, [1994] 2 R.C.S. 864; *R. c. Gladue*, [1999] 1 R.C.S. 688; *R. c. Lupi*, 2019 ONSC 3713; *R. c. Rivera*, 2019 ONSC 3918; *R. c. Kraft*, 2021 ONSC 1970; *R. c. Hutchinson*, 2011 NSSC 361, 311 N.S.R. (2d) 1; *R. c. Hutchinson*, 2013 NSCA 1, 325 N.S.R. (2d) 95; *R. c. Henry*, 2005 CSC 76, [2005] 3 R.C.S. 609.

Citée par les juges Côté, Brown et Rowe

Arrêt appliqué : *R. c. Hutchinson*, 2014 CSC 19, [2014] 1 R.C.S. 346; **arrêts examinés :** *R. c. Henry*, 2005 CSC 76, [2005] 3 R.C.S. 609; *R. c. Bernard*, [1988] 2 R.C.S. 833; *Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien c. Ranville*, [1982] 2 R.C.S. 518; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Vavilov*, 2019 CSC 65, [2019] 4 R.C.S. 653; *R. c. Jordan*, 2016 CSC 27, [2016] 1 R.C.S. 631; *Hamstra (Tuteur à l'instance de) c. British Columbia Rugby Union*, [1997] 1 R.C.S. 1092; *Nishi c. Rascal Trucking Ltd.*, 2013 CSC 33, [2013] 2 R.C.S. 438; *R. c. B. (K.G.)*, [1993] 1 R.C.S. 740; *Teva Canada Ltée c. TD Canada Trust*, 2017 CSC 51, [2017] 2 R.C.S. 317; *R. c. Kapp*, 2008 CSC 41, [2008] 2 R.C.S. 483; *Vetrovec c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 811; *Tolofson c. Jensen*, [1994] 3 R.C.S. 1022; *McLean c. Pettigrew*, [1945] R.C.S. 62; *Brooks c. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1219; *Bliss c. Procureur général du Canada*, [1979] 1 R.C.S. 183; *États-Unis c. Burns*, 2001 CSC 7, [2001] 1 R.C.S. 283; *Theakston c. Theakston*, [1951] R.C.S. 679; *Deacon c. The King*, [1947] R.C.S. 531; *R. c. Beaulac*, [1999] 1 R.C.S. 768; *Clark c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, [1988] 2 R.C.S. 680; *Succession Ordon c. Grail*, [1998] 3 R.C.S. 437; *R. c. Mabior*, 2012 CSC 47, [2012]

Housen v. Nikolaisen, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235; *R. v. R.P.*, 2012 SCC 22, [2012] 1 S.C.R. 746; *Ledcor Construction Ltd. v. Northbridge Indemnity Insurance Co.*, 2016 SCC 37, [2016] 2 S.C.R. 23; *Salomon v. Matte-Thompson*, 2019 SCC 14, [2019] 1 S.C.R. 729; *Bhasin v. Hrynew*, 2014 SCC 71, [2014] 3 S.C.R. 494; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Quinn v. Leathem*, [1901] A.C. 495; *Edmonton (City) v. Edmonton East (Capilano) Shopping Centres Ltd.*, 2016 SCC 47, [2016] 2 S.C.R. 293; *R. v. Arcand*, 2010 ABCA 363, 264 C.C.C. (3d) 134; *Osborne v. Rowlett* (1880), 13 Ch. D. 774; *Delta Acceptance Corporation Ltd. v. Redman* (1966), 55 D.L.R. (2d) 481; *TCF Ventures Corp. v. Cambie Malone's Corp.*, 2017 BCCA 129, 95 B.C.L.R. (5th) 346; *R. v. A.E.*, 2021 ABCA 172, 466 D.L.R. (4th) 226, aff'd 2022 SCC 4, [2022] 1 S.C.R. 20; *R. v. Brar*, 2021 ABCA 146, 23 Alta. L.R. (7th) 1; *R. v. P.D.C.*, 2021 ONCA 134, 401 C.C.C. (3d) 406; *R. v. Nauya*, 2021 NUCA 1; *R. v. G. (N.)*, 2020 ONCA 494, 152 O.R. (3d) 24; *R. v. Capewell*, 2020 BCCA 82, 386 C.C.C. (3d) 192; *R. v. Kwon*, 2020 SKCA 56, 386 C.C.C. (3d) 553; *R. v. Percy*, 2020 NSCA 11, 61 C.R. (7th) 7; *Charest v. R.*, 2019 QCCA 1401; *R. v. Al-Rawi*, 2018 NSCA 10, 359 C.C.C. (3d) 237; *P. (P.) v. D. (D.)*, 2017 ONCA 180, 409 D.L.R. (4th) 691; *R. v. Barton*, 2019 SCC 33, [2019] 2 S.C.R. 579; *R. v. Goldfinch*, 2019 SCC 38, [2019] 3 S.C.R. 3; *R. v. Le*, 2019 SCC 34, [2019] 2 S.C.R. 692; *R. v. Ahmad*, 2020 SCC 11, [2020] 1 S.C.R. 577; *R. v. C.P.*, 2021 SCC 19, [2021] 1 S.C.R. 679; *Beamish v. Beamish* (1861), 9 H.L.C. 274; *Stuart v. Bank of Montreal* (1909), 41 S.C.R. 516; *R. v. Salituro*, [1991] 3 S.C.R. 654; *Canada (Attorney General) v. Hislop*, 2007 SCC 10, [2007] 1 S.C.R. 429; *Practice Statement (Judicial Precedent)*, [1966] 1 W.L.R. 1234; *Reference re The Farm Products Marketing Act*, [1957] S.C.R. 198; *Canada v. Craig*, 2012 SCC 43, [2012] 2 S.C.R. 489; *Ontario (Attorney General) v. Fraser*, 2011 SCC 20, [2011] 2 S.C.R. 3; *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992); *Willers v. Joyce (No. 2)*, [2016] UKSC 44, [2018] A.C. 843; *Queensland v. Commonwealth* (1977), 139 C.L.R. 585; *Canada (Attorney General) v. Bedford*, 2013 SCC 72, [2013] 3 S.C.R. 1101; *Carter v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 5, [2015] 1 S.C.R. 331; *R. v. Comeau*, 2018 SCC 15, [2018] 1 S.C.R. 342; *Re Hansard Spruce Mills Ltd.*, [1954] 4 D.L.R. 590; *R. v. Sullivan*, 2022 SCC 19, [2022] 1 S.C.R. 460; *R. v. Neves*, 2005 MBCA 112, 201 Man. R. (2d) 44; *David Polowin Real Estate Ltd. v. Dominion of Canada General Insurance Co.* (2005), 76 O.R. (3d) 161; *Tan v. Canada (Attorney General)*, 2018 FCA 186, [2019] 2 F.C.R. 648; *Toronto Standard Condominium Corporation No. 1628 v. Toronto Standard Condominium Corporation*, 2020 ONCA 612, 454 D.L.R. (4th) 126; *Watkins v. Olafson*, [1989] 2 S.C.R. 2 R.C.S. 584; **arrêts mentionnés** : *Housen v. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *R. c. R.P.*, 2012 CSC 22, [2012] 1 R.C.S. 746; *Ledcor Construction Ltd. c. Société d'assurance d'indemnisation Northbridge*, 2016 CSC 37, [2016] 2 R.C.S. 23; *Salomon c. Matte-Thompson*, 2019 CSC 14, [2019] 1 R.C.S. 729; *Bhasin c. Hrynew*, 2014 CSC 71, [2014] 3 R.C.S. 494; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Quinn c. Leathem*, [1901] A.C. 495; *Edmonton (Ville) c. Edmonton East (Capilano) Shopping Centres Ltd.*, 2016 CSC 47, [2016] 2 R.C.S. 293; *R. c. Arcand*, 2010 ABCA 363, 264 C.C.C. (3d) 134; *Osborne c. Rowlett* (1880), 13 Ch. D. 774; *Delta Acceptance Corporation Ltd. c. Redman* (1966), 55 D.L.R. (2d) 481; *TCF Ventures Corp. c. Cambie Malone's Corp.*, 2017 BCCA 129, 95 B.C.L.R. (5th) 346; *R. c. A.E.*, 2021 ABCA 172, 466 D.L.R. (4th) 226, conf. par 2022 CSC 4, [2022] 1 R.C.S. 20; *R. c. Brar*, 2021 ABCA 146, 23 Alta. L.R. (7th) 1; *R. c. P.D.C.*, 2021 ONCA 134, 401 C.C.C. (3d) 406; *R. c. Nauya*, 2021 NUCA 1; *R. c. G. (N.)*, 2020 ONCA 494, 152 O.R. (3d) 24; *R. c. Capewell*, 2020 BCCA 82, 386 C.C.C. (3d) 192; *R. c. Kwon*, 2020 SKCA 56, 386 C.C.C. (3d) 553; *R. c. Percy*, 2020 NSCA 11, 61 C.R. (7th) 7; *Charest c. R.*, 2019 QCCA 1401; *R. c. Al-Rawi*, 2018 NSCA 10, 359 C.C.C. (3d) 237; *P. (P.) c. D. (D.)*, 2017 ONCA 180, 409 D.L.R. (4th) 691; *R. c. Barton*, 2019 CSC 33, [2019] 2 R.C.S. 579; *R. c. Goldfinch*, 2019 CSC 38, [2019] 3 R.C.S. 3; *R. c. Le*, 2019 CSC 34, [2019] 2 R.C.S. 692; *R. c. Ahmad*, 2020 CSC 11, [2020] 1 R.C.S. 577; *R. c. C.P.*, 2021 CSC 19, [2021] 1 R.C.S. 679; *Beamish c. Beamish* (1861), 9 H.L.C. 274; *Stuart c. Bank of Montreal* (1909), 41 R.C.S. 516; *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654; *Canada (Procureur général) c. Hislop*, 2007 CSC 10, [2007] 1 R.C.S. 429; *Practice Statement (Judicial Precedent)*, [1966] 1 W.L.R. 1234; *Reference re The Farm Products Marketing Act*, [1957] R.C.S. 198; *Canada c. Craig*, 2012 CSC 43, [2012] 2 R.C.S. 489; *Ontario (Procureur général) c. Fraser*, 2011 CSC 20, [2011] 2 R.C.S. 3; *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania c. Casey*, 505 U.S. 833 (1992); *Willers c. Joyce (No. 2)*, [2016] UKSC 44, [2018] A.C. 843; *Queensland c. Commonwealth* (1977), 139 C.L.R. 585; *Canada (Procureur général) c. Bedford*, 2013 CSC 72, [2013] 3 R.C.S. 1101; *Carter c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 5, [2015] 1 R.C.S. 331; *R. c. Comeau*, 2018 CSC 15, [2018] 1 R.C.S. 342; *Re Hansard Spruce Mills Ltd.*, [1954] 4 D.L.R. 590; *R. c. Sullivan*, 2022 CSC 19, [2022] 1 R.C.S. 460; *R. c. Neves*, 2005 MBCA 112, 201 Man. R. (2d) 44; *David Polowin Real Estate Ltd. c. Dominion of Canada General Insurance Co.* (2005), 76 O.R. (3d) 161; *Tan c. Canada (Procureur général)*, 2018 CAF 186, [2019] 2 R.C.F. 648; *Toronto Standard Condominium Corporation No. 1628 c. Toronto Standard Condominium Corporation*, 2020 ONCA 612, 454 D.L.R. (4th) 126;

750; *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973); *Sriskandarajah v. United States of America*, 2012 SCC 70, [2012] 3 S.C.R. 609; *R. v. Chan*, 2018 ONSC 3849, 365 C.C.C. (3d) 376; *Hryniak v. Mauldin*, 2014 SCC 7, [2014] 1 S.C.R. 87; *R. v. Fleming*, 2010 ONSC 8022; *R. v. Dunn* (1999), 28 C.R. (5th) 295; *R. v. Jensen*, [2000] O.J. No. 4870 (QL), 2000 CarswellOnt 6489 (WL); *R. v. Decaire*, [1998] O.J. No. 6339 (QL); *R. v. Cedeno*, 2005 ONCJ 91, 195 C.C.C. (3d) 468; *Dickerson v. United States*, 530 U.S. 428 (2000); *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966); *Kosmopoulos v. Constitution Insurance Co.*, [1987] 1 S.C.R. 2; *Central Alberta Dairy Pool v. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 S.C.R. 489; *British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. BCGSEU*, [1999] 3 S.C.R. 3; *Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Martin*, 2003 SCC 54, [2003] 2 S.C.R. 504; *Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. v. British Columbia*, 2007 SCC 27, [2007] 2 S.C.R. 391; *R. v. Chaulk*, [1990] 3 S.C.R. 1303; *Police Authority for Huddersfield v. Watson*, [1947] 1 K.B. 842; *R. v. C. (T.L.)*, [1994] 2 S.C.R. 1012; *R. v. George*, [1966] S.C.R. 267; *Walker v. Bank of Montreal*, 2017 SKCA 42, [2017] 12 W.W.R. 130; *Areva Resources Canada Inc. v. Saskatchewan (Minister of Energy and Resources)*, 2013 SKCA 79, 417 Sask. R. 182; *Rogers Communications Inc. v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, 2012 SCC 35, [2012] 2 S.C.R. 283; *R. v. Morin*, [1992] 1 S.C.R. 771; *R. v. Stilwell*, 2014 ONCA 563, 313 C.C.C. (3d) 257; *De Souza v. Cobden*, [1891] 1 Q.B. 687; *R. v. Suter*, 2018 SCC 34, [2018] 2 S.C.R. 496; *R. v. Tutton*, [1989] 1 S.C.R. 1392; *R. v. Hynes*, 2001 SCC 82, [2001] 3 S.C.R. 623; *R. v. Alex*, 2017 SCC 37, [2017] 1 S.C.R. 967; *R. v. Robinson*, [1996] 1 S.C.R. 683; *MacAskill v. The King*, [1931] S.C.R. 330; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *Robertson and Rosetanni v. The Queen*, [1963] S.C.R. 651; *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613; *Chromiak v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 471; *R. v. Hawkins*, [1996] 3 S.C.R. 1043; *R. v. Hodgson*, [1998] 2 S.C.R. 449; *Friedmann Equity Developments Inc. v. Final Note Ltd.*, 2000 SCC 34, [2000] 1 S.C.R. 842; *R. v. Prokofiew*, 2012 SCC 49, [2012] 2 S.C.R. 639; *R. v. D.L.W.*, 2016 SCC 22, [2016] 1 S.C.R. 402; *Frey v. Fedoruk*, [1950] S.C.R. 517; *Pearson v. Callahan*, 555 U.S. 223 (2009); *Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd. v. Saint John Shipbuilding Ltd.*, [1997] 3 S.C.R. 1210; *Kimble v. Marvel Entertainment, LLC*, 576 U.S. 446 (2015); *R. v. Knuller (Publishing, Printing and Promotions) Ltd.*, [1973] A.C. 435; *R. v. Cunningham*, [1982] A.C. 566; *R. v. Nedelcu*, 2012 SCC 59, [2012] 3 S.C.R. 311; *R. v. Cody*, 2017 SCC 31, [2017] 1 S.C.R. 659; *Ross v. The Queen* (1895), 25 S.C.R. 564; *Neuman v. M.N.R.*, [1998] 1 S.C.R. 770; *Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 SCC 37, [2009] 2 S.C.R. 750; *Watkins c. Olafson*, [1989] 2 R.C.S. 750; *Roe c. Wade*, 410 U.S. 113 (1973); *Sriskandarajah c. États-Unis d'Amérique*, 2012 CSC 70, [2012] 3 R.C.S. 609; *R. c. Chan*, 2018 ONSC 3849, 365 C.C.C. (3d) 376; *Hryniak c. Mauldin*, 2014 CSC 7, [2014] 1 R.C.S. 87; *R. c. Fleming*, 2010 ONSC 8022; *R. c. Dunn* (1999), 28 C.R. (5th) 295; *R. c. Jensen*, [2000] O.J. No. 4870 (QL), 2000 CarswellOnt 6489 (WL); *R. c. Decaire*, [1998] O.J. No. 6339 (QL); *R. c. Cedeno*, 2005 ONCJ 91, 195 C.C.C. (3d) 468; *Dickerson c. United States*, 530 U.S. 428 (2000); *Miranda c. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966); *Kosmopoulos c. Constitution Insurance Co.*, [1987] 1 R.C.S. 2; *Central Alberta Dairy Pool c. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 R.C.S. 489; *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, [1999] 3 R.C.S. 3; *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin*, 2003 CSC 54, [2003] 2 R.C.S. 504; *Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*, 2007 CSC 27, [2007] 2 R.C.S. 391; *R. c. Chaulk*, [1990] 3 R.C.S. 1303; *Police Authority for Huddersfield c. Watson*, [1947] 1 K.B. 842; *R. c. C. (T.L.)*, [1994] 2 R.C.S. 1012; *R. c. George*, [1966] R.C.S. 267; *Walker c. Bank of Montreal*, 2017 SKCA 42, [2017] 12 W.W.R. 130; *Areva Resources Canada Inc. c. Saskatchewan (Minister of Energy and Resources)*, 2013 SKCA 79, 417 Sask. R. 182; *Rogers Communications Inc. c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2012 CSC 35, [2012] 2 R.C.S. 283; *R. c. Morin*, [1992] 1 R.C.S. 771; *R. c. Stilwell*, 2014 ONCA 563, 313 C.C.C. (3d) 257; *De Souza c. Cobden*, [1891] 1 Q.B. 687; *R. c. Suter*, 2018 CSC 34, [2018] 2 R.C.S. 496; *R. c. Tutton*, [1989] 1 R.C.S. 1392; *R. c. Hynes*, 2001 CSC 82, [2001] 3 R.C.S. 623; *R. c. Alex*, 2017 CSC 37, [2017] 1 R.C.S. 967; *R. c. Robinson*, [1996] 1 R.C.S. 683; *MacAskill c. The King*, [1931] R.C.S. 330; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Robertson and Rosetanni c. The Queen*, [1963] R.C.S. 651; *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613; *Chromiak c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 471; *R. c. Hawkins*, [1996] 3 R.C.S. 1043; *R. c. Hodgson*, [1998] 2 R.C.S. 449; *Friedmann Equity Developments Inc. c. Final Note Ltd.*, 2000 CSC 34, [2000] 1 R.C.S. 842; *R. c. Prokofiew*, 2012 CSC 49, [2012] 2 R.C.S. 639; *R. c. D.L.W.*, 2016 CSC 22, [2016] 1 R.C.S. 402; *Frey c. Fedoruk*, [1950] R.C.S. 517; *Pearson c. Callahan*, 555 U.S. 223 (2009); *Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd. c. Saint John Shipbuilding Ltd.*, [1997] 3 R.C.S. 1210; *Kimble c. Marvel Entertainment, LLC*, 576 U.S. 446 (2015); *R. c. Knuller (Publishing, Printing and Promotions) Ltd.*, [1973] A.C. 435; *R. c. Cunningham*, [1982] A.C. 566; *R. c. Nedelcu*, 2012 CSC 59, [2012] 3 R.C.S. 311; *R. c. Cody*, 2017 CSC 31, [2017] 1 R.C.S. 659; *Ross c. The Queen* (1895), 25 R.C.S. 564; *Neuman c. M.R.N.*, [1998] 1 R.C.S. 770; *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 CSC

567; *R. v. Khawaja*, 2012 SCC 69, [2012] 3 S.C.R. 555; *Mounted Police Association of Ontario v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 1, [2015] 1 S.C.R. 3; *R. v. Nur*, 2015 SCC 15, [2015] 1 S.C.R. 773; *McLean v. British Columbia (Securities Commission)*, 2013 SCC 67, [2013] 3 S.C.R. 895; *Reference re Same-Sex Marriage*, 2004 SCC 79, [2004] 3 S.C.R. 698; *Reference re Employment Insurance Act (Can.)*, ss. 22 and 23, 2005 SCC 56, [2005] 2 S.C.R. 669; *Reference re Code of Civil Procedure (Que.)*, art. 35, 2021 SCC 27, [2021] 2 S.C.R. 291; *Quebec (Attorney General) v. 9147-0732 Québec inc.*, 2020 SCC 32, [2020] 3 S.C.R. 426; *British Columbia (Attorney General) v. Canada (Attorney General)*, [1994] 2 S.C.R. 41; *R. v. Blais*, 2003 SCC 44, [2003] 2 S.C.R. 236; *R. v. Ewanchuk*, [1999] 1 S.C.R. 330; *R. v. J.A.*, 2011 SCC 28, [2011] 2 S.C.R. 440; *R. v. Cuerrier*, [1998] 2 S.C.R. 371; *R. v. G.F.*, 2021 SCC 20, [2021] 1 S.C.R. 801; *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123; *R. v. Arcuri*, 2001 SCC 54, [2001] 2 S.C.R. 828.

Statutes and Regulations Cited

Act to amend the Criminal Code (sexual assault), S.C. 1992, c. 38, preamble, s. 1.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 11(g), (i), 15.
Constitution Act, 1982.
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 265(1)(a), (3), 271, 273.1 [ad. 1992, c. 38, s. 1], 273.2.

Authors Cited

Ahmad, Marwa, et al. “‘You Do It without Their Knowledge.’ Assessing Knowledge and Perception of *Stealth* among College Students” (2020), 17:10 *Int. J. Environ. Res. Public Health* 3527 (online: <https://www.mdpi.com/1660-4601/17/10/3527/htm>; archived version: https://scc-csc.ca/cso-dce/2022SCC-CSC33_1_eng.pdf).

Arvay, Joseph J., Sheila M. Tucker and Alison M. Latimer. “*Stare Decisis* and Constitutional Supremacy: Will Our Charter Past Become an Obstacle to Our Charter Future?” (2012), 58 *S.C.L.R.* (2d) 61.

Ashley, Florence. “Nuancing Feminist Perspectives on the Voluntary Intoxication Defence” (2020), 43:5 *Man. L.J.* 65.

Benedet, Janine. “Judicial Misconduct in the Sexual Assault Trial” (2019), 52 *U.B.C. L. Rev.* 1.

Bernstein, Elizabeth. “Militarized Humanitarianism Meets Carceral Feminism: The Politics of Sex, Rights, and Freedom in Contemporary Antitrafficking Campaigns” (2010), 36 *Signs* 45.

37, [2009] 2 R.C.S. 567; *R. c. Khawaja*, 2012 CSC 69, [2012] 3 R.C.S. 555; *Association de la police montée de l’Ontario c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 1, [2015] 1 R.C.S. 3; *R. c. Nur*, 2015 CSC 15, [2015] 1 R.C.S. 773; *McLean c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, 2013 CSC 67, [2013] 3 R.C.S. 895; *Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe*, 2004 CSC 79, [2004] 3 R.C.S. 698; *Renvoi relatif à la Loi sur l’assurance-emploi (Can.)*, art. 22 et 23, 2005 CSC 56, [2005] 2 R.C.S. 669; *Renvoi relatif au Code de procédure civile (Qc)*, art. 35, 2021 CSC 27, [2021] 2 R.C.S. 291; *Québec (Procureure générale) c. 9147-0732 Québec inc.*, 2020 CSC 32, [2020] 3 R.C.S. 426; *Colombie-Britannique (Procureur général) c. Canada (Procureur général)*, [1994] 2 R.C.S. 41; *R. c. Blais*, 2003 CSC 44, [2003] 2 R.C.S. 236; *R. c. Ewanchuk*, [1999] 1 R.C.S. 330; *R. c. J.A.*, 2011 CSC 28, [2011] 2 R.C.S. 440; *R. c. Cuerrier*, [1998] 2 R.C.S. 371; *R. c. G.F.*, 2021 CSC 20, [2021] 1 R.C.S. 801; *Renvoi relatif à l’art. 193 et à l’al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123; *R. c. Arcuri*, 2001 CSC 54, [2001] 2 R.C.S. 828.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 11(g), i), 15.
Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 265(1)(a), (3), 271, 273.1 [aj. 1992, c. 38, art. 1], 273.2.
Loi constitutionnelle de 1982.
Loi modifiant le Code criminel (agression sexuelle), L.C. 1992, c. 38, préambule, art. 1.

Doctrine et autres documents cités

Ahmad, Marwa, et al. « ‘You Do It without Their Knowledge.’ Assessing Knowledge and Perception of *Stealth* among College Students » (2020), 17:10 *Int. J. Environ. Res. Public Health* 3527 (en ligne : <https://www.mdpi.com/1660-4601/17/10/3527/htm>; version archivée : https://scc-csc.ca/cso-dce/2022SCC-CSC33_1_eng.pdf).

Arvay, Joseph J., Sheila M. Tucker and Alison M. Latimer. « *Stare Decisis* and Constitutional Supremacy : Will Our Charter Past Become an Obstacle to Our Charter Future? » (2012), 58 *S.C.L.R.* (2d) 61.

Ashley, Florence. « Nuancing Feminist Perspectives on the Voluntary Intoxication Defence » (2020), 43:5 *Man. L.J.* 65.

Benedet, Janine. « Judicial Misconduct in the Sexual Assault Trial » (2019), 52 *U.B.C. L. Rev.* 1.

Bernstein, Elizabeth. « Militarized Humanitarianism Meets Carceral Feminism : The Politics of Sex, Rights, and Freedom in Contemporary Antitrafficking Campaigns » (2010), 36 *Signs* 45.

- Bingham, Tom. *The Rule of Law*. Toronto: Allen Lane, 2010.
- Black's Law Dictionary*, 11th ed., by Bryan A. Garner. St. Paul, Minn.: Thomson Reuters, 2019, “*stare decisis et non quia movere*”.
- Boadle, Allira, Catherine Gierer and Simone Buzwell. “Young Women Subjected to Nonconsensual Condom Removal: Prevalence, Risk Factors, and Sexual Self-Perceptions” (2021), *27 Violence Against Women* 1696.
- Brodsky, Alexandra. ““Rape-Adjacent”: Imagining Legal Responses to Nonconsensual Condom Removal” (2017), *32 Colum. J. Gender & L.* 183.
- Brown, Donald J. M., with the assistance of David Fairlie. *Civil Appeals*. Toronto: Thomson Reuters, 2022 (loose-leaf updated May 2022, release 2).
- Bumiller, Kristin. *In an Abusive State: How Neoliberalism Appropriated the Feminist Movement against Sexual Violence*. Durham, N.C.: Duke University Press, 2008.
- Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. VIII, 3rd Sess., 34th Parl., April 8, 1992, pp. 9505-7.
- Capers, I. Bennett. “The Unintentional Rapist” (2010), *87 Wash. L. Rev.* 1345.
- Craig, Elaine. “Personal *Stare Decisis*, HIV Non-Disclosure, and the Decision in *Mabior*” (2015), *53 Alta. L. Rev.* 207.
- Czechowski, Konrad, et al. “*That’s not what was originally agreed to*”: Perceptions, outcomes, and legal contextualization of non-consensual condom removal in a Canadian sample, in *PLoS ONE*, 14(7), July 10, 2019 (online: <https://journals.plos.org/plosone/article?id=10.1371/journal.pone.0219297>; archived version: https://scc-csc.ca/cso-dce/2022SCC-CSC33_2_eng.pdf).
- Daly, Paul. “Introduction”, in Paul Daly, ed., *Apex Courts and the Common Law*. Toronto: University of Toronto Press, 2019, 3.
- Douglas, William O. “Stare Decisis” (1949), *49 Colum. L. Rev.* 735.
- Duxbury, Neil. *The Nature and Authority of Precedent*. New York: Cambridge University Press, 2008.
- Gibbens, R. D. “Appellate Review of Findings of Fact” (1991-92), *13 Advocates’ Q.* 445.
- Gotell, Lise, and Isabel Grant. “Non-Consensual Condom Removal in Canadian Law Before and After *R. v. Hutchinson*” (2021), *44 Dal. L.J.* 439.
- Gruber, Aya. “A ‘Neo-Feminist’ Assessment of Rape and Domestic Violence Law Reform” (2012), *15 J. Gender Race & Just.* 583.
- Gruber, Aya. “Rape, Feminism, and the War on Crime” (2009), *84 Wash. L. Rev.* 581.
- Healy, Thomas. “Stare Decisis As A Constitutional Requirement” (2001), *104 W. Va. L. Rev.* 43.
- Johnston, Meagan. “Sisterhood Will Get Ya: Anti-rape Activism and the Criminal Justice System”, in Elizabeth Bingham, Tom. *The Rule of Law*, Toronto, Allen Lane, 2010.
- Black's Law Dictionary*, 11th ed., by Bryan A. Garner, St. Paul (Minn.), Thomson Reuters, 2019, « *stare decisis et non quia movere* ».
- Boadle, Allira, Catherine Gierer and Simone Buzwell. « Young Women Subjected to Nonconsensual Condom Removal : Prevalence, Risk Factors, and Sexual Self-Perceptions » (2021), *27 Violence Against Women* 1696.
- Brodsky, Alexandra. « “Rape-Adjacent” : Imagining Legal Responses to Nonconsensual Condom Removal » (2017), *32 Colum. J. Gender & L.* 183.
- Brown, Donald J. M., with the assistance of David Fairlie. *Civil Appeals*, Toronto, Thomson Reuters, 2022 (loose-leaf updated May 2022, release 2).
- Bumiller, Kristin. *In an Abusive State : How Neoliberalism Appropriated the Feminist Movement against Sexual Violence*, Durham (N.C.), Duke University Press, 2008.
- Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. VIII, 3^e sess., 34^e lég., 8 avril 1992, p. 9505-9507.
- Capers, I. Bennett. « The Unintentional Rapist » (2010), *87 Wash. L. Rev.* 1345.
- Craig, Elaine. « Personal *Stare Decisis*, HIV Non-Disclosure, and the Decision in *Mabior* » (2015), *53 Alta. L. Rev.* 207.
- Czechowski, Konrad, et al. « *That’s not what was originally agreed to* » : Perceptions, outcomes, and legal contextualization of non-consensual condom removal in a Canadian sample, in *PLoS ONE*, 14(7), July 10, 2019 (en ligne : <https://journals.plos.org/plosone/article?id=10.1371/journal.pone.0219297>; version archivée : https://scc-csc.ca/cso-dce/2022SCC-CSC33_2_eng.pdf).
- Daly, Paul. « Introduction », in Paul Daly, ed., *Apex Courts and the Common Law*, Toronto, University of Toronto Press, 2019, 3.
- Douglas, William O. « Stare Decisis » (1949), *49 Colum. L. Rev.* 735.
- Duxbury, Neil. *The Nature and Authority of Precedent*, New York, Cambridge University Press, 2008.
- États-Unis. Congressional Research Service. « The Supreme Court’s Overruling of Constitutional Precedent », by Brandon J. Murrill, September 24, 2018.
- Gibbens, R. D. « Appellate Review of Findings of Fact » (1991-92), *13 Advocates’ Q.* 445.
- Gotell, Lise, and Isabel Grant. « Non-Consensual Condom Removal in Canadian Law Before and After *R. v. Hutchinson* » (2021), *44 Dal. L.J.* 439.
- Gruber, Aya. « A “Neo-Feminist” Assessment of Rape and Domestic Violence Law Reform » (2012), *15 J. Gender Race & Just.* 583.
- Gruber, Aya. « Rape, Feminism, and the War on Crime » (2009), *84 Wash. L. Rev.* 581.

- A. Sheehy, ed., *Sexual Assault in Canada: Law, Legal Practice and Women's Activism*. Ottawa: University of Ottawa Press, 2012, 267.
- Khan, Ummni. "Homosexuality and Prostitution: A Tale of Two Deviancies" (2020), 70 *U.T.L.J.* 283.
- Laskin, Bora. "The Role and Functions of Final Appellate Courts: The Supreme Court of Canada" (1975), 53 *Can. Bar Rev.* 469.
- Latimer, Rosie L., et al. *Non-consensual condom removal, reported by patients at a sexual health clinic in Melbourne, Australia*, in *PLoS ONE*, 13(12), December 26, 2018 (online: <https://journals.plos.org/plosone/article?id=10.1371/journal.pone.0209779>; archived version: https://scc-csc.ca/cso-dce/2022SCC-CSC33_3_eng.pdf).
- Lederman, Sidney N., Alan W. Bryant and Michelle K. Fuerst. *Sopinka, Lederman & Bryant: The Law of Evidence in Canada*, 5th ed. Toronto: LexisNexis, 2018.
- Lévesque, Sylvie, and Catherine Rousseau. "Young Women's Acknowledgment of Reproductive Coercion: A Qualitative Analysis" (2021), 36 *J. of Interpers. Violence* NP8200 (online: <https://journals.sagepub.com/doi/pdf/10.1177/0886260519842169>).
- Martin, Dianne L. "Retribution Revisited: A Reconsideration of Feminist Criminal Law Reform Strategies" (1998), 36 *Osgoode Hall L.J.* 151.
- McInnes, John, and Christine Boyle. "Judging Sexual Assault Law Against a Standard of Equality" (1995), 29 *U.B.C. L. Rev.* 341.
- Millar, Hayli, and Tamara O'Doherty. "Racialized, Gendered, and Sensationalized: An examination of Canadian anti-trafficking laws, their enforcement, and their (re)presentation" (2020), 35 *C.J.L.S.* 23.
- Mykhalovskiy, Eric, and Glenn Betteridge. "Who? What? Where? When? And with What Consequences? An Analysis of Criminal Cases of HIV Non-disclosure in Canada" (2012), 27 *C.J.L.S.* 31.
- Parkes, Debra. "Precedent Revisited: *Carter v Canada (AG)* and the Contemporary Practice of Precedent" (2016), 10:1 *McGill J.L. & Health* S123.
- Parkes, Debra. "Precedent Unbound? Contemporary Approaches to Precedent in Canada" (2006), 32 *Man. L.J.* 135.
- Phillips, Dana. "Let's Talk About Sexual Assault: Survivor Stories and the Law in the Jian Ghomeshi Media Discourse" (2017), 54 *Osgoode Hall L.J.* 1133.
- Randall, Melanie. "Sexual Assault Law, Credibility, and 'Ideal Victims': Consent, Resistance, and Victim Blaming" (2010), 22 *C.J.W.L.* 397.
- Rowe, Malcolm, and Leanna Katz. "A Practical Guide to *Stare Decisis*" (2020), 41 *Windsor Rev. Legal Soc. Issues* 1.
- Sharpe, Robert J. *Good Judgment: Making Judicial Decisions*. Toronto: University of Toronto Press, 2018.
- Healy, Thomas. « *Stare Decisis As A Constitutional Requirement* » (2001), 104 *W. Va. L. Rev.* 43.
- Johnston, Meagan. « *Sisterhood Will Get Ya : Anti-rape Activism and the Criminal Justice System* », in Elizabeth A. Sheehy, ed., *Sexual Assault in Canada : Law, Legal Practice and Women's Activism*, Ottawa, University of Ottawa Press, 2012, 267.
- Khan, Ummni. « *Homosexuality and Prostitution : A Tale of Two Deviancies* » (2020), 70 *U.T.L.J.* 283.
- Laskin, Bora. « *The Role and Functions of Final Appellate Courts : The Supreme Court of Canada* » (1975), 53 *R. du B. can.* 469.
- Latimer, Rosie L., et al. *Non-consensual condom removal, reported by patients at a sexual health clinic in Melbourne, Australia*, in *PLoS ONE*, 13(12), December 26, 2018 (en ligne : <https://journals.plos.org/plosone/article?id=10.1371/journal.pone.0209779>; version archivée : https://scc-csc.ca/cso-dce/2022SCC-CSC33_3_eng.pdf).
- Lederman, Sidney N., Alan W. Bryant and Michelle K. Fuerst. *Sopinka, Lederman & Bryant : The Law of Evidence in Canada*, 5th ed., Toronto, LexisNexis, 2018.
- Lévesque, Sylvie, and Catherine Rousseau. « *Young Women's Acknowledgment of Reproductive Coercion : A Qualitative Analysis* » (2021), 36 *J. of Interpers. Violence* NP8200 (en ligne : <https://journals.sagepub.com/doi/pdf/10.1177/0886260519842169>).
- Martin, Dianne L. « *Retribution Revisited : A Reconsideration of Feminist Criminal Law Reform Strategies* » (1998), 36 *Osgoode Hall L.J.* 151.
- McInnes, John, and Christine Boyle. « *Judging Sexual Assault Law Against a Standard of Equality* » (1995), 29 *U.B.C. L. Rev.* 341.
- Millar, Hayli, and Tamara O'Doherty. « *Racialized, Gendered, and Sensationalized : An examination of Canadian anti-trafficking laws, their enforcement, and their (re)presentation* » (2020), 35 *R.C.D.S.* 23.
- Mykhalovskiy, Eric, and Glenn Betteridge. « *Who? What? Where? When? And with What Consequences? An Analysis of Criminal Cases of HIV Non-disclosure in Canada* » (2012), 27 *R.C.D.S.* 31.
- Parkes, Debra. « *Precedent Revisited : Carter v Canada (AG) and the Contemporary Practice of Precedent* » (2016), 10:1 *R.D. & santé McGill* S123.
- Parkes, Debra. « *Precedent Unbound? Contemporary Approaches to Precedent in Canada* » (2006), 32 *Man. L.J.* 135.
- Phillips, Dana. « *Let's Talk About Sexual Assault : Survivor Stories and the Law in the Jian Ghomeshi Media Discourse* » (2017), 54 *Osgoode Hall L.J.* 1133.
- Randall, Melanie. « *Sexual Assault Law, Credibility, and "Ideal Victims" : Consent, Resistance, and Victim Blaming* » (2010), 22 *R.F.D.* 397.

Stuart, Don. Annotation to *United States of America v. Sriskandarajah* (2013), 97 C.R. (6th) 268.

Sullivan, Ruth. *Statutory Interpretation*, 3rd ed. Toronto: Irwin Law, 2016.

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

United States. Congressional Research Service. “The Supreme Court’s Overruling of Constitutional Precedent”, by Brandon J. Murrill, September 24, 2018.

Williams, Glanville, and A. T. H. Smith. *Glanville Williams: Learning the Law*, 17th ed. London: Sweet & Maxwell, 2020.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Saunders, Groberman and Bennett J.J.A.), 2020 BCCA 136, 388 C.C.C. (3d) 60, 63 C.R. (7th) 338, [2020] B.C.J. No. 791 (QL), 2020 CarswellBC 1201 (WL), setting aside the acquittal entered by Solomon Prov. Ct. J., 2018 BCPC 415, [2018] B.C.J. No. 7258 (QL), 2018 CarswellBC 4109 (WL), and ordering a new trial. Appeal dismissed.

Philip W. Cote, for the appellant.

John R. W. Caldwell and *Janet A. M. Dickie*, for the respondent.

Dena Bonnet and *Rebecca De Filippis*, for the intervener the Attorney General of Ontario.

Christine Rideout, Q.C., for the intervener the Attorney General of Alberta.

Khalid Janmohamed, Robin Nobleman and *Ryan Peck*, for the interveners the HIV & AIDS Legal Clinic Ontario and the HIV Legal Network.

Joanna Birenbaum, for the intervener the Barbra Schlifer Commemorative Clinic.

Jessica Lithwick and *Kate Feeney*, for the intervener the West Coast Legal Education and Action Fund Association.

Rowe, Malcolm, and Leanna Katz. « A Practical Guide to *Stare Decisis* » (2020), 41 *Windsor Rev. Legal Soc. Issues* 1.

Sharpe, Robert J. *Good Judgment : Making Judicial Decisions*, Toronto, University of Toronto Press, 2018.

Stuart, Don. Annotation to *United States of America v. Sriskandarajah* (2013), 97 C.R. (6th) 268.

Sullivan, Ruth. *Statutory Interpretation*, 3rd ed., Toronto, Irwin Law, 2016.

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

Williams, Glanville, and A. T. H. Smith. *Glanville Williams : Learning the Law*, 17th ed., London, Sweet & Maxwell, 2020.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de la Colombie-Britannique (les juges Saunders, Groberman et Bennett), 2020 BCCA 136, 388 C.C.C. (3d) 60, 63 C.R. (7th) 338, [2020] B.C.J. No. 791 (QL), 2020 CarswellBC 1201 (WL), qui a écarté l’acquittement prononcé par le juge Solomon, 2018 BCPC 415, [2018] B.C.J. No. 7258 (QL), 2018 CarswellBC 4109 (WL), et qui a ordonné un nouveau procès. Pourvoi rejeté.

Philip W. Cote, pour l’appellant.

John R. W. Caldwell et *Janet A. M. Dickie*, pour l’intimée.

Dena Bonnet et *Rebecca De Filippis*, pour l’intervenant le procureur général de l’Ontario.

Christine Rideout, c.r., pour l’intervenant le procureur général de l’Alberta.

Khalid Janmohamed, Robin Nobleman et *Ryan Peck*, pour les intervenants HIV & AIDS Legal Clinic Ontario et le Réseau juridique VIH.

Joanna Birenbaum, pour l’intervenante Barbra Schlifer Commemorative Clinic.

Jessica Lithwick et *Kate Feeney*, pour l’intervenante West Coast Legal Education and Action Fund Association.

Frances Mahon and Harkirat Khosa, for the interveners the Women’s Legal Education and Action Fund Inc.

Mark C. Halfyard and Kate Robertson, for the interveners the Criminal Lawyers’ Association (Ontario).

The judgment of Moldaver, Karakatsanis, Martin, Kasirer and Jamal JJ. was delivered by

MARTIN J. —

I. Introduction

[1] This appeal raises an important legal question about consent and condom use in the context of an allegation of sexual assault. What analytical framework applies when the complainant agrees to vaginal sexual intercourse only if the accused wears a condom, and he instead chooses not to wear one? All parties and members of this Court agree that his negation of her express limits on how she can be touched engages the criminal law. The question is: should condom use form part of the “sexual activity in question” to which a person may provide voluntary agreement under s. 273.1(1) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46? Or alternatively, is condom use always irrelevant to the presence or absence of consent under s. 273.1(1), meaning that there is consent but it may be vitiated if it rises to the level of fraud under s. 265(3)(c) of the *Criminal Code*?

[2] I conclude that when consent to intercourse is conditioned on condom use, the only analytical framework consistent with the text, context and purpose of the prohibition against sexual assault is that there is no agreement to the physical act of intercourse without a condom. Sex with and without a condom are fundamentally and qualitatively distinct forms of physical touching. A complainant who consents to sex on the condition that their partner wear a condom does not consent to sex without a condom. This

Frances Mahon et Harkirat Khosa, pour l’intervenant le Fonds d’action et d’éducation juridique pour les femmes.

Mark C. Halfyard et Kate Robertson, pour l’intervenante Criminal Lawyers’ Association (Ontario).

Version française du jugement des juges Moldaver, Karakatsanis, Martin, Kasirer et Jamal rendu par

LA JUGE MARTIN —

I. Introduction

[1] Le présent pourvoi soulève une importante question de droit relative au consentement et à l’utilisation du condom dans le contexte d’une allégation d’agression sexuelle. Quel cadre d’analyse faut-il appliquer lorsque la plaignante a donné son accord à des rapports sexuels vaginaux à la condition que l’accusé porte un condom, et que celui-ci choisit plutôt de ne pas en porter un? Toutes les parties et tous les membres de la Cour s’entendent pour dire que le refus de l’accusé de respecter les limites expresses que la plaignante avait fixées quant à la manière dont elle pouvait être touchée fait entrer en jeu le droit criminel. La question est celle de savoir si l’utilisation du condom fait partie de « l’activité sexuelle » à laquelle une personne peut donner son accord volontaire aux termes du par. 273.1(1) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46; ou, subsidiairement, de savoir si l’utilisation du condom est toujours dépourvue de pertinence quant à l’existence ou non du consentement au sens du par. 273.1(1), si bien qu’il y a consentement, mais que celui-ci peut être vicié s’il y a fraude visée à l’al. 265(3)c) du *Code criminel*.

[2] Je conclus que lorsque le consentement à des rapports sexuels est conditionnel à l’utilisation d’un condom, le seul cadre d’analyse conforme au texte, au contexte et à l’objet de l’interdiction de l’agression sexuelle est qu’il n’y a pas de consentement à l’acte physique qui consiste à avoir des rapports sexuels sans condom. Les relations sexuelles avec ou sans condom sont des formes fondamentalement et qualitativement distinctes de contact physique. Une personne plaignante qui consent à une relation sexuelle

approach respects the provisions of the *Criminal Code*, this Court’s consistent jurisprudence on consent and sexual assault and Parliament’s intent to protect the sexual autonomy and human dignity of all persons in Canada. Since only yes means yes and no means no, it cannot be that “no, not without a condom” means “yes, without a condom”. If a complainant’s partner ignores their stipulation, the sexual intercourse is non-consensual and their sexual autonomy and equal sexual agency have been violated.

[3] Here, the complainant gave evidence that she had communicated to the appellant that her consent to sex was contingent on condom use. Despite the clear establishment of her physical boundaries, the appellant disregarded her wishes and did not wear a condom. This was evidence of a lack of subjective consent by the complainant — an element of the *actus reus* of sexual assault. As a result, the trial judge erred in granting the appellant’s no evidence motion. Accordingly, I would dismiss the appeal and uphold the order of the Court of Appeal for British Columbia setting aside the acquittal and remitting the matter to the Provincial Court of British Columbia for a new trial.

II. Background

[4] The appellant, Ross McKenzie Kirkpatrick, was charged with the sexual assault of the complainant based upon events that occurred in March 2017. The allegation of criminal conduct relates only to the parties’ second act of vaginal sexual intercourse in which Mr. Kirkpatrick admits he penetrated and ejaculated into the complainant without wearing a condom.

[5] The complainant was the only person to give evidence at trial. She testified that she was 22 years old at the time of the trial and that she and Mr. Kirkpatrick met online. After messaging back and forth, she

à la condition que son partenaire porte un condom ne consent pas à une relation sexuelle sans condom. Cette approche respecte les dispositions du *Code criminel*, la jurisprudence constante de notre Cour sur le consentement et sur l’agression sexuelle, ainsi que l’intention du Parlement de protéger l’autonomie sexuelle et la dignité humaine de toutes les personnes au Canada. Puisque seul oui veut dire oui et que non veut dire non, « non, pas sans condom » ne peut vouloir dire « oui, sans condom ». Si le partenaire de la personne plaignante fait fi de sa condition, le rapport sexuel est non consensuel et l’autonomie sexuelle de la personne plaignante ainsi que sa capacité d’agir en toute égalité sur le plan sexuel ont été violées.

[3] En l’espèce, la plaignante a affirmé durant son témoignage avoir dit à l’appelant que son consentement à une relation sexuelle était conditionnel à l’utilisation d’un condom. Même si elle avait clairement établi où se situaient ses limites physiques, l’appelant a fait fi de ses volontés et n’a pas porté de condom. Ces propos constituent une preuve d’absence de consentement subjectif de la plaignante — un élément de l’*actus reus* de l’agression sexuelle. Le juge du procès a donc eu tort d’accueillir la requête de l’appelant faisant valoir l’absence de preuve. En conséquence, je suis d’avis de rejeter le pourvoi et de confirmer l’ordonnance de la Cour d’appel de la Colombie-Britannique annulant l’acquittement et renvoyant l’affaire à la Cour provinciale de la Colombie-Britannique pour la tenue d’un nouveau procès.

II. Contexte

[4] L’appelant, Ross McKenzie Kirkpatrick, a été accusé de l’agression sexuelle de la plaignante sur le fondement d’événements qui se sont produits en mars 2017. L’allégation de conduite criminelle n’a trait qu’au deuxième rapport sexuel vaginal qu’ont eu les parties durant lequel M. Kirkpatrick, de son propre aveu, a pénétré la plaignante et éjaculé en elle sans porter de condom.

[5] La plaignante est la seule personne à avoir témoigné au procès. Elle a affirmé qu’elle était âgée de 22 ans au moment du procès et qu’elle et M. Kirkpatrick s’étaient rencontrés en ligne. Après

thought he could be a potential sexual partner and they met in person to determine if they wanted to have sex with each other. In that meeting, they discussed themselves, past sexual partners and present sexual practices. The complainant made clear to Mr. Kirkpatrick that she would only agree to sex using condoms. While he said that he “hasn’t used them”, she “mentioned that I only have sex if I use condoms. It’s the only way I feel like it’s the safest for everyone involved” (A.R., vol. II, at p. 17). During that conversation, the appellant also agreed that it is safest for everyone involved to use condoms.

[6] A few days after this meeting, the complainant and Mr. Kirkpatrick arranged to meet at Mr. Kirkpatrick’s home to have sex. They went to Mr. Kirkpatrick’s bedroom. When Mr. Kirkpatrick “motioned for [her] to . . . get on his penis” (A.R., vol. II, at p. 20), she asked him if he had any condoms and told him that if he did not, she had brought some with her. When questioned at trial about why she had asked this, she replied that it was “[b]ecause I only have protected sex. And I -- and I wanted to have sex, so I wanted to make sure that he had a condom” (A.R., vol. II, at p. 22).

[7] Mr. Kirkpatrick told the complainant that he had condoms, and he put one on. It was dark in the room, but the complainant saw Mr. Kirkpatrick turn to his right and take a condom from his bedside table. She heard the wrapper open and saw Mr. Kirkpatrick making motions consistent with putting on a condom. They proceeded to have vaginal intercourse, with the complainant positioned on her back. Mr. Kirkpatrick asked the complainant where he could ejaculate, and she told him he could not ejaculate on her vagina or buttocks. Mr. Kirkpatrick removed the condom and ejaculated on the complainant’s stomach.

un échange de messages, elle a pensé que ce dernier pouvait être un possible partenaire sexuel et ils se sont rencontrés en personne pour déterminer s’ils voulaient avoir des relations sexuelles l’un avec l’autre. Au cours de cette rencontre, ils ont parlé d’eux, de leurs partenaires sexuels antérieurs et de leurs pratiques sexuelles du moment. La plaignante a clairement fait savoir à M. Kirkpatrick qu’elle ne donnerait son accord à des relations sexuelles que s’ils utilisaient des condoms. Bien qu’il ait dit [TRADUCTION] « ne pas en avoir utilisé », elle a « mentionné qu’[elle n’avait] des relations sexuelles que si [elle] utilis[ait] des condoms. C’est la seule approche qui [lui semblait] la plus sûre pour tout le monde » (d.a., vol. II, p. 17). Pendant cette conversation, l’appelant a convenu que le port du condom était l’approche la plus sûre pour tout le monde.

[6] Quelques jours après cette rencontre, la plaignante et M. Kirkpatrick se sont donné rendez-vous chez ce dernier pour avoir une relation sexuelle. Ils se sont rendus dans la chambre à coucher de M. Kirkpatrick. Lorsque celui-ci [TRADUCTION] « [lui] a fait signe de monter sur son pénis » (d.a., vol. II, p. 20), la plaignante lui a demandé s’il avait des condoms et a précisé que, s’il n’en avait pas, elle en avait apporté. Lorsqu’on lui a demandé au procès pourquoi elle avait posé cette question, elle a répondu : [TRADUCTION] « Parce que je n’ai que des relations sexuelles protégées. Et je -- et je voulais avoir une relation sexuelle, alors je voulais m’assurer qu’il avait un condom » (d.a., vol. II, p. 22).

[7] Monsieur Kirkpatrick a dit à la plaignante qu’il avait des condoms, et il en a mis un. Il faisait noir dans la chambre, mais la plaignante a vu M. Kirkpatrick se tourner vers la droite et prendre un condom de sa table de chevet. Elle a entendu l’emballage s’ouvrir et a vu que M. Kirkpatrick paraissait mettre un condom. Ils ont eu des rapports sexuels vaginaux, la plaignante couchée sur le dos. Monsieur Kirkpatrick a demandé à la plaignante où il pouvait éjaculer, et elle lui a dit de ne pas éjaculer sur son vagin ou ses fesses. Monsieur Kirkpatrick a enlevé le condom et a éjaculé sur le ventre de la plaignante.

[8] After they finished having sex in his room, they were in the bathroom together. While there, the complainant asked Mr. Kirkpatrick whether he wore a condom and he said he did. She asked to see it because the bedroom was dark and it was important to her that he had worn one. He went back to his room, retrieved it and showed it to her. She saw that the condom was stretched out and was reassured it had been used.

[9] The complainant fell asleep in Mr. Kirkpatrick's bed and was awakened to Mr. Kirkpatrick placing his erect penis against her buttocks. She pushed him away and saw him turn towards his bedside table — the same one from which he had previously retrieved a condom. She thought he put a condom on. She repositioned herself onto her stomach and Mr. Kirkpatrick penetrated her vaginally with his penis. After about a minute, he asked the complainant if this felt better than the last time. She agreed, believing that he was referring to the different position.

[10] After a period of time, they changed position and she was then on her back. When his penis fell out he asked her to guide it back into her, which she did. They continued to have sex until Mr. Kirkpatrick ejaculated inside her. It was not until this point that the complainant realized that during this second episode of intercourse he had not been wearing a condom.

[11] The complainant testified that she felt shocked and panicked and left the bedroom. She had trusted Mr. Kirkpatrick based on their previous discussions and his use of a condom when they first had intercourse previously that evening. She was upset by the lack of respect he had shown for the boundaries she had set and the lack of concern he had shown for the potential repercussions and consequences she could face from his decision not to use a condom. Mr. Kirkpatrick suggested she “could just get an . . . abortion” (A.R., vol. II, at p. 25). When she expressed fear of contracting a sexually transmitted infection (“STI”), he was very relaxed about the idea of transmission because

[8] Après leur relation sexuelle dans la chambre de l'appelant, ils se sont retrouvés ensemble dans la salle de bain. Alors qu'ils y étaient, la plaignante a demandé à M. Kirkpatrick s'il avait porté un condom et il a répondu par l'affirmative. Elle a demandé à voir le condom, parce qu'il faisait noir dans la chambre et qu'il était important pour elle que l'appelant en ait porté un. Ce dernier est retourné dans sa chambre, a récupéré le condom et l'a montré à la plaignante. Elle a vu que celui-ci avait été étiré et a été rassurée quant à son utilisation.

[9] La plaignante s'est endormie dans le lit de M. Kirkpatrick et elle a été réveillée alors que celui-ci plaçait son pénis en érection contre ses fesses. Elle l'a repoussé et l'a vu se tourner vers sa table de chevet — la même dont il avait précédemment tiré un condom. Elle a cru qu'il mettait un condom. Elle s'est replacée sur le ventre et M. Kirkpatrick l'a pénétrée dans le vagin avec son pénis. Après environ une minute, il a demandé à la plaignante si cela était plus agréable que la fois précédente. Elle a dit oui, croyant qu'il parlait de la position différente.

[10] Après un certain temps, ils ont changé de position et la plaignante s'est retrouvée sur le dos. Lorsque le pénis de M. Kirkpatrick a glissé hors du vagin de la plaignante, il lui a demandé de l'aider à le réintroduire en elle, ce qu'elle a fait. Ils ont continué à avoir la relation sexuelle jusqu'à ce que M. Kirkpatrick éjacule en elle. Ce n'est qu'à ce moment-là que la plaignante s'est rendu compte que, pendant ce deuxième rapport sexuel, M. Kirkpatrick ne portait pas de condom.

[11] Dans son témoignage, la plaignante a affirmé s'être sentie sous le choc et paniquée et être sortie de la chambre à coucher. Elle avait fait confiance à M. Kirkpatrick en s'appuyant sur leurs discussions antérieures et sur son utilisation d'un condom lors de leur premier rapport sexuel plus tôt ce soir-là. Elle se sentait bouleversée par le manque de respect qu'il avait eu pour les limites qu'elle avait établies ainsi que par sa désinvolture à l'égard des répercussions et conséquences possibles qu'elle pourrait subir en raison de sa décision à lui de ne pas utiliser un condom. Monsieur Kirkpatrick a suggéré qu'elle [TRADUCTION] « pourrait simplement se faire [. . .]

he said people could now just live with infections such as HIV, chlamydia and gonorrhoea.

[12] The next afternoon, the complainant texted Mr. Kirkpatrick to ask him why he had not worn a condom despite her specific request that he do so. He replied that he had been “too excited” to put a condom on (A.R., vol. II, at p. 27). When the complainant expressed her view that this could be considered sexual assault, her impression was that Mr. Kirkpatrick thought “it was really funny” (A.R., vol. II, at p. 28). He responded in various texts by sending her a pornography video called “Oh my god, daddy came inside me” and offering to have his friends “gang bang” her (A.R., vol. II, at p. 28).

[13] On the advice of medical professionals, the complainant followed a 28-day course of preventive HIV treatment. The treatment had serious physical and mental side effects that affected her day-to-day life and her ability to work.

[14] In cross-examination, she maintained that their discussion about the need for condom use not only occurred, but that without it, she would not otherwise have gone to his house and agreed to have sex. She testified that she said multiple times that she only had sex with condoms and that “if we didn’t have a conversation about safe sex before I had sex with him, I wouldn’t have been there that night” (A.R., vol. II, at p. 62). She said his disregard of her express and explicit condition to only have safe sex with a condom was equivalent to “rape”.

avorter » (d.a., vol. II, p. 25). Lorsqu’elle a dit craindre d’avoir contracté une infection transmise sexuellement (« ITS »), il lui a dit ne pas se soucier du tout d’une éventuelle transmission, parce que les gens pouvaient maintenant vivre avec des infections comme le VIH, la chlamydia et la gonorrhée.

[12] Le lendemain après-midi, la plaignante a envoyé un texto à M. Kirkpatrick pour lui demander pourquoi il n’avait pas porté de condom, malgré sa demande expresse de le faire. Il a répondu qu’il avait été [TRADUCTION] « trop excité » pour mettre un condom (d.a., vol. II, p. 27). Lorsque la plaignante s’est dite d’avis que cela pourrait être considéré comme une agression sexuelle, elle a eu l’impression que M. Kirkpatrick trouvait [TRADUCTION] « cela très drôle » (d.a., vol. II, p. 28). Il a répondu dans divers textos en lui envoyant une vidéo pornographique intitulée [TRADUCTION] « Oh, mon Dieu, papa est venu en moi » et en lui proposant de « se faire sauter » par un groupe de ses amis (d.a., vol. II, p. 28).

[13] Sur les conseils de professionnels de la santé, la plaignante s’est soumise à un traitement préventif contre le VIH d’une durée de 28 jours. Le traitement a eu des effets secondaires physiques et mentaux graves qui ont eu une incidence sur sa vie quotidienne et sur sa capacité à travailler.

[14] En contre-interrogatoire, elle a confirmé que non seulement leur discussion à propos de la nécessité d’utiliser un condom avait eu lieu, mais que, sans cette discussion, elle ne se serait pas rendue chez M. Kirkpatrick et n’aurait pas consenti à une relation sexuelle. Dans son témoignage, elle a affirmé avoir dit à maintes reprises qu’elle n’avait des relations sexuelles que si son partenaire portait un condom et que [TRADUCTION] « si [elle et M. Kirkpatrick n’avaient] pas eu de conversation sur le sexe sans risques avant d’avoir des relations sexuelles, [elle] n’y serai[t] pas allée cette nuit-là » (d.a., vol. II, p. 62). Selon elle, que M. Kirkpatrick ait fait fi de sa condition expresse et explicite de n’avoir une relation sexuelle qu’avec un condom équivalait à un [TRADUCTION] « viol ».

[15] At the close of the Crown's case, Mr. Kirkpatrick applied to have the charge of sexual assault dismissed by bringing a no-evidence motion. He argued the Crown had failed to prove the absence of the complainant's consent, an essential element in the *actus reus* of sexual assault. Specifically, he argued that based on *R. v. Hutchinson*, 2014 SCC 19, [2014] 1 S.C.R. 346, her agreement to sexual intercourse was enough to establish consent to the "sexual activity in question" under s. 273.1(1) of the *Criminal Code* and there was no evidence that this consent was tainted by fraud under s. 265(3)(c). The Crown argued that the sexual intercourse without the required condom was not consensual and alternatively, consent was vitiated by fraud.

[16] In determining whether to grant a no-evidence motion, the trial judge must ask "whether or not there is any evidence upon which a reasonable jury properly instructed could return a verdict of guilty" (*R. v. Arcuri*, 2001 SCC 54, [2001] 2 S.C.R. 828, at para. 21, quoting *United States of America v. Shephard*, [1977] 2 S.C.R. 1067, at p. 1080; see also *R. v. Monteleone*, [1987] 2 S.C.R. 154, at pp. 160-61). The Crown must adduce some evidence of culpability for every essential definitional element of the crime (*R. v. Charemski*, [1998] 1 S.C.R. 679, at paras. 2-3). If there is any such admissible evidence, a directed verdict is not available (*Monteleone*, at pp. 160-61; *R. v. Barros*, 2011 SCC 51, [2011] 3 S.C.R. 368, at para. 48).

[17] On a no-evidence motion, the motion judge is compelled, as are we, to accept the facts as stated by the complainant in her testimony as true. The accused may have a different version of events, but the question is whether her evidence, if believed, would justify a conviction (*Monteleone*, at pp. 160-61, citing *Shephard*, at p. 1080).

[15] À l'issue de la présentation de la preuve de la Couronne, M. Kirkpatrick a demandé le rejet de l'accusation d'agression sexuelle en présentant une requête faisant valoir l'absence de preuve. Selon lui, la Couronne n'avait pas prouvé l'absence de consentement de la plaignante, un élément essentiel de l'*actus reus* de l'agression sexuelle. Plus précisément, il a fait valoir que sur le fondement de l'arrêt *R. c. Hutchinson*, 2014 CSC 19, [2014] 1 R.C.S. 346, l'accord de la plaignante aux rapports sexuels était suffisant pour établir le consentement à « l'activité sexuelle » au sens du par. 273.1(1) du *Code criminel* et qu'il n'y avait aucune preuve que ce consentement avait été vicié par la fraude pour l'application du par. 265(3)c). La Couronne a soutenu que les rapports sexuels sans le condom exigé n'étaient pas consensuels et, subsidiairement, que le consentement avait été vicié par la fraude.

[16] Pour décider s'il y a lieu d'accueillir une requête faisant valoir l'absence de preuve, les juges qui président des procès doivent se demander « [s]'il existe ou non des éléments de preuve au vu desquels un jury équitable, ayant reçu des directives appropriées, pourrait conclure à la culpabilité » (*R. c. Arcuri*, 2001 CSC 54, [2001] 2 R.C.S. 828, par. 21, citant *États-Unis d'Amérique c. Shephard*, [1977] 2 R.C.S. 1067, p. 1080; voir aussi *R. c. Monteleone*, [1987] 2 R.C.S. 154, p. 160-161). La Couronne doit présenter quelque preuve de culpabilité pour chaque élément essentiel de la définition du crime reproché (*R. c. Charemski*, [1998] 1 R.C.S. 679, par. 2-3). S'il existe un quelconque élément de preuve admissible, les juges ne peuvent imposer un verdict (*Monteleone*, p. 160-161; *R. c. Barros*, 2011 CSC 51, [2011] 3 R.C.S. 368, par. 48).

[17] Pour trancher une requête faisant valoir l'absence de preuve, les juges des requêtes doivent, comme nous, tenir pour avérés les faits tels qu'exposés par la personne plaignante dans son témoignage. La personne accusée peut avoir une version différente des faits, mais la question qui importe est celle de savoir si le témoignage de la personne plaignante, advenant qu'il soit cru, justifierait une déclaration de culpabilité (*Monteleone*, p. 160-161, citant *Shephard*, p. 1080).

A. *Provincial Court of British Columbia, 2018 BCPC 415 (Solomon Prov. Ct. J.)*

[18] The trial judge granted Mr. Kirkpatrick’s no-evidence motion and dismissed the sexual assault charge. Relying on *Hutchinson*, the judge concluded that based on the complainant’s evidence, she had “consented to all the physical acts of sexual relations that the parties engaged in”, despite the fact that no condom was used (para. 27 (CanLII)). Thus, the only issue was whether there was any evidence of fraud vitiating consent. Fraud requires proof of the accused’s dishonesty, which can include non-disclosure, and a deprivation in the form of significant risk of serious bodily harm from that dishonesty. The judge reasoned that, because Mr. Kirkpatrick had made no efforts to deceive the complainant into believing he had worn a condom, there was no evidence of dishonesty and therefore no evidence to support a finding of fraud.

B. *Court of Appeal for British Columbia, 2020 BCCA 136, 63 C.R. (7th) 338 (Saunders, Groberman and Bennett J.J.A.)*

[19] The Court of Appeal for British Columbia unanimously allowed the Crown’s appeal, set aside the acquittal, and ordered a new trial, although the judges split on the reasoning as to which *Criminal Code* provision applied in examining consent: s. 273.1(1) or s. 265(3)(c).

[20] Groberman J.A. concluded that the trial judge had erred in finding that the complainant had consented to the sexual activity in question under s. 273.1(1). He held that *Hutchinson* should not be read as excluding important physical aspects — such as the wearing of a condom — from forming part of the sexual activity in question. Therefore, there was no consent in this case. Groberman J.A. did, however,

A. *Cour provinciale de la Colombie-Britannique, 2018 BCPC 415 (le juge Solomon)*

[18] Le juge du procès a accueilli la requête de M. Kirkpatrick faisant valoir l’absence de preuve et a rejeté l’accusation d’agression sexuelle. S’appuyant sur l’arrêt *Hutchinson*, il a conclu, sur le fondement du témoignage de la plaignante, qu’elle avait [TRANSDUCTION] « consenti à tous les actes physiques de relations sexuelles auxquels les parties s’étaient livrées », même si aucun condom n’avait été utilisé (par. 27 (CanLII)). La seule question en litige était donc celle de savoir s’il y avait des éléments de preuve permettant de conclure à une fraude ayant vicié le consentement. Pour conclure à la fraude, il faut une preuve de malhonnêteté de la part de l’accusé — qui peut comprendre la non-divulgaration — ainsi qu’une privation sous la forme d’un risque important de lésions corporelles graves en raison de cette malhonnêteté. Selon le juge, comme M. Kirkpatrick n’avait rien fait pour tenter de tromper la plaignante et l’amener à croire qu’il avait porté un condom, il n’y avait aucune preuve de malhonnêteté et, partant, aucune preuve pour étayer une conclusion de fraude.

B. *Cour d’appel de la Colombie-Britannique, 2020 BCCA 136, 63 C.R. (7th) 338 (les juges Saunders, Groberman et Bennett)*

[19] La Cour d’appel de la Colombie-Britannique a accueilli l’appel de la Couronne à l’unanimité, annulé l’acquittal et ordonné la tenue d’un nouveau procès, bien que les juges aient divergé d’opinion sur le raisonnement à adopter pour déterminer quelle disposition du *Code criminel* s’appliquait dans l’examen du consentement, à savoir le par. 273.1(1) ou l’al. 265(3)c).

[20] Selon le juge Groberman, le juge du procès avait eu tort de conclure que la plaignante avait consenti à l’activité sexuelle au sens du par. 273.1(1). Il a statué qu’il ne fallait pas interpréter l’arrêt *Hutchinson* comme excluant d’importants aspects physiques — tel le port d’un condom — des parties constitutives de l’activité sexuelle. En conséquence, à son avis, il n’y avait pas eu de consentement en l’espèce. Cependant,

agree with the trial judge's conclusion that there was no evidence to support that Mr. Kirkpatrick had attempted to deceive the complainant with respect to condom use so as to engage a fraud analysis under s. 265(3)(c).

[21] Bennett J.A. disagreed with Groberman J.A.'s reading of *Hutchinson*. In her view, the majority reasons in *Hutchinson* rejected the notion that condom use can form part of the sexual activity in question; instead, deception with respect to condom use must be analyzed under the fraud provision in s. 265(3)(c). On the facts of this case, however, she held the trial judge erred in concluding there was no evidence of fraud.

[22] Saunders J.A. agreed in part with both of her colleagues' reasons, but on different issues. She agreed with Groberman J.A.'s reading of *Hutchinson*, and in the alternative with Bennett J.A.'s conclusion that there was evidence of fraud.

III. Issues

[23] This appeal raises two questions. First, when a complainant makes their consent to sexual intercourse conditional on their partner wearing a condom, does failure to wear a condom result in "no voluntary agreement of the complainant to engage in the sexual activity in question" under s. 273.1(1) of the *Criminal Code*, or should failure to wear a condom be analyzed under the fraud provision in s. 265(3)(c)?

[24] Second, what is required to establish fraud, and was there some evidence of dishonesty by the appellant capable of constituting fraud vitiating consent under s. 265(3)(c) of the *Criminal Code*?

le juge Groberman s'est dit d'accord avec la conclusion du juge du procès selon laquelle aucune preuve n'étayait la thèse voulant que M. Kirkpatrick avait tenté de tromper la plaignante quant à l'utilisation d'un condom et justifiant une analyse relative à la fraude pour l'application de l'al. 265(3)c).

[21] La juge Bennett a rejeté l'interprétation de l'arrêt *Hutchinson* préconisée par le juge Groberman. Selon elle, dans leurs motifs, les juges majoritaires dans l'arrêt *Hutchinson* ont rejeté l'idée selon laquelle l'utilisation du condom pouvait faire partie de l'activité sexuelle; la tromperie quant à l'utilisation du condom doit plutôt être analysée au regard de la disposition relative à la fraude prévue à l'al. 265(3)c). Cependant, eu égard aux faits de l'espèce, elle a statué que le juge du procès avait eu tort de conclure qu'il n'y avait aucune preuve de fraude.

[22] La juge Saunders a souscrit en partie aux motifs de ses deux collègues, mais relativement à des questions différentes. Elle était d'accord avec l'interprétation de l'arrêt *Hutchinson* par le juge Groberman et, subsidiairement, avec la conclusion de la juge Bennett selon laquelle il y avait preuve de fraude.

III. Questions en litige

[23] Le pourvoi soulève deux questions. Premièrement, lorsqu'une personne plaignante a rendu son consentement à des rapports sexuels conditionnels à ce que son partenaire porte un condom, le fait qu'il n'en a pas porté signifie-t-il qu'il n'y a pas d'« accord volontaire [de la] plaignant[e] à l'activité sexuelle » au sens du par. 273.1(1) du *Code criminel*, ou cela doit-il être analysé en application de la disposition relative à la fraude prévue à l'al. 265(3)c)?

[24] Deuxièmement, que faut-il pour établir la fraude, et y a-t-il en l'espèce des éléments de preuve de malhonnêteté de la part de l'appelant susceptibles de constituer une fraude viciant le consentement pour l'application de l'al. 265(3)c) du *Code criminel*?

IV. Analysis

A. *The Analytical Framework for Consent and Condom Refusal or Removal*

[25] Two alternative pathways are available to decide the legal effect of Mr. Kirkpatrick’s failure to wear a condom on the *actus reus* of sexual assault. To resolve the correct approach, I begin by providing an overview of the offence of sexual assault, including a review of s. 273.1 and s. 265(3) and the constituent elements of the offence. I present the arguments of the respondent Crown and the appellant and then explain why, when it is a condition of the complainant’s consent, condom use must form part of the “sexual activity in question” under s. 273.1 of the *Criminal Code*. This is the only interpretation that provides a harmonious reading of the text of the relevant provisions in their entire context and that accords with Parliament’s purpose of promoting personal autonomy and equal sexual agency. Finally, I will explain why *Hutchinson* does not mandate another result for the specific issue raised in this appeal.

(1) The Offence of Sexual Assault

[26] In the early 1980s, Parliament modernized and fundamentally restructured the *Criminal Code* provisions on sexual offences. It repealed discriminatory evidentiary rules and moved away from prior specific provisions, like the prohibition against rape, to instead adopt prohibitions grounded in the law of assault. This change reflected the shift away from “categorizing sexual offences based on the nature of the sexual act and the perceived chastity of the victim”, and “toward an understanding that treats sexual assault much more like other crimes of violence” (J. Benedet, “Judicial Misconduct in the Sexual Assault Trial” (2019), 52 *U.B.C. L. Rev.* 1, at p. 17).

[27] As a result, under s. 265(1)(a) of the *Criminal Code*, a person commits an assault by intentionally

IV. Analyse

A. *Le cadre d’analyse du consentement dans les cas de refus ou de retrait du condom*

[25] Deux avenues s’offrent à nous pour déterminer l’effet juridique sur l’*actus reus* de l’agression sexuelle de l’omission de M. Kirkpatrick d’avoir porté un condom. Pour retenir la bonne approche, je commencerai par décrire l’infraction d’agression sexuelle, notamment en examinant l’art. 273.1 et le par. 265(3) ainsi que les éléments constitutifs de l’infraction. Je présenterai les arguments de l’intimée la Couronne et de l’appelant, puis j’expliquerai comment, lorsqu’elle est une condition du consentement de la personne plaignante, l’utilisation du condom doit faire partie de « l’activité sexuelle » visée à l’art. 273.1 du *Code criminel*. Il s’agit de la seule interprétation qui permette une lecture harmonieuse du texte des dispositions pertinentes dans leur contexte global et qui soit conforme à l’objectif du législateur de promouvoir l’autonomie sexuelle et la capacité d’agir, en toute égalité, sur le plan sexuel. Enfin, j’expliquerai pourquoi l’arrêt *Hutchinson* ne commande aucun autre résultat en ce qui concerne la question particulière que soulève le présent pourvoi.

(1) L’infraction d’agression sexuelle

[26] Au début des années 1980, le Parlement a modernisé et fondamentalement restructuré les dispositions du *Code criminel* relatives aux infractions d’ordre sexuel. Il a abrogé des règles de preuve discriminatoires et s’est éloigné des dispositions particulières antérieures, comme celles relatives à l’interdiction du viol, pour adopter plutôt des interdictions fondées sur le droit en matière de voies de fait. Ce changement reflétait le passage d’une [TRANSDUCTION] « catégorisation des infractions d’ordre sexuel fondée sur la nature de l’acte sexuel et la chasteté perçue de la victime vers une conception qui traite l’agression sexuelle beaucoup plus comme les autres crimes de violence » (J. Benedet, « Judicial Misconduct in the Sexual Assault Trial » (2019), 52 *U.B.C. L. Rev.* 1, p. 17).

[27] En conséquence, selon l’al. 265(1)(a) du *Code criminel*, commet des voies de fait quiconque, d’une

applying force to another person, directly or indirectly, without their consent. Where the assault is sexual in nature, it is an offence under s. 271 of the *Criminal Code*. Placing assault at the core of the new offences conveyed the central role consent was intended to play in distinguishing criminal sexual conduct from agreed-to sexual activity.

[28] The foundational nature of consent to the offence of sexual assault is demonstrated in its centrality to both the *actus reus* and the *mens rea* elements of the offence. The *actus reus* of the offence is “unwanted sexual touching”, while the *mens rea* is the intention to touch, knowing, being reckless of, or being wilfully blind to a lack of consent from the person being touched (*R. v. Ewanchuk*, [1999] 1 S.C.R. 330, at para. 23). For the *actus reus*, the absence of consent is entirely subjective and dependent on the complainant’s state of mind about whether they wanted the touching to take place at the time it occurred (*Ewanchuk*, at paras. 25-27 and 31). There is no need to inquire into the accused’s perspective at the *actus reus* stage (*R. v. Barton*, 2019 SCC 33, [2019] 2 S.C.R. 579, at paras. 87 and 89).

[29] In 1992, Parliament introduced further amendments to sexual assault in Bill C-49, the *Act to amend the Criminal Code (sexual assault)*, S.C. 1992, c. 38, s. 1, to correct outdated approaches that linked non-consent to physical resistance and to settle debates as to whether passivity, silence, non-resistance or submission could constitute consent. These amendments defined consent for the first time in s. 273.1(1), set out certain circumstances where no consent was obtained as a matter of law in s. 273.1(2), and limited access to the defence of honest but mistaken belief in communicated consent in s. 273.2.

manière intentionnelle, emploie la force, directement ou indirectement, contre une autre personne sans son consentement. Lorsque les voies de fait revêtent un caractère sexuel, il s’agit d’une infraction prévue à l’art. 271 du *Code criminel*. Le fait de placer les voies de fait au cœur des nouvelles infractions reflète le rôle central que le consentement est censé jouer pour faire la distinction entre une conduite sexuelle criminelle et l’activité sexuelle à laquelle une personne a donné son accord.

[28] Le caractère fondamental du consentement en ce qui concerne l’infraction d’agression sexuelle se dégage du rôle essentiel qu’il joue à l’égard tant de l’*actus reus* que de la *mens rea* de l’infraction. L’*actus reus* de l’infraction consiste en des « attouchements sexuels non souhaités », tandis que la *mens rea* est l’intention de se livrer à des attouchements sur une personne, tout en sachant que celle-ci n’y consent pas ou encore en faisant montre d’insouciance ou d’aveuglement volontaire à l’égard de cette absence de consentement (*R. c. Ewanchuk*, [1999] 1 R.C.S. 330, par. 23). Pour ce qui est de l’*actus reus*, l’absence de consentement est entièrement subjective et dépendante de l’état d’esprit de la personne plaignante quant à son souhait que les attouchements aient lieu ou non au moment où ils se sont produits (*Ewanchuk*, par. 25-27 et 31). À cette étape, il n’est pas nécessaire d’examiner la perspective de la personne accusée (*R. c. Barton*, 2019 CSC 33, [2019] 2 R.C.S. 579, par. 87 et 89).

[29] En 1992, le Parlement a présenté d’autres modifications quant aux agressions sexuelles dans le projet de loi C-49, la *Loi modifiant le Code criminel (agression sexuelle)*, L.C. 1992, c. 38, art. 1, pour corriger des approches désuètes qui liaient le non-consentement à la résistance physique et pour clore les débats sur la possibilité que la passivité, le silence, la non-résistance ou la soumission puissent constituer un consentement. Ces modifications ont défini le consentement pour la première fois au par. 273.1(1), elles ont énoncé certaines circonstances où il n’y a pas de consentement en droit au par. 273.1(2), et elles ont limité l’accès à la défense de la croyance sincère mais erronée au consentement communiqué à l’art. 273.2.

[30] Parliament expressly stated its remedial purpose and objectives for enacting these amendments in the preamble to Bill C-49. These amendments were designed to reflect the realities, concerns and rights of complainants, reduce the fear of sexual assault, and encourage the reporting of this traditionally under-reported crime. Parliament was “gravely concerned about the incidence of sexual violence and abuse in Canadian society and, in particular, the prevalence of sexual assault against women and children” (Bill C-49, preamble). Parliament wanted to ensure the “full protection of the rights guaranteed under sections 7 and 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*” (protecting the rights to life, liberty and security of the person and the right to the equal protection and benefit of the law without discrimination). One of Parliament’s primary objectives was to promote gender equality and protect individuals’ personal autonomy to make choices about their bodies and whether or not to engage in sexual activity (see *House of Commons Debates*, vol. VIII, 3rd Sess., 34th Parl., April 8, 1992, at pp. 9505-7). Its objectives are reflected in the framework for consent and the wording of the individual provisions we have today.

[31] Section 273.1 is a key provision and operates as the gateway to consent. It is specific to sexual offences, more recent than s. 265(3) and was enacted to “recogniz[e] the unique character of the offence of sexual assault” (Bill C-49, preamble). Subsection 273.1(1) requires “the voluntary agreement of the complainant to engage in the sexual activity in question”. Subsection 273.1(2) provides a non-exhaustive list of circumstances in which no consent is obtained in law. At the relevant time, s. 273.1 provided:¹

273.1 (1) Subject to subsection (2) and subsection 265(3), “consent” means, for the purposes of sections 271,

[30] Le Parlement a expressément énoncé l’objet et les objectifs réparateurs qui l’ont amené à adopter ces modifications dans le préambule au projet de loi C-49. Ces modifications visaient à refléter les réalités, les préoccupations et les droits des personnes plaignantes, à réduire la crainte des agressions sexuelles et à encourager le signalement de ce crime traditionnellement sous-signalé. « [L]es cas de violence et d’exploitation sexuelles au sein de la société canadienne préoccup[ai]ent sérieusement le Parlement du Canada, et en particulier la fréquence des agressions sexuelles contre les femmes et les enfants » (projet de loi C-49, préambule). Le Parlement entendait assurer « la pleine protection des droits garantis par les articles 7 et 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* » (qui protègent les droits à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne ainsi que le droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination). Le Parlement avait notamment pour objectif principal de promouvoir l’égalité des sexes et de protéger l’autonomie personnelle des individus pour faire des choix au sujet de leurs corps et choisir de se livrer ou non à une activité sexuelle (voir *Débats de la Chambre des communes*, vol. VIII, 3^e sess., 34^e lég., 8 avril 1992, p. 9505-9507). Ses objectifs se reflètent dans le cadre d’analyse en matière de consentement et dans le libellé des dispositions individuelles actuelles.

[31] L’article 273.1 est une disposition clé et sert de point d’entrée en matière de consentement. Il s’applique aux infractions d’ordre sexuel en particulier, il est plus récent que le par. 265(3) et son adoption découle d’une prise de conscience du « caractère unique en son genre de l’infraction d’agression sexuelle » (projet de loi C-49, préambule). Le paragraphe 273.1(1) exige « l’accord volontaire du plaignant à l’activité sexuelle ». Le paragraphe 273.1(2) dresse une liste non exhaustive de cas où le consentement ne se déduit pas en droit. À l’époque pertinente, l’art. 273.1 disposait¹ :

273.1 (1) Sous réserve du paragraphe (2) et du paragraphe 265(3), le consentement consiste, pour l’application

¹ Section 273.1 has been amended since the events in question in this appeal, but nothing turns on those amendments in this appeal (S.C. 2018, c. 29, s. 19(1) and (2)).

¹ L’article 273.1 a été modifié depuis les événements dont il est question dans le présent pourvoi, mais ces modifications n’ont aucune incidence sur l’issue du pourvoi (L.C. 2018, c. 29, par. 19(1) et (2)).

272 and 273, the voluntary agreement of the complainant to engage in the sexual activity in question.

(2) No consent is obtained, for the purposes of sections 271, 272 and 273, where

(a) the agreement is expressed by the words or conduct of a person other than the complainant;

(b) the complainant is incapable of consenting to the activity;

(c) the accused induces the complainant to engage in the activity by abusing a position of trust, power or authority;

(d) the complainant expresses, by words or conduct, a lack of agreement to engage in the activity; or

(e) the complainant, having consented to engage in sexual activity, expresses, by words or conduct, a lack of agreement to continue to engage in the activity.

(3) Nothing in subsection (2) shall be construed as limiting the circumstances in which no consent is obtained.

[32] Subsections (1) and (2) in s. 273.1 both address consent and are to be read together. Subsection (2) is multifaceted and sheds further light on Parliament's understanding of consent (*R. v. J.A.*, 2011 SCC 28, [2011] 2 S.C.R. 440, at paras. 33 and 35). All but one of the circumstances outlined in s. 273.1(2) operate to clarify what subjective consent requires. Only s. 273.1(2)(c) vitiates consent, where the complainant's induced agreement by reason of an abuse of power, trust, or authority is deemed ineffective in law (*R. v. G.F.*, 2021 SCC 20, [2021] 1 S.C.R. 801, at para. 44).

[33] Section 265(3) applies to all forms of assault (including sexual assault). It lists four situations where consent is not obtained as a matter of law, including where consent is obtained by fraud. In these cases, there is subjective consent under s. 273.1, but the law intervenes to vitiate that consent. Section 265(3) provides:

des articles 271, 272 et 273, en l'accord volontaire du plaignant à l'activité sexuelle.

(2) Le consentement du plaignant ne se déduit pas, pour l'application des articles 271, 272 et 273, des cas où :

a) l'accord est manifesté par des paroles ou par le comportement d'un tiers;

b) il est incapable de le former;

c) l'accusé l'incite à l'activité par abus de confiance ou de pouvoir;

d) il manifeste, par ses paroles ou son comportement, l'absence d'accord à l'activité;

e) après avoir consenti à l'activité, il manifeste, par ses paroles ou son comportement, l'absence d'accord à la poursuite de celle-ci.

(3) Le paragraphe (2) n'a pas pour effet de limiter les circonstances dans lesquelles le consentement ne peut se déduire.

[32] Les paragraphes (1) et (2) de l'art. 273.1 portent tous les deux sur le consentement et doivent être lus ensemble. Le paragraphe (2) comporte plusieurs facettes et nous éclaire sur la façon dont le législateur conçoit le consentement (*R. c. J.A.*, 2011 CSC 28, [2011] 2 R.C.S. 440, par. 33 et 35). Tous les cas décrits au par. 273.1(2) sauf un s'appliquent de façon à clarifier ce qu'exige le consentement subjectif. Seule la situation prévue à l'al. 273.1(2)c vicie le consentement, soit celle où le consentement de la personne plaignante obtenu par abus de confiance ou de pouvoir est présumé invalide en droit (*R. c. G.F.*, 2021 CSC 20, [2021] 1 R.C.S. 801, par. 44).

[33] Le paragraphe 265(3) s'applique à toutes les formes de voies de fait (y compris l'agression sexuelle). Il énumère quatre situations dans lesquelles le droit présume l'absence de consentement, notamment lorsque celui-ci est obtenu par la fraude. Dans ces cas, il y a consentement subjectif pour l'application de l'art. 273.1, mais le droit intervient pour vicier ce consentement. Le paragraphe 265(3) prévoit :

(3) For the purposes of this section, no consent is obtained where the complainant submits or does not resist by reason of

- (a) the application of force to the complainant or to a person other than the complainant;
- (b) threats or fear of the application of force to the complainant or to a person other than the complainant;
- (c) fraud; or
- (d) the exercise of authority.

[34] At the heart of this case is consent at the *actus reus* stage. When vitiation under s. 265(3) is argued, *Hutchinson* sets out a two-step process for analyzing consent, even though it does not impose a strict order-of-operations (*G.F.*, at paras. 51-52). At the first step, the question is whether the complainant consented to engage in the sexual activity in question under s. 273.1(1) (*Hutchinson*, at para. 4). If the complainant consented, or their conduct raises a reasonable doubt about the lack of voluntary agreement to the sexual activity in question, the second step is to consider whether there are any circumstances under s. 265(3) or s. 273.1(2)(c) — including fraud — that vitiate the complainant’s “apparent consent” (*Hutchinson*, at para. 4). If the complainant has not consented in the first place, there is no consent to be vitiated under s. 265(3) or s. 273.1(2)(c).

[35] This Court explained in *G.F.* how the distinction between a lack of subjective consent to the sexual activity in question under s. 273.1(1) and the vitiation of consent “may be subtle, but it is important” (para. 36). While a lack of subjective consent under s. 273.1(1) is directly linked to the voluntary agreement to the sexual activity in question, vitiating factors under s. 265(3) or s. 273.1(2)(c) are instead tied to various general policy considerations (*G.F.*, at para. 36).

(3) Pour l’application du présent article, ne constitue pas un consentement le fait pour le plaignant de se soumettre ou de ne pas résister en raison :

- a) soit de l’emploi de la force envers le plaignant ou une autre personne;
- b) soit des menaces d’emploi de la force ou de la crainte de cet emploi envers le plaignant ou une autre personne;
- c) soit de la fraude;
- d) soit de l’exercice de l’autorité.

[34] Le consentement à l’étape de l’*actus reus* est au cœur de la présente cause. Lorsque la viciation dont il est question au par. 265(3) est plaidée, l’arrêt *Hutchinson* prescrit une analyse en deux étapes pour décider s’il y a eu consentement, même s’il n’impose pas un ordre strict des opérations (*G.F.*, par. 51-52). À la première étape, il s’agit de se demander si la personne plaignante a consenti à se livrer à l’activité sexuelle au sens du par. 273.1(1) (*Hutchinson*, par. 4). Si elle a consenti, ou si sa conduite soulève un doute raisonnable quant à l’absence d’accord volontaire à l’activité sexuelle, la seconde étape consiste à se demander s’il existe des circonstances, parmi celles énumérées au par. 265(3) ou à l’al. 273.1(2)c) — y compris la fraude — qui vicie le « consentement apparent » de la personne plaignante (*Hutchinson*, par. 4). Si elle n’a pas consenti, il n’y a aucun consentement qui puisse être vicié pour l’application du par. 265(3) ou de l’al. 273.1(2)c).

[35] Dans l’arrêt *G.F.*, notre Cour a expliqué que la distinction entre l’absence de consentement subjectif à l’activité sexuelle au sens du par. 273.1(1) et la viciation du consentement « est peut-être subtile, mais elle est importante » (par. 36). Bien que l’absence de consentement subjectif pour l’application du par. 273.1(1) soit directement liée à l’accord volontaire à l’activité sexuelle, les facteurs de viciation énoncés au par. 265(3) ou à l’al. 273.1(2)c) sont plutôt liés à diverses considérations d’intérêt public (*G.F.*, par. 36).

(2) The Arguments of the Parties

[36] The respondent Crown submits that condom use is relevant to a complainant's consent and is an important aspect of sexual activity within s. 273.1. It says that sex with and without a condom are fundamentally different forms of touching and are physically different types of "sexual activity" under s. 273.1(1). A complainant who consents to sex on the condition that their partner wears a condom does not consent to sex without a condom. Where their partner ignores the request for a condom, the sexual intercourse is non-consensual. In such a case, where the trier of fact finds that the complainant did not voluntarily agree to engage in the sexual activity in question, there is no consent, the *actus reus* is established and the analysis turns to *mens rea*. If *Hutchinson* dictates a different result, the Crown asks this Court to overturn that decision and clarify the law.

[37] Alternatively, Mr. Kirkpatrick argues that the only route to a finding of no consent for his failure to wear a condom is fraud under s. 265(3). He submits that the complainant agreed to the sexual activity in question on the basis that she agreed to vaginal sexual intercourse. He claims her consent can only be vitiated if the Crown proves beyond a reasonable doubt: (1) dishonesty, including falsehoods and deliberate deceit as well as the non-disclosure of important facts; and (2) deprivation, or risk of deprivation, which consists of actual risk of serious bodily harm (*R. v. Cuerrier*, [1998] 2 S.C.R. 371, at para. 116; *R. v. Mabior*, 2012 SCC 47, [2012] 2 S.C.R. 584, at para. 12). Serious bodily harm includes physical or psychological hurt or injury that "interferes in a substantial way with the integrity, health or well-being of a victim" (*Mabior*, at para. 82) and is often tied to physical harms such as the risk of pregnancy and/or sexually transmitted infection (*Hutchinson*, at paras. 69 and 71). He claims *Hutchinson* decided that in all cases, condom use can never form part of the physical act and is therefore always irrelevant to consent under s. 273.1(1). He argues that the Crown cannot and did not establish that he deceived the complainant or that she suffered

(2) Les arguments des parties

[36] L'intimée la Couronne soutient que l'utilisation du condom est pertinente pour ce qui est du consentement de la plaignante et représente un aspect important de l'activité sexuelle visée à l'art. 273.1. Elle affirme que les relations sexuelles avec ou sans condom sont des formes fondamentalement distinctes d'attouchements et que ce sont des types d'« activité sexuelle » physiquement distincts pour l'application du par. 273.1(1). La personne plaignante qui a consenti à une relation sexuelle à la condition que son partenaire porte un condom n'a pas consenti à une relation sexuelle sans condom. Lorsque son partenaire fait fi de la demande de porter un condom, les rapports sexuels sont non consentuels. Dans un tel cas, où le juge des faits conclut que la personne plaignante n'a pas donné son accord volontairement à l'activité sexuelle, il n'y a pas de consentement, l'*actus reus* est établi, et l'analyse porte dès lors sur la *mens rea*. Si l'arrêt *Hutchinson* commande un autre résultat, la Couronne demande à notre Cour d'infirmier cet arrêt et de clarifier le droit applicable.

[37] Pour sa part, M. Kirkpatrick prétend que la fraude en application du par. 265(3) est la seule avenue susceptible de mener à une conclusion d'absence de consentement attribuable à son omission de porter un condom. Il soutient que la plaignante avait donné son accord à l'activité sexuelle, puisqu'elle avait consenti à des rapports sexuels vaginaux. Il affirme que son consentement ne peut être jugé vicié que si la Couronne prouve hors de tout doute raisonnable : (1) la malhonnêteté, y compris les mensonges et la tromperie délibérée ainsi que la non-divulgence de faits importants; (2) une privation ou un risque de privation, qui consiste en un risque réel de lésions corporelles graves (*R. c. Cuerrier*, [1998] 2 R.C.S. 371, par. 116; *R. c. Mabior*, 2012 CSC 47, [2012] 2 R.C.S. 584, par. 12). Les lésions corporelles graves comprennent toute blessure ou lésion, physique ou psychologique, qui « nuit d'une manière importante à l'intégrité, à la santé ou au bien-être d'une victime » (*Mabior*, par. 82) et elles sont souvent liées à des préjudices physiques comme le risque de grossesse ou celui découlant d'une ITS (*Hutchinson*, par. 69 et 71). Selon l'appelant, l'arrêt *Hutchinson* a statué que, dans tous les cas, l'utilisation d'un condom ne peut

serious bodily harm or a significant risk thereof as a result of his deception. He therefore submits that the trial judge was correct to dismiss the case against him.

[38] The parties' arguments and the decisions at the Court of Appeal demonstrate the two alternative pathways available to decide the legal effect of Mr. Kirkpatrick's failure to wear a condom on the *actus reus* of sexual assault.

(3) Interpreting the “Sexual Activity in Question” in Section 273.1(1)

[39] The starting point and primary provision for determining whether there is consent to sexual activity for sexual assault offences is s. 273.1. This particular section was enacted more recently than s. 265(3) and was singularly designed for and uniquely directed to sexual assault offences. This statutory definition of consent plays a central role in Parliament's assault-based prohibitions against sexual violence. The key term “sexual activity in question” in s. 273.1(1) exists within a composite phrase that requires “voluntary agreement . . . to engage in the sexual activity in question”. We are to seek Parliament's intent as demonstrated by the text, context, and purpose of the sexual assault provisions and interpret it consistently with this Court's considerable jurisprudence on consent and “harmonious[ly]” with all parts of s. 273.1 and the overall legislative scheme (*J.A.*, at para. 33).

[40] The legal meaning given to the “sexual activity in question” cannot be narrowly drawn or fixed for all cases. Like the consent of which it is part, it is tied to context and cannot be assessed in the abstract; it relates to particular behaviours and actions (*Hutchinson*, at para. 57; *Barton*, at para. 88). Much will depend on the facts and circumstances of the individual case. In a very real way, it will be defined by the evidence

jamais faire partie de l'acte physique, si bien qu'elle n'est jamais pertinente pour ce qui est du consentement prévu au par. 273.1(1). À son avis, la Couronne ne peut pas établir — et elle n'a pas établi — qu'il a trompé la plaignante ou que celle-ci a subi des lésions corporelles graves ou un risque important de telles lésions à la suite de sa tromperie. Par conséquent, plaide-t-il, le juge du procès a eu raison de rejeter l'accusation portée contre lui.

[38] Les arguments des parties et l'arrêt de la Cour d'appel illustrent les deux avenues qui s'offrent à nous pour déterminer l'effet juridique de l'omission de M. Kirkpatrick d'avoir porté un condom sur l'*actus reus* de l'agression sexuelle.

(3) L'interprétation de l'expression « activité sexuelle » au par. 273.1(1)

[39] Le point de départ et la disposition principale pour juger de l'existence ou non du consentement à l'activité sexuelle en matière d'infractions d'agression sexuelle est l'art. 273.1. Cette disposition particulière a été adoptée plus récemment que le par. 265(3) et elle a été spécialement conçue pour les infractions d'agression sexuelle, qu'elle visait en particulier. Cette définition législative du consentement joue un rôle central dans les interdictions du Parlement contre la violence sexuelle fondées sur les voies de fait. L'expression clé « activité sexuelle » utilisée au par. 273.1(1) existe dans la formule composée qui exige « l'accord volontaire [. . .] à l'activité sexuelle ». Nous devons chercher l'intention du Parlement qui ressort du texte, du contexte et de l'objet des dispositions en matière d'agression sexuelle et l'interpréter conformément à la jurisprudence abondante de notre Cour sur le consentement et « de façon harmonieuse » avec toutes les parties de l'art. 273.1, ainsi qu'avec le régime législatif dans son ensemble (*J.A.*, par. 33).

[40] L'interprétation juridique donnée à l'expression « activité sexuelle » ne peut être étroitement délimitée ou fixée pour toutes les affaires. À l'instar du consentement dont elle est une partie intégrante, elle est liée au contexte et ne peut être appréciée dans l'abstrait; elle se rapporte à des comportements ou à des gestes particuliers (*Hutchinson*, par. 57; *Barton*, par. 88). Une bonne part de l'interprétation dépend

and the complainant's allegations. What touching does the complainant say was unlawful? Which acts were beyond the boundaries of any consent given? The sexual activity in question will emerge from a comparison of what actually happened and what, if anything, was agreed to. This is bound to change in every case.

[41] Here, the complainant makes no complaint about the first act of vaginal intercourse in which the appellant used the required condom. She nevertheless claims that she never consented to what he did subsequently, which was to have vaginal intercourse without a condom. The specific sexual assault alleged, and the sexual activity in question, was therefore vaginal sexual intercourse without a condom.

[42] In determining whether her agreement to sexual intercourse with a condom means she also agreed to sexual intercourse without a condom, we start with the proposition from *Hutchinson* that the "sexual activity in question" that the complainant must agree to is the "specific physical sex act" (para. 54 (emphasis deleted)). The focus should therefore be on the *specific sex act(s)*, defined by reference to the *physical acts* involved. The Court in *Hutchinson* also provided examples of different physical acts, like "kissing, petting, oral sex, intercourse, or the use of sex toys" (para. 54). These were mere illustrations and operate only in comparison to each other in the sense that kissing is a different physical activity than petting; petting is not the same thing as oral sex; and intercourse is distinguished from the use of sex toys. These are not closed or mandatory legal categories of broad sexual activity, regardless of the particular evidence and allegations at issue.

[43] Applying *Hutchinson's* focus on the "specific physical sex act", condom use may form part of the sexual activity in question because sexual intercourse

des faits et des circonstances de l'espèce. De façon très concrète, elle est définie par la preuve et les allégations de la personne plaignante. Quel contact la personne plaignante qualifie-t-elle d'illicite? Quels actes ont dépassé les limites du consentement donné? L'activité sexuelle émerge d'une comparaison de ce qui s'est effectivement produit et de ce à quoi l'accord avait été donné, s'il en est. Cela varie inévitablement d'une affaire à l'autre.

[41] En l'espèce, la plaignante n'a rien à redire du premier rapport sexuel vaginal au cours duquel l'appelant a utilisé le condom exigé. Elle prétend néanmoins ne jamais avoir consenti à ce qu'il a fait par la suite, c'est-à-dire avoir eu avec elle des rapports sexuels vaginaux sans condom. L'agression sexuelle spécifique alléguée, et l'activité sexuelle, était donc d'avoir eu un rapport sexuel vaginal sans condom.

[42] Pour décider si l'accord de la plaignante à des rapports sexuels avec un condom signifie également qu'elle a donné son accord à des rapports sexuels sans condom, nous partons du principe de l'arrêt *Hutchinson* selon lequel « l'activité sexuelle » à laquelle la personne plaignante doit donner son accord est « l'acte sexuel physique spécifique » (par. 54 (italique omis)). L'accent doit donc être mis sur l'acte ou les actes sexuels *spécifiques*, définis par renvoi aux actes *physiques* en cause. Dans l'arrêt *Hutchinson*, notre Cour a également donné des exemples de différents actes physiques, comme « les baisers, les caresses, le sexe oral, les rapports sexuels ou l'utilisation d'accessoires sexuels » (par. 54). Les exemples donnés n'étaient que des illustrations et ils ne s'appliquent qu'en comparaison les uns avec les autres, en ce sens que les baisers ne constituent pas le même acte physique que les caresses, que les caresses ne sont pas la même chose que le sexe oral et que les rapports sexuels ne sont pas la même chose que l'utilisation d'accessoires sexuels. Il ne s'agit pas de catégories juridiques fermées ou d'application obligatoire d'activités sexuelles au sens large, sans égard aux allégations et aux éléments de preuve particuliers en cause.

[43] Compte tenu de l'accent que met l'arrêt *Hutchinson* sur « l'acte sexuel physique spécifique », l'utilisation du condom peut faire partie de l'activité

without a condom is a fundamentally and qualitatively different physical act than sexual intercourse with a condom. To state the obvious, the physical difference is that intercourse without a condom involves direct skin-to-skin contact, while intercourse with a condom involves indirect contact. Indeed, this difference, of a changed physical experience, is put forward by some men to explain why they prefer not to wear a condom (K. Czechowski et al., “*That’s not what was originally agreed to*”: *Perceptions, outcomes, and legal contextualization of non-consensual condom removal in a Canadian sample*, in *PLoS ONE*, 14(7), July 10, 2019 (online), at p. 2).

[44] The law recognizes that consent to penetration in one area of the body does not constitute consent to penetration in a different area because these are distinct physical acts (*Hutchinson*, at para. 54). Similarly, consent to a form of touching may depend on what is being used to touch the body because the law appreciates there is a physical difference between being touched by a digit, penis, sex toy or other object. It is also clear, for example, that the law sees different specific physical sex acts when a person who has obtained consent to touch a woman’s chest over her clothing instead reaches underneath her clothing to make direct skin to skin contact with her bare breast. In the same way, being touched by a condom-covered penis is not the same specific physical act as being touched by a bare penis. Logically and legally, direct and unmediated sexual touching is a different physical act than indirect and mediated contact. Indeed, given the centrality of the distinction, whether a condom is required is basic to the physical act.

[45] All principles of statutory interpretation compel the conclusion that sex with a condom is a different physical activity than sex without a condom. It is the only meaning of the “sexual activity in question” that reads s. 273.1 as a whole and harmoniously with this Court’s jurisprudence on subjective and affirmative consent. In addition, it fulfills Parliament’s objective of giving effect to the equality and dignity-affirming

sexuelle, puisqu’un rapport sexuel sans condom est un acte physique fondamentalement et qualitativement différent d’un rapport sexuel avec un condom. Il va sans dire que la différence physique est qu’un rapport sexuel sans condom implique un contact direct peau contre peau, tandis que le rapport sexuel avec un condom consiste en un contact indirect. De fait, certains hommes affirment que c’est cette différence, celle d’une expérience physique qui n’est pas la même, qui explique pourquoi ils préfèrent ne pas porter de condom (K. Czechowski et autres, « *That’s not what was originally agreed to* » : *Perceptions, outcomes, and legal contextualization of non-consensual condom removal in a Canadian sample*, dans *PLoS ONE*, 14(7), 10 juillet 2019 (en ligne), p. 2).

[44] Le droit reconnaît que le consentement à la pénétration dans une partie du corps ne vaut pas consentement à la pénétration dans une autre partie, puisqu’il s’agit d’actes physiques distincts (*Hutchinson*, par. 54). De même, le consentement à une forme de contact peut dépendre de ce qui est utilisé pour toucher le corps, parce que le droit reconnaît qu’il y a une différence physique entre être touché par un doigt, un pénis, un accessoire sexuel ou un autre objet. Il est également clair, par exemple, que le droit voit des actes sexuels physiques spécifiques différents lorsqu’une personne qui a obtenu le consentement de toucher la poitrine d’une femme par-dessus ses vêtements glisse la main sous ses vêtements pour toucher directement la peau de son sein nu. De la même façon, se faire toucher par un pénis couvert d’un condom n’est pas le même acte physique spécifique que se faire toucher par un pénis nu. Logiquement et juridiquement, un contact sexuel direct est un acte physique différent d’un contact indirect. De fait, vu l’importance de la distinction, la question de savoir si un condom est exigé est fondamentale à l’acte physique.

[45] Tous les principes d’interprétation législative commandent la conclusion selon laquelle un rapport sexuel avec un condom est une activité sexuelle différente d’un rapport sexuel sans condom. Il s’agit de la seule interprétation de l’expression « l’activité physique » qui considère l’art. 273.1 dans son ensemble et d’une manière qui s’harmonise avec la jurisprudence de notre Cour sur le consentement

aims underlying the sexual assault prohibitions; responds to the context and harms of non-consensual condom refusal or removal; and respects the restraint principle in criminal law. While vitiation by fraud may still arise in other cases, it does not apply when condom use is a condition of consent.

- (a) *It Is the Only Harmonious Reading of Section 273.1 As a Whole*

[46] Principles of statutory interpretation require that the text of provisions must be read as a whole and harmoniously. It is presumed that provisions are intended to work together as parts of a functioning whole to form a rational, internally consistent framework (R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (6th ed. 2014), at §11.2; *R. v. L.T.H.*, 2008 SCC 49, [2008] 2 S.C.R. 739, at para. 47). It follows that when interpreting Parliament’s definition of consent expressed in s. 273.1, subss. (1) and (2) must be read together in a consistent manner.

[47] In enacting a definition of consent, Parliament specified situations where no consent would be obtained in relation to sexual assault offences in s. 273.1(2). Section 273.1(2)(d) and (e) in particular provides that there can be no consent if the “complainant expresses, by words or conduct, a lack of agreement to engage in the activity” or, “having consented to engage in sexual activity, expresses . . . a lack of agreement to continue to engage in the activity”. While a complainant is not required to express her lack of consent for the *actus reus* to be established, when she does so it is directly relevant to whether or not there was subjective consent to the sexual activity in question and may also impact whether a mistaken belief in consent could be reasonable under the *mens rea* analysis (*J.A.*, at paras. 23-24, 41 and 45-46).

subjectif et affirmatif. En outre, elle répond à l’objectif du Parlement de donner effet aux finalités d’égalité et d’affirmation de la dignité qui sous-tendent les interdictions d’agression sexuelle; elle est sensible au contexte et aux préjudices causés par le refus ou le retrait non consensuel du condom; et elle respecte le principe de la modération en droit criminel. Bien que la viciation par la fraude puisse survenir dans d’autres affaires, elle ne s’applique pas lorsque l’utilisation du condom est une condition du consentement.

- a) *Il s’agit de la seule interprétation cohérente de l’art. 273.1 dans son ensemble*

[46] Les principes d’interprétation législative exigent que le texte des dispositions soit lu dans son ensemble et de manière cohérente. On présume que les dispositions forment un cadre rationnel, intrinsèquement cohérent et qu’elles fonctionnent en harmonie comme les diverses parties d’un tout (R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (6^e éd. 2014), §11.2; *R. c. L.T.H.*, 2008 CSC 49, [2008] 2 R.C.S. 739, par. 47). Il s’ensuit qu’en interprétant la définition du consentement énoncée par le Parlement à l’art. 273.1, les par. (1) et (2) doivent être lus ensemble d’une manière cohérente.

[47] En adoptant une définition du consentement, le Parlement a énuméré, au par. 273.1(2), des situations dans lesquelles il n’y a aucun consentement en rapport avec les infractions d’agression sexuelle. Les alinéas 273.1(2)d) et e) en particulier prévoient qu’il n’y a pas de consentement si la personne plaignante « manifeste, par ses paroles ou son comportement, l’absence d’accord à l’activité » ou si, « après avoir consenti à l’activité, [elle] manifeste [. . .] l’absence d’accord à la poursuite de celle-ci ». Pour que l’*actus reus* soit établi, il n’est pas nécessaire que la personne plaignante ait manifesté l’absence de consentement; toutefois, lorsqu’elle l’a manifestée, ce fait se rapporte directement à la question de savoir si elle a subjectivement consenti à l’activité sexuelle, et il peut également avoir une incidence sur la question de savoir, dans le cadre de l’analyse de la *mens rea*, si une croyance erronée au consentement pouvait être raisonnable (*J.A.*, par. 23-24, 41 et 45-46).

[48] These subsections underscore how the complainant's words and actions are directly relevant to whether or not there was consent to the sexual activity in question. Based on the complainant's evidence in the case at bar, she expressed, by words and conduct, a lack of agreement to engage in sexual intercourse without a condom. Section 273.1(2)(d) expressly reinforces that the clear rejection of a specific activity must be respected if consent is to have any meaning. Condom use cannot be irrelevant, secondary or incidental when the complainant has expressly conditioned her consent on its use. As stated by L'Heureux-Dubé J. in *Ewanchuk*, s. 273.1(2)(d) "acknowledges that when a woman says 'no' she is communicating her non-agreement, regardless of what the accused thought it meant, and that her expression has an enforceable legal effect" (para. 101).

[49] Recognizing that condom use may form part of the sexual activity in question is also the only way to respect the need for a complainant's affirmative and subjective consent to each and every sexual act, every time. It not only affirms that individuals have the right to determine who touches their bodies and how; it situates condom use at the definitional core of consent, where it belongs. It is the only interpretation consistent with the foundational principles of consent expressed in s. 273.1 and this Court's longstanding jurisprudence, including *Hutchinson*.

[50] Including condom use as part of the sexual activity in question properly places the focus at the doctrinal heart of the *actus reus* analysis: was there actual consent under s. 273.1? Since *Ewanchuk*, this Court has consistently emphasized the centrality of the complainant's subjective perspective at the *actus reus* stage (*J.A.*, at paras. 23 and 45-46; *Barton*, at paras. 87-89; *G.F.*, at paras. 29 and 33). The assessment of consent under s. 273.1(1) is determined by reference to the complainant's internal state of mind towards the touching, when it happened (*Ewanchuk*, at paras. 26 and 61). It is a purely subjective approach where the complainant's individual perspective

[48] Ces alinéas mettent en évidence en quoi les paroles et les gestes de la personne plaignante se rapportent directement à la question de savoir s'il y a eu consentement ou non à l'activité sexuelle. D'après le témoignage de la plaignante en l'espèce, elle a manifesté, par ses paroles et son comportement, une absence d'accord à un rapport sexuel sans condom. L'alinéa 273.1(2)(d) confirme expressément que le rejet manifeste d'une activité spécifique doit être respecté pour que le consentement ait un sens. L'utilisation d'un condom ne saurait être dépourvue de pertinence, secondaire ou accessoire, lorsque la personne plaignante a expressément rendu son consentement conditionnel à son utilisation. Comme l'a affirmé la juge L'Heureux-Dubé dans l'arrêt *Ewanchuk*, l'al. 273.1(2)(d) « reconnaît que, lorsqu'une femme dit "non", elle communique son absence de consentement, indépendamment de ce que l'accusé croyait qu'elle signifiait, et que cette manifestation de volonté a un effet juridique contraignant » (par. 101).

[49] En outre, reconnaître que l'utilisation du condom puisse faire partie de l'activité sexuelle est la seule façon de répondre à la nécessité que la personne plaignante ait donné son consentement affirmatif et subjectif à chaque acte sexuel, et ce, à chaque fois. En plus d'affirmer que tout individu a le droit de décider qui touche leur corps et de quelle manière, cela situe l'utilisation du condom au cœur de la définition du consentement, comme il se doit. Il s'agit de la seule interprétation cohérente avec les principes fondamentaux du consentement exprimés à l'art. 273.1 et dans la jurisprudence de longue date de notre Cour, y compris l'arrêt *Hutchinson*.

[50] Inclure l'utilisation du condom comme partie de l'activité sexuelle met à bon droit l'accent sur la question suivante qui est au cœur théorique de l'analyse de l'*actus reus* : y a-t-il eu consentement véritable au sens de l'art. 273.1? Depuis l'arrêt *Ewanchuk*, notre Cour a toujours insisté sur l'importance fondamentale du point de vue subjectif de la personne plaignante à l'étape de l'*actus reus* (*J.A.*, par. 23 et 45-46; *Barton*, par. 87-89; *G.F.*, par. 29 et 33). L'appréciation du consentement au sens de l'art. 273.1(1) est déterminée par rapport à l'état d'esprit subjectif dans lequel se trouvait en son for intérieur la personne plaignante à l'égard des attouchements, lorsqu'ils ont eu lieu

alone is determinative: they either consented or not (*Ewanchuk*, at paras. 27 and 31; *J.A.*, at para. 23; *Barton*, at para. 89). The accused's perspective is irrelevant at this stage (*Barton*, at paras. 87 and 89).

[51] According to the foundational principles of consent, the complainant's reasons for granting or withholding consent and insisting on a condom are not relevant: "If the complainant did not subjectively consent (for whatever reason) then the *actus reus* is established" (*G.F.*, at para. 33 (emphasis added)). That all persons are entitled to refuse sexual contact at any time, and for *any reason*, is a fundamental principle of Canadian sexual assault law (*J.A.*, at para. 43; *G.F.*, at para. 33). All persons "have an inherent right to exercise full control over their own bodies, and to engage only in sexual activity that they wish to engage in" (*R. v. Park*, [1995] 2 S.C.R. 836, at paras. 38 and 42; *Ewanchuk*, at para. 75, per L'Heureux-Dubé J., concurring). Each person's ability to set the boundaries and conditions under which they are prepared to be touched is grounded in concepts as important as physical inviolability, sexual autonomy and agency, human dignity and equality (*Ewanchuk*, at para. 28; *G.F.*, at para. 1). As McLachlin C.J. explained in *Mabior*, the "modern understanding of sexual assault is based on the preservation of the right to refuse sexual intercourse: sexual assault is wrong because it denies the victim's dignity as a human being"; fails to respect each sexual partner as an "autonomous, equal and free person"; and involves "the wrongful exploitation of another human being. To engage in sexual acts without the consent of another person is to treat him or her as an object and negate his or her human dignity" (paras. 45 and 48). See also J. McInnes and C. Boyle, "Judging Sexual Assault Law Against a Standard of Equality" (1995), 29 *U.B.C. L. Rev.* 341, at p. 353, fn. 30, and p. 357, fn. 38.

[52] The complainant's "no" to sexual intercourse without a condom cannot be ignored under either

(*Ewanchuk*, par. 26 et 61). Il s'agit d'une approche purement subjective où seul le point de vue individuel de la personne plaignante est déterminant : elle a consenti ou elle n'a pas consenti (*Ewanchuk*, par. 27 et 31; *J.A.*, par. 23; *Barton*, par. 89). Le point de vue de la personne accusée n'est pas pertinent à cette étape (*Barton*, par. 87 et 89).

[51] Selon les principes fondamentaux du consentement, les raisons qu'a la personne plaignante de donner ou de refuser son consentement et d'insister sur l'utilisation d'un condom ne sont pas pertinentes : « Si la plaignante n'a pas consenti subjectivement à l'activité (pour quelque raison que ce soit), l'*actus reus* est alors établi » (*G.F.*, par. 33 (je souligne)). Que chacun ait droit de refuser un contact sexuel *quelles que soient ses raisons*, est un principe fondamental du droit canadien en matière d'agression sexuelle (*J.A.*, par. 43; *G.F.*, par. 33). Toutes les personnes « ont le droit inhérent d'exercer un contrôle complet sur leur corps, et de ne prendre part à des actes sexuels que si elles le désirent » (*R. c. Park*, [1995] 2 R.C.S. 836, par. 38 et 42; *Ewanchuk*, par. 75, la juge L'Heureux-Dubé, motifs concordants). La capacité de chaque personne de fixer les limites et les conditions dans lesquelles elle accepte d'être touchée repose sur des notions aussi importantes que l'invulnérabilité physique, l'autonomie sexuelle et la capacité d'agir sur le plan sexuel, la dignité humaine et l'égalité (*Ewanchuk*, par. 28; *G.F.*, par. 1). Comme l'a expliqué la juge en chef McLachlin dans l'arrêt *Mabior*, « [d]e nos jours, la répression de l'agression sexuelle vise à protéger le droit de refuser un rapport sexuel : l'agression sexuelle est répréhensible en ce qu'elle nie la dignité de la victime en tant qu'être humain », omet de reconnaître chacun des partenaires sexuels comme « une personne autonome, égale et libre », et consiste en « l'exploitation illicite d'un être humain par un autre. Se livrer à des actes sexuels avec une autre personne sans son consentement c'est la traiter comme un objet et porter atteinte à sa dignité humaine » (par. 45 et 48). Voir aussi J. McInnes et C. Boyle, « Judging Sexual Assault Law Against a Standard of Equality » (1995), 29 *U.B.C. L. Rev.* 341, p. 353, note 30, et p. 357, note 38.

[52] On ne saurait faire abstraction du « non » de la personne plaignante à un rapport sexuel sans

s. 273.1(1) or (2) because “[t]oday, not only does no mean no, but only yes means yes” (*R. v. Goldfinch*, 2019 SCC 38, [2019] 3 S.C.R. 3, at para. 44). As a result, when a complainant states: “no, not without a condom”, our law of consent says, emphatically, this actually means “no”, and cannot be reinterpreted to become “yes, without a condom”.

[53] Voluntary agreement to sex with a condom cannot be taken to imply consent to sex without one as consent cannot be implied from the circumstances or the relationship between the accused and the complainant (*J.A.*, at para. 47; *Ewanchuk*, at para. 31; *G.F.*, at para. 32; *Barton*, at paras. 98 and 105). Nothing substitutes for the complainant’s actual consent to the sexual activity at the time it occurred, which involves the “conscious agreement of the complainant to engage in every sexual act in a particular encounter” (*J.A.*, at para. 31). A complainant must agree to the specific sexual act since “agreement to one form of penetration is not agreement to any or all forms of penetration and agreement to sexual touching on one part of the body is not agreement to all sexual touching” (*Hutchinson*, at para. 54; *R. v. Olotu*, 2017 SCC 11, [2017] 1 S.C.R. 168, aff’g 2016 SKCA 84, 338 C.C.C. (3d) 321; *R. v. Poirier*, 2014 ABCA 59; *R. v. Flaviano*, 2014 SCC 14, [2014] 1 S.C.R. 270, aff’g 2013 ABCA 219, 309 C.C.C. (3d) 163).

[54] Likewise, an accused cannot ignore limits or “test the waters” during a second episode of intercourse to “see” if the complainant now consents to sex without a condom as consent must be specifically renewed and communicated for “each and every sexual act” (*J.A.*, at para. 34; *Barton*, at para. 118). Implying consent revives the “mythical assumptions that when a woman says ‘no’ she is really saying ‘yes’, ‘try again’, or ‘persuade me’” (*Ewanchuk*, at para. 87, per L’Heureux-Dubé J.). Instead, as stated in *Ewanchuk* (at para. 52, per Major J.):

Common sense should dictate that, once the complainant has expressed her unwillingness to engage in sexual

condom pour l’application tant du par. 273.1(1) que du par. 273.1(2), parce que, « [a]ujourd’hui, non veut dire non, et seul oui veut dire oui » (*R. c. Goldfinch*, 2019 CSC 38, [2019] 3 R.C.S. 3, par. 44). Par conséquent, lorsqu’une plaignante dit : « non, pas sans condom », notre droit en matière de consentement affirme haut et fort que cela veut réellement dire « non », et ne saurait être réinterprété pour devenir « oui, sans condom ».

[53] L’accord volontaire aux rapports sexuels avec un condom ne suppose pas un consentement aux rapports sexuels sans condom, puisque le consentement ne peut se déduire des circonstances ou de la relation qu’entretenaient la personne accusée et la personne plaignante (*J.A.*, par. 47; *Ewanchuk*, par. 31; *G.F.*, par. 32; *Barton*, par. 98 et 105). Rien ne remplace le consentement véritable de la personne plaignante à l’activité sexuelle au moment où celle-ci a lieu, qui suppose son « accord volontaire [. . .] à chacun des actes sexuels accomplis à une occasion précise » (*J.A.*, par. 31). Une personne plaignante doit avoir donné son accord à l’acte sexuel spécifique, puisque « donner son accord à une forme de pénétration ne vaut pas consentement à toute forme de pénétration, et consentir à ce qu’une partie de son corps soit touchée ne vaut pas consentement à toute forme de contacts sexuels » (*Hutchinson*, par. 54; *R. c. Olotu*, 2017 CSC 11, [2017] 1 R.C.S. 168, conf. 2016 SKCA 84, 338 C.C.C. (3d) 321; *R. c. Poirier*, 2014 ABCA 59; *R. c. Flaviano*, 2014 CSC 14, [2014] 1 R.C.S. 270, conf. 2013 ABCA 219, 309 C.C.C. (3d) 163).

[54] Pareillement, une personne accusée ne peut pas faire fi des limites ou « tâter le terrain » pendant un deuxième rapport sexuel pour « voir » si la personne plaignante consent alors à des relations sexuelles sans condom, puisque le consentement doit être expressément renouvelé et communiqué « à chacun des actes sexuels » (*J.A.*, par. 34; *Barton*, par. 118). Rendre implicite le consentement ranime les « mythes et stéréotypes voulant que, lorsqu’une femme dit “non”, elle veut plutôt dire “oui”, “essaie encore” ou “persuade-moi” » (*Ewanchuk*, par. 87, la juge L’Heureux-Dubé). Comme l’a plutôt affirmé la Cour dans l’arrêt *Ewanchuk* (le juge Major, par. 52) :

Le sens commun devrait dicter que, dès que la plaignante a indiqué qu’elle n’est pas disposée à participer

contact, the accused should make certain that she has truly changed her mind before proceeding with further intimacies. The accused cannot rely on the mere lapse of time or the complainant's silence or equivocal conduct to indicate that there has been a change of heart and that consent now exists

[55] Placing required condom use outside the core definition of consent under s. 273.1 would undercut these principles and undermine Parliament's goals. Too narrow a reading of sexual activity will deem a complainant to have consented in law when they did not subjectively agree to sex without a condom in fact. For some people — like the complainant in this case — the difference between using a condom or not means the difference between subjectively agreeing to the activity or refusing it. To ignore express physical boundaries when defining consent under s. 273.1 effectively repeals the need for subjective and affirmative consent. Deeming the complainant's consent to intercourse without a condom, after she has specifically rejected this form of touching, comes close to reinstating the rejected doctrine of implied consent (see *Ewanchuk*, at para. 31; *J.A.*, at para. 47; *G.F.*, at para. 32; *Barton*, at paras. 98 and 105). Recognizing that when the complainant agreed to sexual intercourse with a condom, she was not agreeing to the different physical act of direct skin to skin contact without a condom is precisely what Major J. protected in *Ewanchuk*, when he stated that, “[h]aving control over who touches one's body, and how, lies at the core of human dignity and autonomy” (para. 28; see also *G.F.*, at para. 1).

- (b) *It Is the Only Approach Consistent With Parliament's Purpose of Promoting Sexual Autonomy and Equal Sexual Agency*

[56] Recognizing that condom use may be part of the sexual activity in question best respects Parliament's equality-seeking and dignity-promoting purposes and

à des contacts sexuels, l'accusé doit s'assurer qu'elle a réellement changé d'avis avant d'engager d'autres gestes intimes. L'accusé ne peut se fier au simple écoulement du temps ou encore au silence ou au comportement équivoque de la plaignante pour déduire que cette dernière a changé d'avis et qu'elle consent . . .

[55] Exclure l'utilisation exigée du condom du cœur de la définition du consentement pour l'application de l'art. 273.1 minerait ces principes et compromettrait les objectifs du Parlement. Suivant une interprétation trop restrictive de l'expression « activité sexuelle », la personne plaignante serait, en droit, présumée avoir consenti même si, en fait, elle n'a pas subjectivement donné son accord à des rapports sexuels sans condom. Pour certaines personnes — comme la plaignante en l'espèce — la différence entre utiliser ou non un condom signifie la différence entre subjectivement donner son accord à l'activité ou la refuser. Faire abstraction de limites physiques expresses dans la définition du consentement pour l'application de l'art. 273.1 aurait pour effet de supprimer le besoin d'un consentement subjectif et affirmatif. Présumer que la personne plaignante a consenti à des rapports sexuels sans condom, après qu'elle a expressément rejeté cette forme de contact, reviendrait presque à rétablir la théorie rejetée du consentement implicite (voir *Ewanchuk*, par. 31; *J.A.*, par. 47; *G.F.*, par. 32; *Barton*, par. 98 et 105). Reconnaître que lorsqu'une personne plaignante a donné son accord à un rapport sexuel avec un condom elle ne donnait pas son accord à l'acte physique différent d'avoir un contact direct peau contre peau sans condom est précisément ce que le juge Major a protégé dans l'arrêt *Ewanchuk*, lorsqu'il a affirmé que « [l]e pouvoir de l'individu de décider qui peut toucher son corps et de quelle façon est un aspect fondamental de la dignité et de l'autonomie de l'être humain » (par. 28; voir aussi *G.F.*, par. 1).

- (b) *Il s'agit de la seule approche conforme à l'objectif du Parlement de promouvoir l'autonomie sexuelle et la capacité d'agir, en toute égalité, sur le plan sexuel*

[56] Reconnaître que l'utilisation du condom puisse faire partie de l'activité sexuelle respecte le mieux les objectifs du Parlement de rechercher l'égalité et

its desire to reflect the realities, rights and concerns of complainants. This approach is most respectful of Parliament's aims as evidenced by the legislative history, the preamble to the 1992 amendments in which consent was first defined, the social context in which s. 273.1 was introduced, and the present problems associated with condom refusal and removal (*1704604 Ontario Ltd. v. Pointes Protection Association*, 2020 SCC 22, [2020] 2 S.C.R. 587, at paras. 6 and 14-15; *Moore v. British Columbia (Education)*, 2012 SCC 61, [2012] 3 S.C.R. 360, at paras. 5 and 37; *Alberta (Aboriginal Affairs and Northern Development) v. Cunningham*, 2011 SCC 37, [2011] 2 S.C.R. 670, at paras. 18, 63 and 69; *R. v. D.A.I.*, 2012 SCC 5, [2012] 1 S.C.R. 149, at paras. 30 and 38; *R. v. Chartrand*, [1994] 2 S.C.R. 864; *R. v. Gladue*, [1999] 1 S.C.R. 688, at paras. 49-51).

[57] Regrettably, the refusal or removal of a condom when one has been requested and required is not uncommon. In recent years, “non-consensual condom refusal or removal” has become the subject of social science research and increased societal recognition (R.F., at para. 79; I.F., Barbra Schlifer Commemorative Clinic (“Barbra Schlifer Factum”), at paras. 4 and 7-10, citing A. Brodsky, “‘Rape-Adjacent’: Imagining Legal Responses to Nonconsensual Condom Removal” (2017), 32 *Colum. J. Gender & L.* 183; A. Boadle, C. Gierer and S. Buzwell, “Young Women Subjected to Nonconsensual Condom Removal: Prevalence, Risk Factors, and Sexual Self-Perceptions” (2021), 27 *Violence Against Women* 1696; R. L. Latimer et al., *Non-consensual condom removal, reported by patients at a sexual health clinic in Melbourne, Australia*, in PLoS ONE, 13(12), December 26, 2018 (online); Czechowski et al.; M. Ahmad et al., “‘You Do It Without Their Knowledge.’ Assessing Knowledge and Perception of *Stealth* among College Students” (2020), 17:10 *Int. J. Environ. Res. Public Health* 3527 (online), at p. 6).

[58] Non-consensual condom refusal or removal involves a range of conduct employed to avoid using a condom with a partner who wants to use one. This includes the refusal to use a condom in the first place,

de promouvoir la dignité ainsi que son désir de refléter les réalités, les droits et les préoccupations des personnes plaignantes. Cette approche est celle qui respecte le plus les objectifs du Parlement, comme en témoigne l'historique législatif, le préambule aux modifications de 1992 qui ont défini le consentement pour la première fois, le contexte social de l'adoption de l'art. 273.1 ainsi que les problèmes actuels liés au refus et au retrait du condom (*1704604 Ontario Ltd. c. Pointes Protection Association*, 2020 CSC 22, [2020] 2 R.C.S. 587, par. 6 et 14-15; *Moore c. Colombie-Britannique (Éducation)*, 2012 CSC 61, [2012] 3 R.C.S. 360, par. 5 et 37; *Alberta (Affaires autochtones et Développement du Nord) c. Cunningham*, 2011 CSC 37, [2011] 2 R.C.S. 670, par. 18, 63 et 69; *R. c. D.A.I.*, 2012 CSC 5, [2012] 1 R.C.S. 149, par. 30 et 38; *R. c. Chartrand*, [1994] 2 R.C.S. 864; *R. c. Gladue*, [1999] 1 R.C.S. 688, par. 49-51).

[57] Malheureusement, le refus ou le retrait du condom, même si son utilisation a été demandée et exigée, n'est pas chose rare. Au cours des dernières années, le phénomène est devenu l'objet de recherches en sciences sociales et de reconnaissance accrue au sein de la société (m.i., par. 79; m. interv. Barbra Schlifer Commemorative Clinic (« mémoire de la clinique Barbra Schlifer »), par. 4 et 7-10, citant A. Brodsky, « “Rape-Adjacent” : Imagining Legal Responses to Nonconsensual Condom Removal » (2017), 32 *Colum. J. Gender & L.* 183; A. Boadle, C. Gierer et S. Buzwell, « Young Women Subjected to Nonconsensual Condom Removal : Prevalence, Risk Factors, and Sexual Self-Perceptions » (2021), 27 *Violence Against Women* 1696; R. L. Latimer et autres, *Non-consensual condom removal, reported by patients at a sexual health clinic in Melbourne, Australia*, dans PLoS ONE, 13(12), 26 décembre 2018 (en ligne); Czechowski et autres; M. Ahmad et autres, « “You Do It without Their Knowledge.” Assessing Knowledge and Perception of *Stealth* among College Students » (2020), 17:10 *Int. J. Environ. Res. Public Health* 3527 (en ligne), p. 6).

[58] Le refus ou le retrait non consensuel du condom englobe un éventail de conduites auxquelles certains ont recours pour éviter de se servir d'un condom avec une personne qui en souhaite l'utilisation.

whether the accused informs the complainant of their refusal or not. It also covers cases of “stealthling”, where the accused pretends to have put on a condom or secretly removes it. There are many forms of “condom use resistance” and they may involve using physical force, manipulation, threats and deception to obtain unprotected sex (R.F., at para. 79; see also paras. 80-85; Barbra Schlifer Factum, at paras. 6-11; I.F., West Coast Legal Education and Action Fund Association, at para. 7).

[59] Recent empirical studies indicate the rates of non-consensual condom refusal or removal may be very high (Latimer et al., at p. 11; Czechowski et al., at pp. 16 and 20-21). The Intervener Barbra Schlifer Commemorative Clinic notes that Canadian universities have begun to consider non-consensual condom refusal or removal in their sexual violence prevention policies (I.F., at para. 10, citing University of Ottawa, *Policy 67b Prevention of Sexual Violence*, December 9, 2019; St. Francis Xavier University, *Sexual Violence Response Policy*, February 1, 2020, at p. 4; Dalhousie University, *Sexualized Violence Policy*, June 25, 2019, at p. 5).

[60] Non-consensual condom refusal or removal is experienced as and recognized as a form of sexual violence which generates various forms of harm. There are clear physical risks, but the psychological consequences are also very real. Women who have experienced non-consensual condom refusal or removal have been found to develop negative self-perception about their sexual agency and sometimes themselves (Boadle, Gierer and Buzwell, at p. 1708). Victims of non-consensual condom refusal or removal describe it as a “disempowering, demeaning violation of a sexual agreement”, a violation of consent, a betrayal of trust, a denial of autonomy, and an act of sexual violence (Brodsky, at pp. 184 and 186; Czechowski et al., at pp. 11-13; S. Lévesque and C. Rousseau, “Young Women’s Acknowledgment of Reproductive Coercion: A Qualitative Analysis” (2021), 36 *J. of Interpers. Violence* NP8200 (online), at p.

Cela comprend le refus d’entrée de jeu de porter un condom, que la personne accusée informe ou non la personne plaignante de son refus. Cela comprend aussi les cas de « furtivage », où la personne accusée fait semblant d’avoir mis un condom ou le retire à l’insu du partenaire ou de la partenaire. Il existe plusieurs formes de [TRADUCTION] « résistance à l’utilisation du condom » et elles peuvent comprendre le recours à la force physique, à la manipulation, aux menaces et à la tromperie pour avoir des rapports sexuels non protégés (m.i., par. 79; voir aussi par. 80-85; mémoire de la clinique Barbra Schlifer, par. 6-11; m. interv., West Coast Legal Education and Action Fund Association, par. 7).

[59] Des études empiriques récentes indiquent que les taux de refus ou de retrait non consentuels du condom pourraient être très élevés (Latimer et autres, p. 11; Czechowski et autres, p. 16 et 20-21). L’intervenante Barbra Schlifer Commemorative Clinic note que des universités canadiennes ont commencé à tenir compte du phénomène dans leurs politiques de prévention en matière de violence sexuelle (m. interv., par. 10, citant Université d’Ottawa, *Politique 67b Prévention de la violence sexuelle*, 9 décembre 2019; St. Francis Xavier University, *Sexual Violence Response Policy*, 1^{er} février 2020, p. 4; Dalhousie University, *Sexualized Violence Policy*, 25 juin 2019, p. 5).

[60] Le refus ou le retrait non consentuel du condom est vécu et reconnu comme une forme de violence sexuelle qui engendre diverses formes de préjudice. Il y a des risques physiques manifestes, mais les conséquences psychologiques sont tout aussi réelles. On a constaté que les femmes qui avaient vécu le refus ou le retrait non consentuel du condom avaient développé une perception négative de leur capacité d’agir sur le plan sexuel et, parfois, une perception négative d’elles-mêmes (Boadle, Gierer et Buzwell, p. 1708). Les victimes de refus ou de retrait non consentuel du condom le décrivent comme [TRADUCTION] « une violation paralysante et dégradante d’un accord en matière sexuelle », une violation du consentement, un bris de la relation de confiance, un déni de l’autonomie et un acte de violence sexuelle (Brodsky, p. 184 et 186; Czechowski et autres, p. 11-13; S. Lévesque et C. Rousseau, « Young Women’s Acknowledgment

NP8210). The complainant’s testimony — which we must take to be true at this preliminary stage — is clearly consistent with that research. She described the appellant’s conduct as “like, freaking rape, like, because — like, I said I only have sex with condoms” (A.R., vol. II, at p. 63).

[61] As with other forms of sexual coercion, the risk of experiencing non-consensual condom refusal or removal is not distributed equally throughout the population. The power dynamic it rests on is exacerbated among vulnerable women, including women living in poverty, racialized women, migrant women, and among people with diverse gender identities and sex workers (Barbra Schlifer Factum, at para. 9, citing K. T. Grace and J. C. Anderson, “Reproductive Coercion: A Systematic Review” (2018), 19 *Trauma, Violence, & Abuse* 371, at pp. 383-85). Younger women, who may agree to sexual activity only if protection is used in dating contexts or casual sexual relationships with partners they do not know well (as the facts of this case demonstrate), are also targets of non-consensual condom refusal or removal (Boadle, Gierer and Buzwell, at pp. 1706-7; see, e.g., *R. v. Lupi*, 2019 ONSC 3713; *R. v. Rivera*, 2019 ONSC 3918; *R. v. Kraft*, 2021 ONSC 1970). The phenomenon is also particularly associated with intimate partner violence (Barbra Schlifer Factum, at para. 9, citing Grace and Anderson, at p. 385).

[62] Sexual assault remains a highly gendered crime (*Goldfinch*, at paras. 37-38; *Barton*, at para. 1). Sexual violence disproportionately impacts women and gender diverse people, including trans and cisgender women and girls and other trans, non-binary, and Two Spirit people. This is even more true for racialized members of those communities (I.F., Women’s Legal Education and Action Fund Inc., at para. 18). I agree with the Attorney General of Alberta that a narrow interpretation of the sexual activity in question will have a disproportionate impact on

of Reproductive Coercion : A Qualitative Analysis » (2021), 36 *J. of Interpers. Violence* NP8200 (en ligne), p. NP8210). Le témoignage de la plaignante — que nous devons tenir pour avéré à cette étape préliminaire — va manifestement dans le même sens que cette recherche. Elle décrit la conduite de l’appelant [TRADUCTION] « comme, un foutu viol, comme, parce que — comme, j’avais dit que je n’avais des relations sexuelles qu’avec des condoms » (d.a., vol. II, p. 63).

[61] À l’instar d’autres formes de coercition sexuelle, le risque de vivre le refus ou le retrait non consensuel du condom n’est pas distribué de manière égale dans la population. La dynamique du pouvoir sur laquelle il repose est exacerbée chez les femmes vulnérables — notamment les femmes qui vivent dans la pauvreté, les femmes racialisées et les femmes migrantes — ainsi que chez les personnes de diverses identités de genre et les travailleuses et travailleurs du sexe (mémoire de la clinique Barbra Schlifer, par. 9, citant K. T. Grace et J. C. Anderson, « Reproductive Coercion : A Systematic Review » (2018), 19 *Trauma, Violence, & Abuse* 371, p. 383-385). Les femmes plus jeunes, qui peuvent donner leur accord à une activité sexuelle à la condition que des mesures de protection soient utilisées dans les contextes de rencontres occasionnelles ou de relations sexuelles sans attache avec des partenaires qu’elles ne connaissent pas bien (comme le démontrent les faits de l’espèce), sont aussi des cibles du refus ou du retrait non consensuel du condom (Boadle, Gierer et Buzwell, p. 1706-1707; voir, p. ex., *R. c. Lupi*, 2019 ONSC 3713; *R. c. Rivera*, 2019 ONSC 3918; *R. c. Kraft*, 2021 ONSC 1970). Le phénomène est en outre particulièrement lié à la violence conjugale (mémoire de la clinique Barbra Schlifer, par. 9, citant Grace et Anderson, p. 385).

[62] L’agression sexuelle demeure un crime étroitement lié au genre (*Goldfinch*, par. 37-38; *Barton*, par. 1). La violence sexuelle touche de façon disproportionnée les femmes et les personnes de genres divers, y compris les femmes et les filles trans et cisgenres et d’autres personnes trans, non binaires et bispirituelles. Cela est d’autant plus vrai en ce qui concerne les membres racialisés de ces communautés (m. interv., Fonds d’action et d’éducation juridique pour les femmes, par. 18). Je suis d’accord avec le procureur général de l’Alberta pour dire qu’une

vulnerable groups, contribute to sexual inequality and deny Canadians equality under the law (I.F., at para. 23). Where a complainant's wishes are ignored by their partner, with or without deception, failing to recognize condom use as part of the sexual activity in question for the purposes of their consent would deny recognition of their sexual agency, equality and right to control over their reproductive and physical health and well-being (Barbra Schlifer Factum, at para. 17, citing E. C. Neilson et al., "Psychological Effects of Abuse, Partner Pressure, and Alcohol: The Roles of in-the-Moment Condom Negotiation Efficacy and Condom-Decision Abdication on Women's Intentions to Engage in Condomless Sex" (2019), 36 *J. of Interpers. Violence* NP9416).

[63] Condom refusal or removal disproportionately affects women, but it can be experienced by any person and the sexual assault laws are designed to provide equal protection to all. The offence of sexual assault protects the inviolability of each and every individual, and is inextricable from notions of power and control. In addition to sex inequality, there can also be inequality in sex. Requiring a condom is an act of agency, but negotiating its use often takes place in circumstances of inequality. Who has the authority to insist and ultimately decide how their bodies will be touched is at the heart of human dignity and equal sexual agency. Disregarding a complainant's insistence on a condom is both proof and practice of an unequal relationship. It allows one partner to appropriate to themselves the ability to overrule the other partner's conditions of consent. It is a clear exercise of dominance which shows a disregard for the other person's ability to dictate the boundaries of their participation. Overruling the complainant's insistence on the use of a condom is unlawful; an accused is not permitted to privilege his desire over her express limits and use her as a means to his sexual ends.

interprétation restrictive de l'expression « activité sexuelle » toucherait de façon disproportionnée des groupes vulnérables, contribuerait à l'inégalité sexuelle et priverait les personnes canadiennes de l'égalité devant la loi (m. interv., par. 23). Lorsque le partenaire fait fi de ce qu'a souhaité une personne plaignante, avec ou sans tromperie, ne pas reconnaître l'utilisation du condom comme faisant partie de l'activité sexuelle pour les fins de son consentement aurait pour effet de ne pas reconnaître sa capacité d'agir sur le plan sexuel, son égalité et son droit de contrôler sa santé ainsi que son bien-être reproductifs et physiques (mémoire de la clinique Barbra Schlifer, par. 17, citant E. C. Neilson et autres, « Psychological Effects of Abuse, Partner Pressure, and Alcohol : The Roles of in-the-Moment Condom Negotiation Efficacy and Condom-Decision Abdication on Women's Intentions to Engage in Condomless Sex » (2019), 36 *J. of Interpers. Violence* NP9416).

[63] Le refus ou le retrait du condom touche de façon disproportionnée les femmes, mais il peut être vécu par toute personne et les lois en matière d'agression sexuelle sont conçues pour assurer une protection égale à toutes les personnes. L'infraction d'agression sexuelle protège l'invocabilité de chaque individu et elle est indissociable des notions de pouvoir et de contrôle. En plus de l'inégalité des sexes, il peut également y avoir inégalité dans les relations sexuelles. Exiger le port du condom témoigne de la capacité d'agir, mais négocier son utilisation se produit souvent dans des situations d'inégalité. L'identité de la personne qui a le pouvoir d'insister et de décider en fin de compte comment son corps sera touché est au cœur de la dignité humaine et de la capacité d'agir, en toute égalité, sur le plan sexuel. Faire fi de l'insistance d'une personne plaignante qu'un condom soit utilisé est à la fois la preuve et la pratique d'une relation d'inégalité. Cela permet à une personne de s'arroger la capacité de passer outre aux conditions du consentement de l'autre partenaire. Il s'agit d'un exercice manifeste de domination qui témoigne d'un mépris de la capacité de l'autre personne de dicter les limites de sa participation. Passer outre à l'insistance de la personne plaignante qu'un condom soit utilisé est illicite; une personne accusée ne peut pas faire primer son désir sur les limites expresses formulées par la personne plaignante et se servir d'elle comme moyen d'atteindre ses fins sexuelles.

[64] The recognition that condom use when required is part of the sexual activity in question provides the requisite protection for everyone against illegal conduct which produces complex harms. Having control over how one’s body is touched must include the right to choose whether one’s body is penetrated by a bare penis or a condom-covered penis and to limit one’s consent accordingly. It is no different than having the right to choose whether one’s body is touched over or under clothing, penetrated by a digit or a sex toy, or where and how penetration may occur. Preventing a complainant from limiting consent to circumstances where a condom is used erodes the right to refuse or limit consent to specific sexual acts, leaving “the law of Canada seriously out of touch with reality, and dysfunctional in terms of its protection of sexual autonomy” (C.A. reasons, at para. 3).

(c) *The Fraud Framework Advanced by the Appellant*

[65] Placing required condom use outside consent to the sexual activity in question in s. 273.1 threatens the foundational principles of consent and undermines Parliament’s goals. Yet, that is precisely what the appellant seeks when he proposes that the legal implications of his refusal to wear a condom are only to be analyzed under the fraud framework of s. 265(3)(c). While s. 265(3)(c) has a role to play in other cases, it is not well equipped to address cases of sexual assault based on an allegation of no consent to a different physical act — especially when the complainant has expressly rejected the specific sexual act in question. A comparison of the appellant’s alternative proposed pathway to liability shows how the general fraud provision in s. 265(3)(c) misses the mark when a sexual assault complainant says they did not consent to sexual intercourse without a condom.

[66] The appellant’s narrow reading of “sexual activity in question” will deem the complainant to have consented in law when she did not in fact subjectively

[64] La reconnaissance que l’utilisation du condom, lorsqu’elle est exigée, fait partie de l’activité sexuelle fournit la protection nécessaire à toutes les personnes contre une conduite illégale qui engendre des préjudices complexes. Avoir le contrôle sur la manière dont son corps est touché doit comprendre le droit de choisir si son corps est pénétré par un pénis nu ou par un pénis enveloppé dans un condom et de limiter son consentement en conséquence. Cela ne diffère en rien du droit de choisir si son corps est touché par-dessus ou sous les vêtements ou pénétré par un doigt ou par un accessoire sexuel ou de choisir où et comment la pénétration peut avoir lieu. Empêcher une personne de limiter son consentement à des circonstances où un condom est utilisé éroderait le droit de refuser ou de limiter le consentement à des actes sexuels spécifiques, ce qui laisserait [TRADUCTION] « le droit canadien gravement coupé de la réalité, et dysfonctionnel en ce qui concerne la protection qu’il accorde à l’autonomie sexuelle » (motifs de la C.A., par. 3).

c) *Le cadre d’analyse relatif à la fraude préconisé par l’appellant*

[65] Exclure l’utilisation exigée du condom de la portée du consentement à l’activité sexuelle au sens de l’art. 273.1 menacerait les principes fondamentaux du consentement et compromettrait les objectifs du Parlement. Pourtant, c’est précisément ce que l’appellant cherche à faire lorsqu’il prétend que les répercussions légales de son refus de porter un condom ne devraient être analysées qu’au regard de la fraude visée à l’al. 265(3)c). Bien que cette disposition ait un rôle à jouer dans d’autres cas, elle ne convient pas pour traiter des cas d’agression sexuelle fondés sur une allégation d’absence de consentement à un acte physique différent — surtout lorsque la personne plaignante a expressément rejeté l’acte sexuel spécifique en cause. Une comparaison avec l’autre avenue menant à la responsabilité que propose l’appellant illustre comment la disposition relative à la fraude prévue à l’al. 265(3)c) rate la cible lorsque la personne qui se plaint d’une agression sexuelle affirme ne pas avoir consenti à un rapport sexuel sans condom.

[66] Suivant l’interprétation restrictive de l’expression « activité sexuelle » que propose l’appellant, la personne plaignante serait, en droit, présumée avoir

agree to sex without a condom. She will be taken to have said yes to intercourse without a condom when she really said no. By contrast, including condom use as part of the sexual activity in question properly places the focus at the first stage of the *actus reus* analysis: was there actual consent under s. 273.1?

[67] In this case the complainant's evidence is clear — she repeatedly confirmed she did not consent to having sex without a condom at any time:

Q. So, in relation to the March 16, 2017 incident, did you consent to having sexual intercourse with Ross without a condom?

A. No.

Q. Did you want to have sexual intercourse without a condom?

A. No.

Q. So, between the first time you had sexual intercourse and the second time, at any point during that time did Ross ask you whether he could have sexual intercourse without a condom?

A. No.

Q. At any time did you tell him that he could have sexual intercourse with you without a condom?

A. No.

(A.R., vol. II, at p. 26)

[68] Under s. 273.1, this evidence, if believed, is sufficient to establish a lack of consent on her part to the sexual activity in question. Instead of asking whether she subjectively wanted the touching to take place, fraud shifts the focus to how the accused behaved and asks whether he attempted to,

consenti à des rapports sexuels sans condom même si, en fait, elle n'y a pas subjectivement donné son accord. Elle serait présumée avoir dit oui à des rapports sexuels sans condom, même si, en réalité, elle a dit non. En revanche, considérer que l'utilisation du condom fait partie intégrante de l'activité sexuelle met à bon droit l'accent sur la question posée à la première étape de l'analyse de l'*actus reus* : y a-t-il eu consentement véritable au sens de l'art. 273.1?

[67] En l'espèce, le témoignage de la plaignante est clair — elle a confirmé à maintes reprises qu'elle n'avait pas consenti à des relations sexuelles sans condom à quelque moment que ce soit :

[TRADUCTION]

Q. Alors, en lien avec l'incident du 16 mars 2017, avez-vous consenti à avoir un rapport sexuel avec Ross sans condom?

R. Non.

Q. Voulez-vous avoir un rapport sexuel sans condom?

R. Non.

Q. Alors, entre la première fois où vous avez eu un rapport sexuel et la deuxième fois, Ross vous a-t-il demandé à quelque moment que ce soit s'il pouvait avoir un rapport sexuel sans condom?

R. Non.

Q. Vous, lui avez-vous dit, à quelque moment que ce soit, qu'il pouvait avoir un rapport sexuel avec vous sans condom?

R. Non.

(d.a., vol. II, p. 26)

[68] Suivant l'art. 273.1, ce témoignage, advenant qu'il soit cru, suffit pour établir l'absence de consentement de la plaignante à l'activité sexuelle. Plutôt que de poser la question de savoir si cette dernière voulait subjectivement que les attouchements aient lieu, la fraude fait porter l'analyse sur la manière

or succeeded in, deceiving the complainant about his lack of condom use. Indeed, according to the appellant, the complainant in this case is deemed to have consented under s. 273.1 to sexual intercourse without a condom despite the clear evidence she did not consent and the equally clear legal principle that what is required is her subjective agreement to that sexual act. The appellant further argues there can be no deception because *he* did not agree to wear a condom during the second act of intercourse.

[69] The requirement to prove deception and a deprivation misdirects the inquiry and creates gaps which leave many outside the law's protection in relation to sexual assault. This may not be surprising, as the general requirements for fraud do not always respect or track the rationales of sexual autonomy, human dignity and equal sexual agency at the core of the sexual assault offences. In addition to this disconnect, there are many reasons why the approach advocated for by the appellant should not be adopted where the complainant has not agreed to sex without a condom.

[70] First, requiring proof of a deprivation fails to account for how, under our law of consent, all persons are able to decide to consent or not based on whatever grounds are personally meaningful to them. Under s. 273.1, the law has no interest in why a person gave or withheld consent as their thoughts, motivations and desires are private. What matters is whether there was or was not subjective consent in fact. This respect for individual choice, and the personal motivations underlying it, lies at the core of sexual agency. Requiring a complainant who has insisted on condom use to prove a deprivation before consent is vitiated is inconsistent with the foundational principle that people are entitled to refuse consent regardless of their motivation. The complainant may insist on a condom for "whatever reason" is meaningful to them — whether or not it is based on the risk of pregnancy or STIs or has any relationship with the law's view of a significant risk of serious bodily harm (*G.F.*, at paras. 29 and 33). In the court below, Groberman J.A. was correct to

dont l'accusé s'est comporté et pose la question de savoir s'il a tenté de tromper la plaignante quant à sa non-utilisation d'un condom, ou s'il a réussi à la tromper à cet égard. De fait, selon l'appellant, la plaignante en l'espèce est réputée avoir consenti, au sens de l'art. 273.1, à un rapport sexuel sans condom, malgré son témoignage clair qu'elle n'y avait pas consenti et le principe juridique tout aussi clair selon lequel il fallait qu'elle donne son accord subjectif à cet acte sexuel. L'appellant prétend de plus qu'il ne saurait y avoir tromperie, parce qu'*il* n'avait pas accepté de porter un condom pendant le deuxième rapport sexuel.

[69] La nécessité de prouver la tromperie et une privation oriente mal l'enquête et crée des lacunes qui privent de nombreuses personnes de la protection de la loi en lien avec l'agression sexuelle. Ceci n'est peut-être guère surprenant, puisque les exigences en matière de fraude ne respectent ni ne suivent toujours les principes d'autonomie sexuelle, de dignité humaine et de capacité d'agir, en toute égalité, sur le plan sexuel qui sont au cœur des infractions d'agression sexuelle. Outre cette discordance, plusieurs raisons justifient de ne pas adopter l'approche que préconise l'appellant lorsque la personne plaignante n'a pas donné son accord à une relation sexuelle sans condom.

[70] Premièrement, exiger une preuve de privation ne prend pas en compte comment, en application de notre droit en matière de consentement, toute personne est capable de décider de consentir ou non en fonction de motifs qui sont significatifs pour elle. Suivant l'art. 273.1, le droit ne se soucie pas des raisons pour lesquelles une personne a donné ou refusé son consentement, puisque ses pensées, ses motivations et ses désirs ne regardent qu'elle. Ce qui importe, c'est l'existence ou non du consentement subjectif dans les faits. Ce respect du choix individuel, et des motivations personnelles qui le sous-tendent, est au cœur de la capacité d'agir sur le plan sexuel. Exiger qu'une personne plaignante qui a insisté sur l'utilisation d'un condom fasse la preuve d'une privation avant que le consentement soit vicié serait incompatible avec le principe fondamental selon lequel une personne a le droit de refuser son consentement sans égard à ce qui la motive. Une personne peut insister pour qu'un condom soit utilisé, et ce, pour « quelque raison que

point out, at para. 28, that “[s]uch a limitation on the definition of ‘the sexual activity in question’ would be perverse, as it would, without any rationale, prevent a person from limiting their consent in a manner that is intimately related to their personal autonomy and the public interest”.

[71] Second, the harms of non-consensual condom refusal or removal go beyond a significant risk of serious bodily harm and are so much wider than the risk of pregnancy and STIs. Constructing the harm as equivalent only to its “physical” or “bodily” consequences “inhibits legal recognition of how [it] is experienced as harmful and degrading because it transgresses the limits of consent to the sexual activity in question” (L. Gotell and I. Grant, “Non-Consensual Condom Removal in Canadian Law Before and After *R. v. Hutchinson*” (2021), 44 *Dal. L.J.* 439, at p. 442). It reinforces the myth that “real rape” is defined by physical violence, beyond the violence of non-consensual touching (Gotell and Grant, at p. 456). As L’Heureux-Dubé J. emphasized in *Cuerrier*, the essence of the offence is the violation of the complainant’s physical dignity in a manner contrary to their autonomous will and that violation is what justifies criminal sanction, regardless of the risk or degree of serious bodily harm involved (paras. 18-19).

[72] Third, the harm requirement for fraud also means that certain people and certain types of sex would not come within the law’s protection. The recognition of one’s security of the person and equality should not depend upon whether a particular complainant is capable of becoming pregnant or whether the sex act involved carries either the risk of pregnancy or the transmission of STIs.

ce soit » qu’elle juge importante — qu’elle soit fondée ou non sur le risque de grossesse ou d’ITS, ou qu’elle ait ou non un rapport avec le point de vue du droit à l’égard d’un risque important de lésions corporelles graves (*G.F.*, par. 29 et 33). En Cour d’appel, le juge Groberman a eu raison de souligner, au par. 28 de ses motifs, que [TRADUCTION] « [I]miter ainsi la définition de l’expression “activité sexuelle” serait absurde, puisque cela, sans la moindre justification, empêcherait une personne de limiter son consentement d’une manière qui est intimement liée à son autonomie personnelle et à l’intérêt public ».

[71] Deuxièmement, les préjudices engendrés par le refus ou le retrait non consensuel du condom ne se limitent pas au risque important de lésions corporelles graves et englobent bien plus que le risque de grossesse ou d’ITS. Interpréter le préjudice comme se limitant aux conséquences [TRADUCTION] « physiques » ou « corporelles » aurait pour effet d’« inhiber la reconnaissance juridique de la manière dont le préjudice est vécu comme dommageable et dégradant du fait qu’il transgresse les limites du consentement à l’activité sexuelle » (L. Gotell et I. Grant, « Non-Consensual Condom Removal in Canadian Law Before and After *R. v. Hutchinson* » (2021), 44 *Dal. L.J.* 439, p. 442). En outre, cela renforcerait le mythe selon lequel un [TRADUCTION] « viol véritable » est défini par la violence physique qui dépasse la violence du contact non consensuel (Gotell et Grant, p. 456). Comme l’a souligné la juge L’Heureux-Dubé dans l’arrêt *Cuerrier*, l’essence de l’infraction est la violation de la dignité physique de la plaignante d’une façon contraire à son libre arbitre et cette violation est ce qui justifie une sanction pénale, indépendamment du risque ou de la gravité des lésions corporelles en cause (par. 18-19).

[72] Troisièmement, l’exigence relative aux préjudices pour établir la fraude signifie en outre que certaines personnes et certains types de relations sexuelles ne bénéficieraient pas de la protection de la loi. La reconnaissance de la sécurité de la personne et de son égalité ne saurait dépendre de sa capacité à tomber enceinte ou de la possibilité que l’acte sexuel en cause emporte le risque de grossesse ou de transmission d’une ITS.

[73] Fourth, proving a significant risk of serious bodily harm will likely entail a patronizing assessment of whether the harm the complainant experienced was significant enough to vitiate a consent that, in their mind, was never given. Establishing deprivation may be highly invasive for complainants. In addition to explaining the circumstances of their violation, they must establish that they suffered a significant risk of serious bodily harm beyond the indignity of being assaulted. The deprivation requirement focuses on intensely personal, sensitive or stigmatizing information about a complainant's unwanted pregnancy, abortion, fertility, menopausal status, contraception practices, STIs, assigned sex at birth (where it affects fertility), and possibly mental health. Each of these categories of information may speak to either or both of the complainant's pre-existing vulnerability to pregnancy and/or STIs and the ultimate question of whether the accused's conduct actually caused the complainant harm (or risk thereof). These factors are not relevant to consent under s. 273.1 and yet play a prominent, even a determinative role under s. 265(3).

[74] Sexual assault law, based on s. 273.1, protects the complainant's choice, regardless of her reasons for requiring a condom. There is no need to overcome the strictures of fraud by giving a wide definition to deception, by covering undisclosed condom refusal under the dishonesty requirement, or by finding that damage to dignitary interests qualifies as a significant risk of serious bodily harm. Parliament enacted its robust definition of consent under s. 273.1 in part because the general vitiating provision in s. 265(3) for all assaults was insufficient in the specific context of sexual assault. The direct route of asking whether there was subjective consent to the physically different act under s. 273.1 is better on every measure: it is what Parliament intended, it is logically prior, more respectful of complainants, substantively superior, and goes to the core of the statutory definition designed

[73] Quatrièmement, faire la preuve d'un risque important de lésions corporelles graves supposerait vraisemblablement une appréciation condescendante de la question de savoir si les préjudices que la personne plaignante a subis étaient assez importants pour vicier un consentement qui, dans son esprit, n'a jamais été donné. Établir la privation serait susceptible d'être très intrusif pour les personnes plaignantes. En plus d'expliquer les circonstances de leur violation, elles seraient tenues d'établir qu'elles ont subi un risque important de lésions corporelles graves au-delà de l'indignité d'avoir été agressées. L'exigence relative à la privation mettrait l'accent sur des renseignements extrêmement personnels, sensibles ou stigmatisants à propos de la personne plaignante, dont de l'information relative à la grossesse non désirée, à l'avortement, à la fertilité, à l'état ménopausique, aux pratiques de contraception, aux ITS, au sexe attribué à la naissance (lorsqu'il a une incidence sur la fertilité) et, peut-être, à la santé mentale de la personne plaignante. Chacune de ces catégories de renseignements peut concerner la vulnérabilité préexistante de la personne plaignante à la grossesse, à une ITS ou aux deux, et la question fondamentale de savoir si la conduite de la personne accusée a véritablement causé le préjudice subi par la personne plaignante (ou le risque de telles lésions). Ces facteurs ne sont pas pertinents quant au consentement pour l'application de l'art. 273.1, et pourtant, ils jouent un rôle important, voire déterminant, pour l'application du par. 265(3).

[74] Le droit en matière d'agression sexuelle fondé sur l'art. 273.1 protège le choix de la personne plaignante, sans égard à ses raisons, d'exiger le port d'un condom. Il n'est pas nécessaire de contourner les contraintes de l'application du concept de fraude en définissant largement la tromperie, en traitant le refus non divulgué d'utiliser un condom au chapitre de l'exigence de malhonnêteté, ou en concluant que l'atteinte aux droits relatifs à la dignité peut être assimilée à un risque important de lésions corporelles graves. Le Parlement a adopté sa définition rigoureuse du consentement prévue à l'art. 273.1 en partie parce que la disposition générale relative à la viciation prévue au par. 265(3) pour toutes les voies de fait était insuffisante dans le contexte précis de l'agression sexuelle. L'avenue directe qui consiste à examiner s'il y a eu consentement subjectif à l'acte

to address sexual violence and its consequences. It is Parliament’s preferred provision for responding to consent violations because it is more specific than the fraud provision and newer (R. Sullivan, *Statutory Interpretation* (3rd ed. 2016), at pp. 327-28).

[75] The “sexual activity in question”, properly interpreted, is sufficiently broad to capture physical aspects that were crucial to the complainant’s agreement to the specific touching in the first place. The determination of whether no consent has been given to the distinct physical act of unprotected skin-to-skin sex should not depend on the manner in which a person’s consent has been violated. In cases of condom refusal or removal, the fraud analysis draws attention away from the foundational principles of consent, focuses attention elsewhere, and creates gaps in coverage antithetical to Parliament’s intention to address the rights, realities and harms of sexual violence. All the basic principles of statutory interpretation and consent law support the common-sense proposition that sexual intercourse with a condom is a different sexual activity from sexual intercourse without a condom.

(4) The *Hutchinson* Decision Is Not Determinative

[76] The appellant nevertheless argues that this Court is bound to employ the fraud pathway based on his reading of *Hutchinson*. He specifically relies on paras. 41, 55 and 64 to argue that condoms should always be excluded from the sexual activity in question because they are a contraceptive (A.F., at paras. 21-23 and 26). He submits that the majority in *Hutchinson* expressly rejected the “distinction between a faulty condom and the absence of a condom” in the sexual activity in question analysis (A.F., at para. 26). He also invokes the minority’s clarification as to their disagreement with the majority to confirm his interpretation

physiquement différent au sens de l’art. 273.1 est préférable à tous les égards : elle correspond à l’intention du Parlement, elle est logiquement antérieure, elle est plus respectueuse des personnes plaignantes, elle est supérieure sur le plan du fond, et elle va au cœur de la définition législative conçue pour s’attaquer à la violence sexuelle et à ses conséquences. Il s’agit de la disposition qu’a privilégiée le Parlement pour répondre aux violations du consentement, puisqu’elle est plus particulière et plus récente que celle relative à la fraude (R. Sullivan, *Statutory Interpretation* (3^e éd. 2016), p. 327-328).

[75] L’expression « activité sexuelle », correctement interprétée, est suffisamment large pour englober les aspects physiques qui étaient d’entrée de jeu essentiels à l’accord de la personne plaignante au contact spécifique. La réponse à la question de savoir si celle-ci a consenti à l’acte physique distinct d’avoir des rapports sexuels non protégés peau contre peau ne saurait dépendre de la manière dont son consentement a été violé. Dans les cas de refus ou de retrait du condom, l’analyse relative à la fraude éloignerait l’attention des principes fondamentaux relatifs au consentement, porterait l’attention ailleurs et créerait des lacunes dans la protection qui seraient contraires à l’intention du Parlement d’aborder les droits, les réalités et les préjudices de la violence sexuelle. Tous les principes fondamentaux d’interprétation législative et du droit en matière de consentement appuient la proposition sensée voulant que les rapports sexuels avec un condom soient une activité sexuelle différente des rapports sexuels sans condom.

(4) L’arrêt *Hutchinson* n’est pas déterminant

[76] L’appelant plaide néanmoins que notre Cour est tenue de suivre l’avenue de la fraude sur le fondement de son interprétation de l’arrêt *Hutchinson*. Il s’appuie en particulier sur les par. 41, 55 et 64 pour faire valoir que les condoms doivent toujours être exclus de la notion d’activité sexuelle, puisqu’il s’agit de moyens contraceptifs (m.a., par. 21-23 et 26). Il prétend que, dans l’arrêt *Hutchinson*, les juges majoritaires ont expressément rejeté la [TRADUCTION] « distinction entre un condom défectueux et l’absence de condom » dans l’analyse de l’activité sexuelle (m.a., par. 26). Il invoque aussi la clarification des

(*Hutchinson*, at para. 97; A.F., at para. 27). I disagree. *Hutchinson* does not have the broad application he suggests: the decision did not establish mandatory rules for all future cases involving a condom.

[77] In this section, I first set out the case in *Hutchinson* and then explain why it does not govern the case at bar in which no condom was used.

(a) *The Case*

[78] In *Hutchinson*, this Court addressed how the law should approach consent where an accused intentionally sabotaged the condom he was required to use during intercourse. In that case, the complainant and the accused were in a rather rocky long-term intimate relationship. She repeatedly told him that she did not want to get pregnant and therefore insisted on condom use. Mr. Hutchinson instead wanted to get her pregnant, hoping their relationship could continue. While the complainant consented to sexual intercourse with a condom, he had, unbeknownst to her, poked holes in it, rendering it ineffective as a means of birth control (para. 2; see also *R. v. Hutchinson*, 2011 NSSC 361, 311 N.S.R. (2d) 1, at para. 2; *R. v. Hutchinson*, 2013 NSCA 1, 325 N.S.R. (2d) 95, at para. 3). The majority held that the complainant’s consent had been vitiated by fraud under s. 265(3), while the minority held that she had not agreed to the “sexual activity in question” under s. 273.1(1) (paras. 74 and 103).

[79] The majority rejected an approach that placed condom sabotage under s. 273.1 for three reasons. First, they held that Parliament did not intend to expand the notion of sexual activity by including “potentially infinite collateral conditions” (para. 27). They said the ordinary meaning of the “sexual activity in question” is the specific physical sex act agreed to (for example, “kissing, petting, oral sex, intercourse, or the use of sex toys”) and this “does not include

juges minoritaires quant à leur désaccord avec les juges majoritaires pour confirmer son interprétation (*Hutchinson*, par. 97; m.a., par. 27). Je ne suis pas d’accord. L’arrêt *Hutchinson* n’a pas la vaste portée que l’appelant lui attribue : l’arrêt n’a pas établi de règles obligatoires applicables à toutes les affaires postérieures où un condom est en cause.

[77] Dans la partie qui suit, j’examinerai d’abord l’arrêt *Hutchinson* et j’expliquerai ensuite pourquoi il ne régit pas la présente affaire, dans laquelle aucun condom n’a été utilisé.

a) *L’arrêt*

[78] Dans l’arrêt *Hutchinson*, notre Cour s’est demandé comment le droit devait traiter le consentement dans un cas où un accusé avait intentionnellement saboté le condom qu’il devait utiliser pendant des rapports sexuels. Dans cette affaire, la plaignante et l’accusé entretenaient une relation intime de longue date plutôt houleuse. La plaignante avait dit maintes fois à l’accusé qu’elle ne voulait pas tomber enceinte et insistait donc pour qu’il utilise un condom. Pour sa part, M. Hutchinson voulait que la plaignante tombe enceinte, espérant que leur relation se poursuive. Bien que la plaignante ait consenti à des rapports sexuels avec un condom, M. Hutchinson avait, à l’insu de la plaignante, percé des trous dans le condom, le rendant inefficace comme moyen contraceptif (par. 2; voir aussi *R. c. Hutchinson*, 2011 NSSC 361, 311 N.S.R. (2d) 1, par. 2; *R. c. Hutchinson*, 2013 NSCA 1, 325 N.S.R. (2d) 95, par. 3). Les juges majoritaires ont statué que le consentement de la plaignante avait été vicié par la fraude comme le prévoit le par. 265(3), tandis que les juges minoritaires ont conclu que la plaignante n’avait pas donné son accord à « l’activité sexuelle » aux termes du par. 273.1(1) (par. 74 et 103).

[79] Les juges majoritaires ont rejeté une approche qui plaçait le sabotage d’un condom dans le champ d’application de l’art. 273.1, et ce, pour trois raisons. Premièrement, ils ont jugé que le Parlement n’entendait pas élargir la notion d’activité sexuelle en y incluant une « liste potentiellement infinie de conditions accessoires » (par. 27). Selon eux, le sens ordinaire de l’expression « activité sexuelle » correspond à l’acte sexuel physique précis convenu

conditions or qualities of the physical act, such as birth control measures or the presence of sexually transmitted diseases” (paras. 54-55). Second, the majority wanted to avoid putting the outcomes of *Cuerrier* and *Mabior*, which established when HIV non-disclosure could amount to fraud, at risk (paras. 29 and 42-43). Third, they sought to avoid a vague and unclear test for consent that could result in criminalizing conduct lacking the necessary reprehensible character before criminal sanctions are warranted (paras. 21 and 45-46).

[80] Applying the law to the facts, the majority held that the “sexual activity in question” was sexual intercourse and the complainant voluntarily agreed to it (paras. 64-65). However, the complainant’s consent had been vitiated by fraud because the test set out in *Cuerrier* and *Mabior* was satisfied: the dishonesty was evident and admitted, and there had been a sufficiently serious deprivation in the form of exposure to an increased risk of becoming pregnant (*Hutchinson*, at paras. 68 and 71).

[81] The minority was of the view that the complainant only agreed to sexual intercourse with an intact condom. It followed that there was no consent under s. 273.1(1) as the sexual activity was not carried out in the manner agreed to (paras. 101 and 103).

(b) *Hutchinson Is Distinguishable and Does Not Apply When No Condom Was Used*

[82] *Hutchinson* is a classic case of deception in which the accused deliberately made holes in the condom hoping that pregnancy would result. It simply held that cases involving condom sabotage and deceit should be analyzed under the fraud provision rather than as part of the sexual activity in question in s. 273.1. Read properly, and consistently with well-established principles for *stare decisis*, *Hutchinson* was chiefly concerned with the

(par exemple, « les baisers, les caresses, le sexe oral, les rapports sexuels ou l’utilisation d’accessoires sexuels ») et cela « ne vise pas les conditions ou les caractéristiques de l’acte physique, telles les mesures contraceptives qui sont prises ou la présence de maladies transmissibles sexuellement » (par. 54-55). Deuxièmement, les juges majoritaires voulaient éviter de mettre à risque les résultats des arrêts *Cuerrier* et *Mabior*, qui établissaient les situations où la non-divulgence du VIH pouvait être assimilée à une fraude (par. 29 et 42-43). Troisièmement, ils ont tenté d’éviter l’adoption d’un test vague et obscur en matière de consentement susceptible de criminaliser une conduite qui ne présente pas le caractère répréhensible nécessaire pour que des sanctions criminelles soient justifiées (par. 21 et 45-46).

[80] Appliquant le droit aux faits, les juges majoritaires ont statué que « l’activité sexuelle » consistait en des rapports sexuels et que la plaignante y avait consenti volontairement (par. 64-65). Toutefois, son consentement avait été vicié par la fraude, puisqu’il avait été satisfait au test énoncé dans les arrêts *Cuerrier* et *Mabior* : la malhonnêteté était évidente et admise, et il y avait eu une privation suffisamment grave, à savoir l’exposition à un risque accru de grossesse (*Hutchinson*, par. 68 et 71).

[81] Les juges minoritaires étaient d’avis que la plaignante n’avait donné son accord qu’à des rapports sexuels avec un condom intact. Il n’y avait donc pas de consentement au sens du par. 273.1(1), puisque l’activité sexuelle n’avait pas eu lieu de la manière convenue (par. 101 et 103).

b) *L’arrêt Hutchinson se distingue de la présente affaire et ne s’applique pas lorsqu’aucun condom n’a été utilisé*

[82] L’arrêt *Hutchinson* est une affaire classique de tromperie dans laquelle l’accusé avait délibérément percé des trous dans un condom en espérant qu’il en résulterait une grossesse. Il a simplement statué que les affaires intéressant le sabotage d’un condom et la tromperie devraient être analysées en application de la disposition relative à la fraude, plutôt qu’en intégrant la question du condom à l’activité sexuelle visée à l’art. 273.1. Lorsqu’il est interprété correctement, et

delineation of deception under the criminal law. The majority's statements addressed the particular context of condom sabotage and did not intend to displace the fundamental principle, grounded in physical integrity and human dignity, that the law allows all persons to insist on condom use as part of consent and thereby limit who may touch them and how.

[83] *Hutchinson* did not establish the sweeping proposition that all cases involving a condom fall outside s. 273.1 and can only be addressed, if at all, when the conditions of fraud are established. As this new case at bar demonstrates, condom use is not always collateral or incidental to the sexual activity in question. Indeed, conditioning agreement to sexual touching on condom use goes to the heart of the specific physical activity in question and the existence or non-existence of subjective consent, and there is no need to resort to the doctrine of fraud and its stringent legal requirements in this circumstance. *Hutchinson* thus remains binding authority for what it decided, but it does not apply to when the accused refuses to wear a condom and the complainant's consent has been conditioned on its use.

[84] I explain my conclusion that *Hutchinson* does not apply this widely in two parts. First, the majority's decision in *Hutchinson* is limited by its factual context and the majority's repeated references to the effectiveness of the condom, its sabotaged state and the accused's deception. The majority was not deciding the legal framework relating to the total absence of a condom or other forms of non-consensual condom refusal or removal. Second, I set out why, when considered in this light, the paragraphs the appellant relies on do not support his interpretation.

conformément aux principes bien établis du *stare decisis*, l'arrêt *Hutchinson* vise principalement à circonscrire la tromperie en droit criminel. Les déclarations des juges majoritaires visaient le contexte particulier du sabotage d'un condom et n'avaient pas pour but d'écarter le principe fondamental, fondé sur l'intégrité physique et la dignité humaine, selon lequel le droit permet à chaque personne d'insister sur l'utilisation du condom comme faisant partie du consentement et de limiter ainsi qui peut la toucher et de quelle façon.

[83] L'arrêt *Hutchinson* n'a pas établi le principe général selon lequel toutes les affaires où un condom est en cause sont exclues du champ d'application de l'art. 273.1 et qu'elles ne peuvent être traitées, le cas échéant, que lorsque les conditions de fraude sont établies. Comme le démontre le nouveau dossier dont nous sommes saisis, l'utilisation du condom n'est pas toujours indirectement liée ou accessoire à l'activité sexuelle. De fait, rendre conditionnel l'accord à un contact sexuel à l'utilisation d'un condom va au cœur de l'activité physique spécifique en cause et de l'existence ou non du consentement subjectif, et il n'est pas nécessaire d'avoir recours à la théorie de la fraude et à ses exigences juridiques rigoureuses dans cette situation. Par conséquent, l'arrêt *Hutchinson* demeure contraignant à l'égard de ce qu'il a décidé, mais il ne s'applique pas lorsque la personne accusée refuse de porter un condom et que le consentement de la personne plaignante était conditionnel à son utilisation.

[84] J'expliquerai en deux parties ma conclusion selon laquelle l'arrêt *Hutchinson* ne s'applique pas de façon aussi vaste que le plaide l'appelant. Premièrement, la décision des juges majoritaires dans cet arrêt est limitée par son contexte factuel et leurs mentions répétées concernant l'efficacité du condom, son état saboté et la tromperie de l'accusé. Les juges majoritaires ne statuaient pas sur le cadre juridique applicable à l'absence totale de condom ou à d'autres formes de refus ou de retrait non consensuels du condom. Deuxièmement, j'exposerai pourquoi, lorsqu'ils sont envisagés sous cet angle, les paragraphes qu'invoque l'appelant n'étaient pas son interprétation.

(i) The Factual Context in *Hutchinson* and the Majority’s Framing of the Issue on Appeal

[85] Cases are only authorities for what they “actually decide[d]”; they are not “statutes where every word counts as binding legal authority” (R. J. Sharpe, *Good Judgment: Making Judicial Decisions* (2018), at p. 148). The facts of *Hutchinson* and the particular legal issue raised limit what was decided in that case and how widely its dicta should be read. There, as here, the complainant premised her consent to sexual intercourse on condom use. Unlike the case at bar, Mr. Hutchinson had used a condom and the complainant knew he had done so. The sexual activity in question therefore involved the very physical touching she authorized — sexual intercourse with a penis sheathed in a condom — but the problem arose because he had sabotaged the condom. This is a substantial and materially different fact; it goes not to whether or not a condom was used but rather whether the condom was effective for birth control. This is important context in which to understand the majority’s interpretation of the “sexual activity in question” in s. 273.1.

[86] Faced with a clear case of deception as to the condom’s *condition*, the majority in *Hutchinson* framed the legal issue as whether “condom sabotage” should result in no consent under s. 273.1(1) of the *Criminal Code*, or whether “condom sabotage” should be analyzed under the fraud provision (para. 14). It was the “condom sabotage” that the majority held to constitute fraud under s. 265(3)(c) “with the result that no consent was obtained” (para. 6). Mr. Hutchinson’s actual use of a condom when one was required allowed the Court to find that the complainant subjectively consented to the sexual activity in question and to state the question before them as whether, despite this “apparent agreement”, the complainant’s consent was

(i) Le contexte factuel de l’arrêt *Hutchinson* et la formulation de la question en litige dans le pourvoi par les juges majoritaires

[85] Les décisions ne font autorité qu’à l’égard de ce qui y est [TRADUCTION] « effectivement décidé »; ce ne sont pas « des lois où chaque mot compte comme faisant autorité contraignante en droit » (R. J. Sharpe, *Good Judgment : Making Judicial Decisions* (2018), p. 148). Les faits de l’arrêt *Hutchinson* et la question juridique particulière qui y est soulevée limitent la portée de ce qui y a été décidé et des remarques incidentes qui y ont été formulées. Dans cette affaire, comme dans la présente, la plaignante avait donné son consentement à des rapports sexuels à la condition qu’un condom soit utilisé. Cependant, contrairement à ce qui s’est passé en l’espèce, M. Hutchinson avait utilisé un condom et la plaignante savait qu’il l’avait fait. L’activité sexuelle correspondait par conséquent au contact physique même qu’elle avait autorisé — des rapports sexuels où le pénis était engagé dans un condom —, mais le problème est survenu parce que l’accusé avait saboté le condom. Il s’agit d’un fait important et sensiblement différent; il se rapporte non pas à la question de savoir si un condom avait été utilisé, mais plutôt à celle de savoir si le condom était efficace comme moyen de contraception. Il s’agit d’un contexte important permettant d’éclaircir l’interprétation qu’ont donnée les juges majoritaires à l’expression « activité sexuelle » employée à l’art. 273.1.

[86] Devant un cas clair de tromperie quant à l’état du condom, les juges majoritaires dans l’arrêt *Hutchinson* ont formulé la question juridique comme celle de savoir si le « sabotage du condom » devait avoir pour effet d’entraîner une absence de consentement pour l’application du par. 273.1(1) du *Code criminel*, ou s’il devait être analysé au regard de la disposition relative à la fraude (par. 14). Les juges majoritaires ont statué que c’était le « sabotage du condom » qui constituait une fraude visée à l’al. 265(3)c) « [si bien qu’il y avait [. . .] absence de consentement » (par. 6). Le fait que M. Hutchinson ait effectivement utilisé un condom alors que son utilisation avait été exigée a permis à la Cour de conclure

vitiated “because that agreement was obtained as a result of Mr. Hutchinson’s deceit about the condition of the condom” (para. 17; see also para. 3).

[87] The focus on his deceptive use of a sabotaged condom weaves through the majority’s analysis, including in its overview of sexual autonomy in criminal law (at para. 19) and in introducing its statutory interpretation analysis (para. 20). Notably, their consideration of this Court’s jurisprudence in the statutory interpretation exercise deals only with cases relating to the fraud provision: *Cuerrier* and *Mabior*. Their discussion of previous interpretations of the fraud provision highlights difficulties drawing the line “between deceptions that did and did not vitiate consent” (para. 30). The analysis is centred on fraud and does not consider this Court’s jurisprudence on consent or purport to overrule it.

(ii) The Paragraphs the Appellant Relies on Do Not Support His Interpretation

[88] I do not accept that the paragraphs of the majority judgment in *Hutchinson*, as interpreted and relied on by the appellant in this case, support his argument that his failure to wear a condom can only be analyzed under s. 265(3) as a potential case of fraud. Taken in context, whether alone or in combination, these paragraphs do not preclude the failure to wear a condom from being considered under s. 273.1. In its analysis, the majority in *Hutchinson* often used the qualifier “effective” or “sabotaged” when discussing condom use and other birth control measures (see, e.g., paras. 44, 48 and 64). The majority does not explicitly say that condom non-use should be analyzed through the same lens as condom sabotage or ineffective birth

que la plaignante avait subjectivement consenti à l’activité sexuelle et d’annoncer la question devant elle comme étant celle de savoir si, malgré cet « accord apparent », le consentement de la plaignante avait été vicié « au motif que l’accord avait été obtenu par suite de la tromperie de M. Hutchinson au sujet de l’état du condom » (par. 17; voir aussi par. 3).

[87] Tout au long de leur analyse, les juges majoritaires ont mis l’accent sur l’utilisation trompeuse d’un condom saboté, y compris dans leur survol de l’autonomie sexuelle en droit criminel (par. 19) et dans l’introduction de leur analyse au chapitre de l’interprétation législative (par. 20). Fait à signaler, leur examen de la jurisprudence de notre Cour dans l’exercice d’interprétation législative s’est limité aux affaires portant sur la disposition relative à la fraude, à savoir les arrêts *Cuerrier* et *Mabior*. Leur discussion quant à des interprétations antérieures de la disposition relative à la fraude a mis en évidence les difficultés à tracer la ligne de démarcation « entre les tromperies qui vici[ent] le consentement et celles qui ne le vici[ent] pas » (par. 30). L’analyse a porté principalement sur la fraude et n’a pas pris en compte la jurisprudence de notre Cour sur le consentement, ni n’était censée l’infirmier.

(ii) Les paragraphes qu’invoque l’appellant n’étayent pas son interprétation

[88] Je n’accepte pas que les paragraphes des motifs des juges majoritaires dans l’arrêt *Hutchinson*, tels qu’ils sont interprétés et invoqués par l’appellant en l’espèce, étayent son argument selon lequel l’omission de porter un condom ne peut être analysée qu’au regard du par. 265(3) en tant que cas possible de fraude. Lorsqu’on les replace dans leur contexte, seuls ou ensemble, ces paragraphes n’empêchent pas d’examiner l’omission de porter un condom au regard de l’art. 273.1. Dans leur analyse, les juges majoritaires dans l’arrêt *Hutchinson* ont souvent utilisé les qualificatifs « efficace » ou « saboté » en discutant de l’utilisation du condom et d’autres mesures contraceptives (voir, p. ex., par. 44, 48 et 64).

control. The issue of condom non-use as a material fact was not before the Court in *Hutchinson*.

[89] Significant attention has been paid to para. 55 of *Hutchinson*:

The “sexual activity in question” does not include conditions or qualities of the physical act, such as birth control measures or the presence of sexually transmitted diseases. Thus, at the first stage of the consent analysis, the Crown must prove a lack of subjective voluntary agreement to the specific physical sex act. Deceptions about conditions or qualities of the physical act may vitiate consent under s. 265(3)(c) of the *Criminal Code*, if the elements for fraud are met.

[90] This statement could be read as always excluding condoms from the “sexual activity in question” because condoms may be used as a birth control measure. But it need not and should not be read in this unnecessarily expansive manner. The majority’s opinion does not preclude treating effective condom use and condom non-use differently. The majority’s analysis leading up to this paragraph is focused on the delineation of fraud or deception in a case concerning a sabotaged condom. I agree with Groberman J.A. in the court below that properly interpreted in its context, para. 55 of *Hutchinson* holds that birth control measures may be “conditions or qualities of the physical act” where they do not inherently change the physical act itself. However, where they do change the physical act itself, like condom use, they may fall under s. 273.1. By reading *Hutchinson* in this way, I do not alter the meaning attributed to s. 273.1 by the majority of the Court, determined as it was for the purpose of disposing of the different matter at issue in that case. The interpretation and scope of this paragraph must consider the reasoning behind the majority’s differentiation between the physical

Les juges majoritaires ne disent pas explicitement que la non-utilisation du condom doit être analysée sous le même angle que le sabotage du condom ou que les moyens de contraception inefficaces. Dans l’arrêt *Hutchinson*, la Cour n’était pas saisie de la question de la non-utilisation du condom en tant que fait important de l’affaire.

[89] Une grande attention a été portée au par. 55 de l’arrêt *Hutchinson* :

L’expression « l’activité sexuelle » ne vise pas les conditions ou les caractéristiques de l’acte physique, telles les mesures contraceptives qui sont prises ou la présence de maladies transmissibles sexuellement. En conséquence, à la première étape de l’analyse relative au consentement, le ministère public doit prouver l’absence d’accord volontaire subjectif à l’acte sexuel physique précis. Les tromperies rattachables aux conditions ou aux caractéristiques de l’acte physique peuvent vicier le consentement si les éléments constitutifs de l’infraction de fraude prévue à l’al. 265(3)c) du *Code criminel* sont réunis.

[90] Cette affirmation pourrait être interprétée comme excluant toujours les condoms de l’expression « activité sexuelle », parce qu’ils peuvent être utilisés comme mesure contraceptive. Toutefois, il n’est ni nécessaire ni opportun de l’interpréter de cette manière inutilement large. L’opinion des juges majoritaires n’empêche pas de traiter différemment l’utilisation d’un condom efficace et la non-utilisation d’un condom. Leur analyse menant à ce paragraphe s’est concentrée sur la définition de la fraude ou de la tromperie dans un cas intéressant un condom saboté. Je suis d’accord avec le juge Groberman du tribunal d’instance inférieure pour dire que, correctement interprété dans son contexte, le par. 55 de l’arrêt *Hutchinson* statue que des mesures contraceptives peuvent être des « conditions ou [d]es caractéristiques de l’acte physique » lorsqu’elles ne changent pas intrinsèquement l’acte physique lui-même. Toutefois, lorsqu’elles changent l’acte physique lui-même, par exemple, l’utilisation d’un condom, elles peuvent tomber sous le coup de l’art. 273.1. En interprétant ainsi l’arrêt *Hutchinson*, je ne dénature pas le sens qu’attribuent les juges majoritaires à l’art. 273.1,

act itself and other “conditions or qualities”, which formed the basis for its exclusion of contraceptive measures and the presence of STIs from the sexual activity in question (*Hutchinson*, at paras. 5 and 55). This distinction stemmed from the concern that the minority’s approach — premised on the efficacy of the condom — would be unclear, cause over-criminalization, render the fraud provision “redundant in many cases” and undermine *Cuerrier* and *Mabior* (*Hutchinson*, at paras. 5, 21, 26, 29 and 39-46). The majority’s discussion of the problems with the minority’s approach, however, does not suggest that condom use, as an element of the physical act, carries these same problems (*Hutchinson*, at paras. 39-45).

[91] The *Hutchinson* majority held that “the ‘sexual activity in question’ was the sexual intercourse that took place in th[at] case” and effective condom use was “a method of contraception and protection against sexually transmitted disease”, not a “sex act” (para. 64). As there was “no dispute that the complainant subjectively consented to sexual intercourse with Mr. Hutchinson at the time it occurred”, the Crown had failed to prove a lack consent under s. 273.1(1) (para. 65).

[92] These statements do not help the appellant. Crucially, the complainant had subjectively consented to “the sexual intercourse that took place in th[at] case” because Mr. Hutchinson wore a condom. What the Court was addressing was *effective condom use*, which presupposes the use of a condom. The Court should not be taken as saying that requiring the use of a condom can never be part of the sex act. The position that an “effective condom” was a method of contraception is once again tied to the facts at hand: a condom was used, but had been sabotaged by

déterminé comme il l’a été aux fins de trancher la question différente qui était en cause dans cette affaire. L’interprétation et la portée de ce paragraphe doivent prendre en compte le raisonnement derrière la distinction que font les juges majoritaires entre l’acte physique et les autres « conditions ou [...] caractéristiques » qui a servi de fondement à leur exclusion des mesures contraceptives et de la présence d’ITS de la notion d’activité sexuelle (*Hutchinson*, par. 5 et 55). Cette distinction découlait de la crainte que l’approche adoptée par les juges minoritaires — qui reposait sur l’efficacité du condom — soit obscure, qu’elle entraîne une criminalisation à outrance, qu’elle rende la disposition en matière de fraude « superflue dans bon nombre de cas » et qu’elle mine les arrêts *Cuerrier* et *Mabior* (*Hutchinson*, par. 5, 21, 26, 29 et 39-46). Cependant, la discussion des juges majoritaires portant sur les problèmes que soulevait l’approche des juges minoritaires ne laisse pas entendre que l’utilisation du condom, en tant qu’élément de l’acte physique, pose ces mêmes problèmes (*Hutchinson*, par. 39-45).

[91] Dans l’arrêt *Hutchinson*, les juges majoritaires ont conclu que « “l’activité sexuelle” a consisté en rapports sexuels qui se sont déroulés [dans cette affaire] » et que l’utilisation d’un condom efficace était « une méthode de contraception, ainsi qu’une mesure de protection contre les maladies transmissibles sexuellement », et ne constituait pas un « acte sexuel » (par. 64). Puisque « [p]ersonne ne contest[ait] que la plaignante avait subjectivement consenti à avoir des rapports sexuels avec M. Hutchinson au moment où ceux-ci se sont déroulés », la Couronne n’avait pas prouvé qu’il y avait eu absence de consentement au sens du par. 273.1(1) (par. 65).

[92] Ces affirmations ne sont d’aucune utilité pour l’appelant. Fait crucial, la plaignante avait subjectivement consenti aux « rapports sexuels qui se sont déroulés [dans cette affaire] » parce que M. Hutchinson a porté un condom. Ce sur quoi la Cour se penchait était l’*utilisation d’un condom efficace*, ce qui présuppose l’utilisation d’un condom. Il ne faut pas considérer que la Cour affirmait que l’exigence de l’utilisation d’un condom ne peut jamais faire partie de l’acte sexuel. La prétention selon laquelle un « condom efficace » était une méthode de contraception est liée

deception in a situation where the complainant was particularly concerned with the risk of conception.

[93] Finally, I am not persuaded that the majority took the position that no condom and sabotaged condoms were the same in para. 41 of *Hutchinson*. This paragraph does not speak to the absence of a condom. Rather, it sets out why the majority says adopting the “essential features”/“how the act was carried out” approaches (taken in the court below and by the minority judges) would make the law “inconsistent, highly formalistic and unduly uncertain”. It says the law should provide consistent treatment to a lie that obtains consent to unprotected sex and a lie as to the condition of a condom. However, the first lie relates to something other than the sexual activity in question because it causes the complainant to subjectively agree to unprotected sex (rather than causing the complainant to unwittingly have sex without a condom when she only agreed to sex with a condom). In the second example, the lie has to do with the state of the condom. This lie is about whether the condom is effective at preventing STI transmission or pregnancy, not about the sexual activity in question. It follows, for example, that fraud would be the proper approach to analyzing (1) a lie about STI status that leads the complainant to agree to have unprotected sex, and (2) a lie about the physical integrity of the condom. This paragraph treats these lies as similar, but it does not preclude actions that go to the core of the complainant’s conditioned consent from forming part of the sexual activity in question.

[94] Critically, nowhere in the judgment does the Court address the total absence of a condom in circumstances where consent was conditional on

encore une fois aux faits de l’espèce : un condom a été utilisé, mais il avait été saboté par tromperie dans une situation où la plaignante était particulièrement préoccupée par le risque de conception.

[93] Enfin, je ne suis pas convaincue que les juges majoritaires aient statué, au par. 41 de l’arrêt *Hutchinson*, que l’absence de condom et l’utilisation d’un condom saboté revenaient au même. Ce paragraphe ne porte pas sur l’absence de condom. Il précise plutôt pourquoi les juges majoritaires affirment que l’adoption de l’approche fondée sur les « caractéristiques essentielles » ou celle basée sur la « façon dont l’acte s’est déroulé » (adoptées dans la juridiction d’instance inférieure et par les juges minoritaires) aurait pour effet de rendre le droit « incohérent, éminemment formaliste et excessivement incertain ». Il affirme que le droit doit traiter de façon uniforme un mensonge permettant d’obtenir le consentement d’une personne à des rapports sexuels non protégés et un mensonge concernant l’état d’un condom. Or, le premier mensonge se rapporte à quelque chose d’autre que l’activité sexuelle, parce qu’il amène la personne plaignante à donner son accord subjectif à avoir des rapports sexuels non protégés (plutôt que d’amener la personne plaignante à avoir à son insu des rapports sexuels sans condom, alors qu’elle n’avait donné son accord qu’à des rapports sexuels avec un condom). Dans le deuxième exemple, le mensonge concerne l’état du condom. Ce mensonge se rapporte à la question de savoir si le condom est efficace pour prévenir la transmission d’ITS ou la grossesse, et non à l’activité sexuelle. Il s’ensuit, par exemple, que la fraude serait la bonne méthode pour analyser (1) un mensonge portant sur l’état sérologique vis-à-vis d’une ITS qui amène la personne plaignante à donner son accord à des rapports sexuels non protégés et (2) un mensonge portant sur l’intégrité physique du condom. Ce paragraphe traite ces mensonges comme étant similaires, mais il n’empêche pas les gestes qui vont au cœur du consentement conditionnel qu’avait donné la personne plaignante de faire partie de l’activité sexuelle.

[94] Fait critique, nulle part dans l’arrêt notre Cour n’aborde-t-elle l’absence totale de condom dans les circonstances où le consentement était conditionnel

its use. In speaking of the specific physical sex act, they did not say that as a matter of law, condom use is never a physical aspect of the sexual activity in question. At no point did the majority convey any intention to overrule or modify the foundational principles of affirmative and subjective consent. Indeed, McLachlin C.J. and Cromwell J., writing for the majority, not only referred to *Ewanchuk*, they highlighted its primacy by introducing its basic principles in the very first paragraph of *Hutchinson*. They also explained that the complainant must agree to the “specific physical sex act” because “agreement to one form of penetration is not agreement to any or all forms of penetration and agreement to sexual touching on one part of the body is not agreement to all sexual touching” (para. 54). *Hutchinson* did not displace this Court’s well-established jurisprudence on the law of sexual assault and consent. Consistent with this jurisprudence, the majority undoubtedly would not have found that the complainant gave her voluntary agreement to unprotected sex had Mr. Hutchinson refused to wear a condom or removed it without her knowledge.

[95] The appellant relied on the minority reasons to support his expansive interpretation of what *Hutchinson* decided. I need not address these arguments because what the minority says is not the law and what the minority said about the majority judgment is also not the law. Neither bind this Court.

[96] To read *Hutchinson* as broadly as the appellant suggests would radically constrain the scope and centrality of consent under s. 273.1, and in a manner wholly inconsistent with this Court’s jurisprudence on consent both before and after it. Based on the appellant’s broad interpretation of *Hutchinson*, we heard argument from the respondent Crown, and the interveners the Attorneys General of Ontario and Alberta, the Barbra Schlifer Commemorative Clinic, the West Coast Legal Education and Action

à son utilisation. En parlant de l’acte sexuel physique spécifique, les juges majoritaires n’ont pas affirmé que, en droit, l’utilisation du condom n’est jamais un aspect physique de l’activité sexuelle. À aucun moment, ils n’ont communiqué l’intention d’infirmier ou de modifier les principes fondamentaux du consentement affirmatif et subjectif. De fait, non seulement la juge en chef McLachlin et le juge Cromwell, au nom des juges majoritaires, ont-ils fait référence à l’arrêt *Ewanchuk*, mais ils ont mis en évidence sa primauté en introduisant ses principes fondamentaux au tout premier paragraphe de l’arrêt *Hutchinson*. Ils ont en outre expliqué que la personne plaignante devait donner son accord à « l’acte sexuel physique spécifique » parce que « donner son accord à une forme de pénétration ne vaut pas consentement à toute forme de pénétration, et consentir à ce qu’une partie de son corps soit touchée ne vaut pas consentement à toute forme de contacts sexuels » (par. 54). L’arrêt *Hutchinson* n’a pas écarté la jurisprudence bien établie de notre Cour sur le droit en matière d’agression sexuelle et de consentement. Conformément à cette jurisprudence, les juges majoritaires n’auraient assurément pas conclu que la plaignante avait donné son accord volontaire à des rapports sexuels non protégés si M. Hutchison avait refusé de porter un condom ou s’il l’avait enlevé à son insu.

[95] L’appellant s’est appuyé sur les motifs des juges minoritaires au soutien de son interprétation large de ce que l’arrêt *Hutchinson* a décidé. Je n’ai pas besoin de me prononcer sur ces arguments parce que les juges minoritaires n’énoncent pas le droit applicable, et ce qu’ils ont dit au sujet de l’arrêt des juges majoritaires ne le fait pas non plus. Dans les deux cas, leurs propos ne lient pas notre Cour.

[96] Interpréter l’arrêt *Hutchinson* aussi largement que le préconise l’appellant aurait pour effet de restreindre radicalement la portée et l’importance fondamentale du consentement visé à l’art. 273.1, et ce, d’une manière tout à fait incompatible avec la jurisprudence de notre Cour sur le consentement qui l’a précédé ou qui l’a suivi. Sur le fondement de l’interprétation large que l’appellant donne à l’arrêt *Hutchinson*, nous avons entendu des observations de l’intimée la Couronne, des intervenants les procureurs

Fund Association, and the Women’s Legal Education and Action Fund Inc. asking us to overrule, revise or revisit the *Hutchinson* decision.

[97] In my view, it is not necessary to take this step because *Hutchinson* does not govern a case where consent turns on condom use and no condom is worn. The decision should not be read as widely as the appellant contends. To be clear, I am distinguishing *Hutchinson*, not overruling it. Again, the majority in *Hutchinson* did not explicitly consider the difference between condom non-use and condom sabotage, nor did they speak to the impact that such a difference would have on the interpretation of ss. 265(3) and 273.1(2). My analysis, which examines this distinction because it is material to the facts in this appeal, is grounded in the time-honoured tradition of interpreting the scope of a previous decision. This method is described by some scholars as “restrictive distinguishing” (see, e.g., G. Williams and A. T. H. Smith, *Glanville Williams: Learning the Law* (17th ed. 2020), at pp. 83-85; N. Duxbury, *The Nature and Authority of Precedent* (2008), at p. 114; D. Parkes, “Precedent Unbound? Contemporary Approaches to Precedent in Canada” (2006), 32 *Man. L.J.* 135, at pp. 141-42). It leaves the previous precedent in place and, in my respectful view, is consonant “with the basic fundamental principle that the common law develops by experience” (*R. v. Henry*, 2005 SCC 76, [2005] 3 S.C.R. 609, at para. 57).

[98] *Hutchinson*’s interpretation of the relevant sections of the *Criminal Code* remains the law. This is based on a restrictive distinguishing between effective condom use and non-use, in light of the ineffective condom use that was a material fact in issue in that case. The *Criminal Code* was not, however, interpreted in light of the material fact of non-use of a condom that is central to the outcome of this appeal. Instead,

généraux de l’Ontario et de l’Alberta, la Barbra Schlifer Commemorative Clinic, la West Coast Legal Education and Action Fund Association et le Fonds d’action et d’éducation juridique pour les femmes qui nous demandent d’infirmier, de réviser ou de revoir l’arrêt *Hutchinson*.

[97] À mon avis, il n’est pas nécessaire d’accéder à ces demandes, parce que l’arrêt *Hutchinson* ne s’applique pas à une affaire où le consentement dépend de l’utilisation d’un condom et où aucun condom n’est porté. Il n’y a pas lieu d’interpréter l’arrêt aussi largement que le propose l’appelant. En clair, je distingue l’arrêt *Hutchinson* du cas de l’espèce, sans l’infirmier. Je réitère que les juges majoritaires dans cet arrêt n’ont pas explicitement examiné la différence entre la non-utilisation d’un condom et le sabotage d’un condom, et ils n’ont pas non plus analysé l’incidence qu’aurait cette différence sur l’interprétation des par. 265(3) et 273.1(2). Mon analyse, qui examine cette distinction, parce qu’elle est importante compte tenu des faits du présent pourvoi, repose sur la tradition consacrée qui consiste à interpréter la portée d’un arrêt antérieur. Certains auteurs ont dit de cette méthode qu’elle consistait à [TRADUCTION] « faire une distinction avec un précédent en en restreignant la portée » (voir, p. ex., G. Williams et A. T. H. Smith, *Glanville Williams : Learning the Law* (17^e éd. 2020), p. 83-85; N. Duxbury, *The Nature and Authority of Precedent* (2008), p. 114; D. Parkes, « Precedent Unbound? Contemporary Approaches to Precedent in Canada » (2006), 32 *Man. L.J.* 135, p. 141-142). Cette méthode laisse le précédent en place et, à mon avis, elle est conforme au « principe fondamental de l’évolution de la common law au gré des situations qui surviennent » (*R. c. Henry*, 2005 CSC 76, [2005] 3 R.C.S. 609, par. 57).

[98] L’interprétation que donne l’arrêt *Hutchinson* des articles pertinents du *Code criminel* continue de s’appliquer. Cette affirmation s’appuie sur une distinction — qui restreint la portée de l’arrêt — entre l’utilisation d’un condom efficace et la non-utilisation d’un condom, à la lumière de l’utilisation d’un condom inefficace, un fait important dans cette affaire. Cependant, le *Code criminel* n’y a pas été interprété

I propose an interpretation of s. 273.1 in respect of material facts not ruled upon in *Hutchinson*.

(5) Summary and Application

[99] At the *actus reus* stage of sexual assault, placing a condition of condom use on consent defines the sexual activity voluntarily agreed to under s. 273.1. The “sexual activity” to which the complainant must consent may include the use of condoms.

[100] The question of whether condom use forms part of the sexual activity in question depends on the facts and whether it is a condition of the complainant’s consent in those particular circumstances. As explained in *Ewanchuk* (at paras. 29-30), this will require the trier of fact to consider the complainant’s testimony and assess their credibility in light of all the evidence.

[101] Recognizing that condom use may form part of the sexual activity in question not only brings clarity and consistency to the law, it leaves intact the careful limits set out in *Cuerrier* and *Mabior* in relation to the non-disclosure of HIV. Nothing in this approach impacts the criminalization of people living with HIV, unless they fail to respect their partner’s condition of condom use.

[102] Where condom use is a condition of the complainant’s consent to the sexual activity in question, it will form part of the “sexual activity in question” and the consent analysis under s. 273.1. If the *actus reus* is established, the focus will shift to the *mens rea*. If the accused is mistaken and has not been reckless or willfully blind to the complainant’s consent, and has taken reasonable steps to ascertain this consent, they may be able to put forward a defence at the *mens rea* stage of the analysis (s. 273.2; *Ewanchuk*, at paras. 25, 47 and 49; *J.A.*, at para. 42; *Barton*, at paras. 90-94).

à la lumière du fait important de la non-utilisation d’un condom qui est essentiel à l’issue du présent pourvoi. Je propose plutôt une interprétation de l’art. 273.1 à l’égard de faits importants sur lesquels l’arrêt *Hutchinson* n’a pas statué.

(5) Résumé et application

[99] À l’étape de l’*actus reus* de l’agression sexuelle, imposer comme condition du consentement l’utilisation d’un condom définit l’activité sexuelle à laquelle l’accord volontaire est donné au sens de l’art. 273.1. L’« activité sexuelle » à laquelle la personne plaignante doit consentir peut comprendre l’utilisation d’un condom.

[100] La question de savoir si l’utilisation du condom fait partie de l’activité sexuelle dépend des faits et de la question de savoir si elle était une condition du consentement de la personne plaignante dans ces circonstances particulières. Comme l’explique l’arrêt *Ewanchuk* (par. 29-30), cela oblige le juge des faits à examiner le témoignage de la personne plaignante et à apprécier sa crédibilité à la lumière de l’ensemble de la preuve.

[101] En plus de clarifier le droit et d’en assurer la cohérence, reconnaître que l’utilisation du condom peut faire partie de l’activité sexuelle laisse intactes les limites soigneusement établies dans les arrêts *Cuerrier* et *Mabior* en lien avec la non-divulgaration du VIH. Cette approche n’a absolument aucune incidence sur la criminalisation des personnes qui vivent avec le VIH, à moins qu’elles omettent de respecter la condition imposée par leur partenaire quant à l’utilisation du condom.

[102] Lorsque l’utilisation d’un condom est une condition du consentement de la personne plaignante à l’activité sexuelle, elle fait partie de « l’activité sexuelle » et de l’analyse du consentement visé à l’art. 273.1. Si l’*actus reus* est établi, l’examen portera ensuite sur la *mens rea*. Si la personne accusée a cru par erreur au consentement de la personne plaignante et n’a pas fait preuve d’insouciance ou d’aveuglement volontaire à cet égard et si elle a pris des mesures raisonnables pour s’assurer du consentement, elle peut possiblement faire valoir un moyen de défense

The trier of fact will be the best placed to assess in light of the evidence whether a condom was removed in ignorance of the complainant's conditioned consent, or whether, for example, it accidentally fell off without the accused noticing.

[103] In cases involving condoms, *Hutchinson* applies where the complainant finds out *after* the sexual act that the accused was wearing a knowingly sabotaged condom. *Hutchinson* remains good law and applies only to cases of deception, for example where a condom is used, but rendered ineffective through an act of sabotage and deception. If the complainant finds out *during* the sexual act that the condom was sabotaged, then they can revoke their subjective consent, the *actus reus* of sexual assault is made out, and there is no need to consider the fraud analysis.

[104] Recognizing that condom use can be part of the sexual activity in question is not an expansion of s. 273.1 and does not offend the principle of restraint in criminal law. Parliament has stated repeatedly that it is criminally reprehensible conduct to impose an unconsented-to sexual act on an unwilling or unwitting victim. Non-consensual condom refusal or removal is a form of sexual violence that generates harms and undermines the equality, autonomy, and human dignity of complainants. It is not simply “undesirable” behaviour (trial reasons, at para. 30).

[105] There are also no vagueness or certainty concerns if condom use, including non-consensual condom refusal or removal, is seen as part of the sexual activity in question. Asking whether a condom was required and if so, whether one was used has the necessary certainty to prevent over-criminalization. While restraint is an important criminal law principle, it does not override Parliament's countervailing imperative of enacting sexual assault laws that respect the rights and realities of those subject

à l'étape de la *mens rea* de l'analyse (art. 273.2; *Ewanchuk*, par. 25, 47 et 49; *J.A.*, par. 42; *Barton*, par. 90-94). Le juge des faits est le mieux placé pour évaluer si, eu égard à la preuve, un condom a été retiré au mépris du consentement conditionnel de la personne plaignante ou si, par exemple, il est accidentellement tombé sans que la personne accusée l'ait remarqué.

[103] Dans les affaires où un condom est en cause, l'arrêt *Hutchinson* s'applique lorsque la personne plaignante s'est aperçue *après* l'acte sexuel que la personne accusée portait un condom sciemment saboté. Cet arrêt demeure un précédent valable et ne s'applique qu'aux cas de tromperie, par exemple, lorsqu'un condom est utilisé, mais qu'il est rendu inefficace par un acte de sabotage et de tromperie. Si la personne plaignante s'aperçoit *pendant* l'acte sexuel que le condom a été saboté, elle peut alors révoquer son consentement subjectif, l'*actus reus* de l'agression sexuelle est établi, et il est inutile de procéder à l'analyse relative à la fraude.

[104] Reconnaître que l'utilisation du condom peut faire partie de l'activité sexuelle ne revient pas à élargir la portée de l'art. 273.1 et n'est pas contraire au principe de modération en droit criminel. Le Parlement a affirmé à maintes reprises que le fait d'imposer à une victime, contre son gré ou à son insu, un acte sexuel auquel elle n'a pas consenti constitue une conduite criminellement répréhensible. Le refus ou le retrait non consensuel du condom est une forme de violence sexuelle qui engendre des préjudices et qui brime l'égalité, l'autonomie et la dignité humaine des personnes plaignantes. Il ne s'agit pas simplement d'un comportement [TRADUCTION] « indésirable » (motifs de première instance, par. 30).

[105] Il n'y a aucune crainte au chapitre de l'imprécision ou de la certitude si l'utilisation du condom, y compris le refus ou le retrait non consensuel du condom, est considérée comme une partie de l'activité sexuelle. Le fait de se demander si un condom a été exigé et, dans l'affirmative, s'il a été utilisé comporte la certitude nécessaire pour empêcher la criminalisation à outrance. Bien que la modération soit un principe important du droit criminel, elle ne saurait l'emporter sur l'impératif absolu du Parlement

to such violence. Excluding such physical aspects from the sexual activity in question would leave an avoidable and undesirable gap in the law of sexual assault, where certain violations of a complainant's physical integrity and equal sexual agency are demoted as less worthy of protection. This runs contrary to the fundamental principle that a complainant's motives for only agreeing to sex with a condom are irrelevant.

[106] The complainant's evidence in this case was clear: she would not consent to having sex with the appellant without a condom, but the appellant nevertheless chose to engage in sexual intercourse without one. Therefore, there was some evidence that the complainant did not subjectively consent to the sexual activity in question. The trial judge erred in concluding otherwise.

B. *Evidence of Fraud*

[107] Given my conclusion on the first issue, it is not necessary to consider the second issue of whether there was evidence capable of meeting the requirements to establish fraud under s. 265(3)(c).

V. Conclusion

[108] For these reasons, I would dismiss the appeal and uphold the order of the Court of Appeal for British Columbia setting aside the acquittal and ordering a new trial.

d'adopter des lois en matière d'agression sexuelle qui respectent les droits et les réalités des personnes qui font l'objet de cette violence. Exclure de tels aspects physiques de l'activité sexuelle laisserait une lacune évitable et indésirable dans le droit en matière d'agression sexuelle, où certaines violations de l'intégrité physique d'une personne ainsi que sa capacité d'agir, en pleine égalité, sur le plan sexuel seraient rétrogradées comme étant moins dignes de protection. Cela serait contraire au principe fondamental selon lequel les motifs qu'a eu une personne plaignante de donner son accord uniquement à des rapports sexuels avec un condom ne sont pas pertinents.

[106] Le témoignage de la plaignante en l'espèce était clair : elle ne consentait pas à des relations sexuelles avec l'appelant sans condom, mais l'appelant a néanmoins choisi de se livrer à des rapports sexuels sans en porter un. Par conséquent, il existait certains éléments de preuve démontrant que la plaignante n'avait pas subjectivement consenti à l'activité sexuelle. Le juge du procès a commis une erreur en tirant une conclusion différente.

B. *Preuve de fraude*

[107] Vu la conclusion à laquelle j'arrive à l'égard de la première question, il n'est pas nécessaire que j'examine la seconde question, soit celle de savoir s'il existait des éléments de preuve capables de répondre aux conditions pour qu'il y ait fraude pour application de l'al. 265(3)c).

V. Conclusion

[108] Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter le pourvoi et de confirmer l'ordonnance de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique annulant l'acquittement et prescrivant la tenue d'un nouveau procès.

The reasons of Wagner C.J. and Côté, Brown and Rowe JJ. were delivered by

CÔTÉ, BROWN AND ROWE JJ. —

TABLE OF CONTENTS

	Paragraph
I. <u>Overview</u>	109
II. <u>Analysis</u>	119
A. <i>Hutchinson Applies to This Appeal</i>	119
(1) <u>This Court’s Decisions Are Intended to Apply Broadly</u>	121
(2) <u>Properly Interpreted, <i>Hutchinson</i> Governs This Appeal</u>	133
(3) <u>Our Colleague Attempts to Distinguish <i>Hutchinson</i> On Grounds That Are Incoherent and Illogical</u>	160
(4) <u>Our Colleague’s Misreading of <i>Hutchinson</i> Effects an Overturning of Precedent</u>	168
B. <i>Stare Decisis</i>	171
(1) <u>The Doctrine of <i>Stare Decisis</i></u>	174
(2) <u>The Rationale for <i>Stare Decisis</i></u>	182
(3) <u>Criticisms of <i>Stare Decisis</i></u>	190
(4) <u>Circumstances in Which This Court May Overturn Its Own Precedent</u>	196
(5) <u>Conclusion: <i>Stare Decisis</i></u>	267
C. <i>None of the Circumstances for Overturning Precedent Apply to Hutchinson</i>	270
(1) <u><i>Hutchinson</i> Was Not Rendered <i>Per Incuriam</i></u>	272
(2) <u><i>Hutchinson</i> Is Not Unworkable</u>	275

Version française des motifs du juge en chef Wagner et des juges Côté, Brown et Rowe rendus par

LES JUGES CÔTÉ, BROWN ET ROWE —

TABLE DES MATIÈRES

	Paragraphe
I. <u>Aperçu</u>	109
II. <u>Analyse</u>	119
A. <i>L’arrêt Hutchinson s’applique au présent pourvoi</i>	119
(1) <u>Les arrêts de notre Cour sont censés s’appliquer de façon large</u>	121
(2) <u>Interprété correctement, <i>Hutchinson</i> régit le présent pourvoi</u>	133
(3) <u>Notre collègue cherche à distinguer <i>Hutchinson</i> sur le fondement de motifs incohérents et illogiques</u>	160
(4) <u>L’interprétation erronée de l’arrêt <i>Hutchinson</i> par notre collègue constitue un renversement d’un précédent</u>	168
B. <i>Stare decisis</i>	171
(1) <u>Le principe du <i>stare decisis</i></u>	174
(2) <u>La raison d’être du <i>stare decisis</i></u>	182
(3) <u>Critiques visant le <i>stare decisis</i></u>	190
(4) <u>Circonstances dans lesquelles notre Cour peut infirmer son propre précédent</u> ..	196
(5) <u>Conclusion : <i>stare decisis</i></u>	267
C. <i>Aucune des circonstances justifiant de renverser un précédent ne s’applique à l’arrêt Hutchinson</i>	270
(1) <u>L’arrêt <i>Hutchinson</i> n’a pas été rendu <i>per incuriam</i></u>	272
(2) <u>L’arrêt <i>Hutchinson</i> n’est pas inapplicable</u> ...	275

(3) <u>There Is No Foundational Erosion Undermining <i>Hutchinson</i></u>	279	(3) <u>Il n’y a pas d’érosion des fondements minant <i>Hutchinson</i></u>	279
(4) <u>Even if <i>Hutchinson</i> Could Be Overturned, This Court Should Exercise Its Discretion to Uphold It</u>	284	(4) <u>Même si <i>Hutchinson</i> pouvait être infirmé, notre Cour devrait exercer son pouvoir discrétionnaire pour confirmer sa validité</u>	284
(5) <u>Conclusion on Horizontal <i>Stare Decisis</i> Applied to <i>Hutchinson</i></u>	287	(5) <u>Conclusion quant à l’application du <i>stare decisis</i> horizontal à <i>Hutchinson</i></u>	287
D. <u>Application of <i>Hutchinson</i> to This Appeal</u>	288	D. <u>Application de l’arrêt <i>Hutchinson</i> au présent pourvoi</u>	288
(1) <u>The Two-Step Analysis of Consent Mandated by <i>Hutchinson</i></u>	289	(1) <u>L’analyse en deux étapes du consentement prescrite par <i>Hutchinson</i></u>	289
(2) <u>Conclusion on the Two-Step Consent Framework</u>	306	(2) <u>Conclusion sur le cadre d’analyse en deux étapes du consentement</u>	306
III. <u>Disposition</u>	310	III. <u>Dispositif</u>	310
I. <u>Overview</u>		I. <u>Aperçu</u>	

[109] We agree with our colleague Martin J. on the proper disposition of this appeal. We, too, would dismiss Mr. Kirkpatrick’s appeal and uphold the order of the Court of Appeal for British Columbia for a new trial.

[110] We also broadly and emphatically agree with our colleague’s summary, at paras. 26-35, of Canadian sexual assault law. No means *only* no; and *only* yes means yes. Consent to sexual activity requires nothing less than positive affirmation. In this way, our law strives to safeguard bodily integrity and sexual autonomy for all.

[111] But that is not what this appeal is about. This appeal asks whether this Court may interpret the same provision of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, twice, in radically different ways, without overturning itself. Our colleague says it can. We say it cannot.

[109] Nous sommes d’accord avec notre collègue la juge Martin sur l’issue du pourvoi. Comme elle, nous sommes d’avis de rejeter le pourvoi de M. Kirkpatrick et de confirmer l’ordonnance de nouveau procès de la Cour d’appel de la Colombie-Britannique.

[110] Nous souscrivons également largement et sans réserve au résumé du droit canadien en matière d’agression sexuelle que fait notre collègue aux par. 26-35. Non veut dire *seulement* non, et *seul* oui veut dire oui. Le consentement à l’activité sexuelle n’exige rien de moins qu’une manifestation explicite. De cette façon, notre droit vise à protéger l’intégrité corporelle et l’autonomie sexuelle de tous.

[111] Cependant, ce n’est pas la question soulevée dans le présent pourvoi. Ce dernier concerne la question de savoir si notre Cour peut interpréter la même disposition du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, deux fois, et de façons radicalement différentes, et ce, sans infirmer un de ses propres précédents. Notre collègue prétend que c’est possible. Nous soutenons que ce ne l’est pas.

[112] At stake here, however, is not only the coherence of our jurisprudence on this issue, but the methodology by which judicial authority is exercised at this Court.

[113] Our reasons proceed in four parts. First, we show that *R. v. Hutchinson*, 2014 SCC 19, [2014] 1 S.C.R. 346, governs the very issue now before this Court. The *Hutchinson* majority held, *categorically*, that condom use is not part of “the sexual activity in question” contemplated in s. 273.1(1) of the *Criminal Code*. When a person agrees to have sex on the condition that their partner wear a condom, but that condition is circumvented *in any way*, the sole pathway to criminal liability is the fraud vitiating consent analysis under s. 265(3)(c).

[114] This is precisely what occurred between Mr. Kirkpatrick and the complainant in this case. As we will explain, we are bound — as is our colleague — to apply *Hutchinson*. Yet, our colleague treats the matter of which framework to use — s. 273.1(1) or s. 265(3)(c) — as an open question that *Hutchinson* did not resolve. She addresses this binding precedent only secondarily, and towards the conclusion of her reasons, and gives short shrift to this Court’s definitive answer to the very question raised in this appeal. In doing so, our colleague superimposes the *Hutchinson* minority’s view onto this settled legal question, despite correctly pointing out that “what the minority says is not the law” (para. 95).

[115] And even were our colleague *not* bound by *Hutchinson*, she neither acknowledges nor accounts for how her proposed re-interpretation of s. 273.1(1) opens the door to over-criminalization, the burden of which is likely to fall disproportionately on the same marginalized communities she claims to defend. It is, after all, precisely the interpretation that our colleague

[112] Or, ce n’est pas seulement la cohérence de notre jurisprudence sur cette question qui est en cause en l’espèce, mais aussi la méthode par laquelle notre Cour exerce son pouvoir judiciaire.

[113] Nos motifs comportent quatre parties. Premièrement, nous démontrons que *R. c. Hutchinson*, 2014 CSC 19, [2014] 1 R.C.S. 346, régit la question même dont notre Cour est saisie en l’espèce. Dans cet arrêt, les juges majoritaires ont statué, *catégoriquement*, que l’utilisation du condom ne faisait pas partie de « l’activité sexuelle » visée au par. 273.1(1) du *Code criminel*. Lorsqu’une personne donne son accord à des rapports sexuels à la condition que son partenaire porte un condom, mais que cette condition n’a pas été respectée *de quelque façon que ce soit*, la seule voie menant à la responsabilité criminelle est celle de l’analyse relative à la fraude viciant le consentement en application de l’al. 265(3)c).

[114] C’est précisément ce qui s’est produit entre M. Kirkpatrick et la plaignante en l’espèce. Comme nous l’expliquons, nous sommes tenus — comme l’est notre collègue — d’appliquer l’arrêt *Hutchinson*. Pourtant, notre collègue traite la question de savoir quel cadre d’analyse doit être utilisé — celui du par. 273.1(1) ou celui de l’al. 265(3)c) — comme une question non résolue, question à laquelle *Hutchinson* n’a pas donné de réponse. Elle traite de ce précédent contraignant seulement de façon secondaire, et ce, vers la fin de ses motifs, et elle accorde peu d’importance à la réponse définitive déjà donnée par notre Cour à la même question que celle que soulève le présent pourvoi. Ce faisant, notre collègue superpose l’opinion des juges minoritaires dans *Hutchinson* à cette question juridique réglée, malgré qu’elle souligne à juste titre que « les juges minoritaires n’annoncent pas le droit applicable » (par. 95).

[115] De plus, même si notre collègue *n’était pas* liée par l’arrêt *Hutchinson*, elle ne reconnaît ni ne prend en considération le fait que la nouvelle interprétation qu’elle propose du par. 273.1(1) ouvre la porte à la surcriminalisation, dont le fardeau pèsera vraisemblablement de façon disproportionnée sur les mêmes communautés marginalisées qu’elle prétend

now revives from the minority reasons in *Hutchinson* that was rejected by the majority as failing to strike the proper balance between protecting sexual autonomy and ensuring the “blunt instrument” of the criminal law is applied with certainty and restraint (para. 18). The unsustainable distinction that our colleague draws to escape *Hutchinson* skates over the risk of over-criminalization that the majority in *Hutchinson* identified in the minority judges’ approach. Our colleague sweeps aside the “principled and clear line between criminal and non-criminal conduct” achieved in *Hutchinson*, which ensured that the failure to respect a partner’s conditioning of sex on condom use is criminalized only where it is both dishonest and potentially harmful to the complainant (para. 49).

[116] Second, as *Hutchinson* cannot be distinguished, it must either be applied or overturned. In claiming that *Hutchinson* is factually distinguishable, our colleague avoids the difficult work of determining whether *Hutchinson* should be overturned. To fairly assess whether *Hutchinson* can be overturned, we examined all of this Court’s horizontal *stare decisis* jurisprudence since the introduction of the *Constitution Act, 1982*. We underscore that *stare decisis* is fundamental to legal stability, judicial legitimacy, and the rule of law. We also synthesize the common themes that emerge from our jurisprudence and articulate a test for assessing whether this Court can overturn a prior precedent. In sum, this Court can only overturn its own precedents if that precedent (1) was rendered *per incuriam*, (2) is unworkable, or (3) has had its foundation eroded by significant societal or legal change.

[117] Third, applying our horizontal *stare decisis* framework, we conclude that *Hutchinson* meets none of the criteria for overturning precedent. It therefore governs the case at bar, such that the fraud vitiating

défendre. Après tout, l’interprétation que notre collègue reprend des motifs minoritaires dans *Hutchinson* est précisément celle que la majorité avait rejetée, au motif qu’elle ne permettait pas d’établir un juste équilibre entre la protection de l’autonomie sexuelle et l’assurance que l’« instrument grossier » que constitue le droit criminel est appliqué avec certitude et modération (par. 18). La distinction injustifiable que notre collègue fait pour échapper à *Hutchinson* fait abstraction du risque de surcriminalisation dans l’approche des juges minoritaires qui avait été constaté par la majorité dans cet arrêt. Notre collègue écarte la « ligne de démarcation nette et raisonnée entre les comportements criminels et les comportements non criminels » tracée dans *Hutchinson*, laquelle veille à ce que le non-respect du fait que le partenaire conditionne l’activité sexuelle à l’usage du condom ne soit criminalisé que s’il est à la fois malhonnête et possiblement préjudiciable pour le plaignant (par. 49).

[116] Deuxièmement, comme il n’est pas possible de distinguer *Hutchinson*, cet arrêt doit être soit appliqué, soit infirmé. En prétendant que, de par ses faits, *Hutchinson* peut être distingué, notre collègue s’évite la tâche difficile de décider s’il y a lieu d’infirmar cet arrêt. Pour évaluer justement la question de savoir si *Hutchinson* peut être renversé ou non, nous avons examiné toute la jurisprudence de notre Cour en matière de *stare decisis* horizontal depuis l’introduction de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Nous insistons sur le fait que le *stare decisis* est un élément fondamental de la stabilité juridique, de la légitimité judiciaire et de la primauté du droit. Nous synthétisons en outre les thèmes communs qui se dégagent de notre jurisprudence et formulons un test afin d’évaluer la question de savoir si notre Cour peut infirmer un précédent. En résumé, la Cour ne peut infirmer un de ses propres précédents que si celui-ci (1) a été rendu *per incuriam*, (2) est inapplicable, ou (3) a vu son fondement érodé par un changement sociétal ou juridique important.

[117] Troisièmement, appliquant notre cadre d’analyse en matière de *stare decisis* horizontal, nous concluons que l’arrêt *Hutchinson* ne satisfait à aucun des critères applicables à l’infirmer d’un précédent.

consent analysis under s. 265(3)(c) is engaged, rather than the consent analysis under s. 273.1(1).

[118] Finally, applying *Hutchinson* to the present case, we conclude there is some evidence that the complainant consented to the sexual activity in question, but that a new trial is required to determine whether her apparent consent was vitiated by fraud.

II. Analysis

A. *Hutchinson* Applies to This Appeal

[119] Our colleague treats the legal effect of the appellant’s “failure to wear a condom” as an open question, and suggests the answer to this question is unresolved in the jurisprudence (para. 25). She contends that, based on “well-established principles” of *stare decisis*, *Hutchinson* is a case “chiefly concerned with the delineation of deception under the criminal law” (para. 82). She says the *ratio decidendi* of *Hutchinson* relates solely to “sabotaged” condoms, not the absence of a condom (paras. 84-87). *Hutchinson* is, she says, “a classic case of deception” (para. 82). She says that this Court did not canvas the broader issues of a refusal to wear a condom or non-consensual condom removal (at para. 85), and, as such, *Hutchinson* “did not establish mandatory rules for all future cases involving a condom” (para. 76).

[120] None of this is remotely so. Indeed, it is demonstrably to the contrary. As we will explain, the case at bar is indistinguishable from *Hutchinson* for several reasons. First, the binding *ratio* of all the decisions of the Court, as an apex court, is necessarily wider than our colleague acknowledges, undermining her attempt to confine *Hutchinson* to its particular facts. Second, the interpretation of *Hutchinson* she advances is contradicted by a plain reading of the decision, by the *Hutchinson* minority opinion, and

Celui-ci régit donc le présent dossier, si bien que c’est l’analyse relative à la fraude viciant le consentement en application de l’al. 265(3)c) qui est en jeu, plutôt que celle relative au consentement en vertu du par. 273.1(1).

[118] Enfin, appliquant l’arrêt *Hutchinson* à l’es-pèce, nous concluons qu’il existe une certaine preuve que la plaignante a donné son consentement à l’activité sexuelle, mais qu’un nouveau procès s’impose afin de décider si son consentement apparent a été vicié par la fraude.

II. Analyse

A. *L’arrêt Hutchinson* s’applique au présent pourvoi

[119] Notre collègue traite l’effet juridique de « l’omission [de l’appelant] d’avoir porté un condom » comme une question non résolue, et suggère que la jurisprudence n’y a pas donné de réponse (par. 25). Elle prétend que, conformément aux « principes bien établis » du *stare decisis*, l’arrêt *Hutchinson* « vise principalement à circonscrire la tromperie en droit criminel » (par. 82). Elle affirme que la *ratio decidendi* de cette décision ne se rapporte qu’aux condoms « saboté[s] », et non à l’absence de condom (par. 84-87). L’arrêt *Hutchinson* est, dit-elle, « une affaire classique de tromperie » (par. 82). Elle déclare que notre Cour n’a pas examiné à fond les questions plus larges du refus de porter un condom ou du retrait non consensuel du condom (au par. 85), si bien que *Hutchinson* « n’a pas établi de règles obligatoires applicables à toutes les affaires postérieures où un condom est en cause » (par. 76).

[120] Rien de tout cela n’est un tant soit peu exact. En fait, c’est totalement l’inverse. Comme nous l’expliquons, le présent dossier ne peut être distingué de l’affaire *Hutchinson*, pour plusieurs raisons. Premièrement, la *ratio* contraignante de tous les arrêts de la Cour, en tant que juridiction de dernière instance, est nécessairement plus large que ce que reconnaît notre collègue, ce qui mine sa tentative de limiter la portée de l’arrêt *Hutchinson* aux faits particuliers de cette affaire. Deuxièmement, l’interprétation

by *Hutchinson*'s treatment by courts across the country. Third, the distinction our colleague would draw between *Hutchinson* and the case at bar is both incoherent and illogical. And finally, we say, respectfully but adamantly, it follows from the foregoing that our colleague's attempt to "distinguish" *Hutchinson*, in substance, effects an overturning of that precedent. Although the facts are "bound to change in every case", as our colleague says (at para. 40), the applicable legal framework does not. With respect, our colleague claims her analysis is "grounded in the time-honoured tradition of interpreting the scope of a previous decision" (para. 97), when she in fact overturns *Hutchinson*, if not in form then in substance.

(1) This Court's Decisions Are Intended to Apply Broadly

[121] Our colleague purports to distinguish *Hutchinson* by narrowly confining it to its highly unusual facts. While the facts of *Hutchinson* included a sabotaged condom (as opposed to no condom at all), the *ratio* of *Hutchinson*, as is typical of all cases decided at this Court, is broader than its facts. Our colleague's methodology is wholly inconsistent with this Court's established jurisprudence on interpreting the binding *ratio* of its decisions. She reinterprets *Hutchinson* on the narrow basis that the decision is "limited by its factual context" involving a sabotaged condom (para. 84). As we will explain, her emphasis on these aspects of the majority reasons overlooks the principles to be applied to ascertain the *ratio* of a case.

[122] Not all judicial decisions are created equal. The breadth of a decision's *ratio* varies according to the level of court rendering it. While trial courts are rarely called upon to break new legal ground, intermediate appellate court decisions, generally speaking, concern the application of a point of law to the facts found by the trial court. This reflects the

qu'elle propose de *Hutchinson* est contredite par la simple lecture de l'arrêt, par les motifs des juges minoritaires dans cette affaire et par le traitement que lui ont réservé les tribunaux partout au pays. Troisièmement, la distinction que notre collègue ferait entre *Hutchinson* et le présent dossier est à la fois incohérente et illogique. Enfin, nous affirmons, avec égards, mais catégoriquement, qu'il découle de ce qui précède que la tentative de notre collègue de « distinguer » *Hutchinson* revient, dans les faits, à infirmer ce précédent. Bien que, comme l'affirme notre collègue (au par. 40), les faits « varie[nt] inévitablement d'une affaire à l'autre », ce n'est pas le cas du cadre juridique applicable. Avec égards, notre collègue prétend que son analyse « repose sur la tradition consacrée qui consiste à interpréter la portée d'un arrêt antérieur » (par. 97), alors que dans les faits, elle infirme *Hutchinson*, sinon sur la forme, du moins sur le fond.

(1) Les arrêts de notre Cour sont censés s'appliquer de façon large

[121] Notre collègue prétend distinguer l'arrêt *Hutchinson* en limitant étroitement la portée de celui-ci à ses faits très inhabituels. Bien que les faits de l'affaire *Hutchinson* impliquent un condom saboté (par opposition à l'absence totale de condom), sa *ratio*, comme c'est généralement le cas pour toutes les affaires tranchées par notre Cour, est plus large que ses faits. La méthode de notre collègue est tout à fait incompatible avec la jurisprudence établie par notre Cour sur l'interprétation de la *ratio* contraignante de ses arrêts. Notre collègue réinterprète *Hutchinson* sur le fondement restreint que cette décision est « limitée par son contexte factuel » où il est question d'un condom saboté (par. 84). Comme nous l'expliquerons, l'accent qu'elle met sur ces aspects des motifs de la majorité ne tient pas compte des principes à appliquer pour déterminer la *ratio* d'un arrêt.

[122] Les décisions judiciaires ne sont pas toutes sur le même pied d'égalité. La portée de la *ratio* d'une décision varie en fonction du niveau du tribunal qui la rend. Bien qu'il soit rare que les tribunaux de première instance soient appelés à rendre des décisions qui innovent sur le plan du droit, les décisions des cours d'appel intermédiaires concernent généralement

respective roles of the lower courts within our common law system (see, e.g., D. J. M. Brown, with the assistance of D. Fairlie, *Civil Appeals* (loose-leaf), at §§ 1:1-1:7; *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235, at paras. 11-18; *R. v. R.P.*, 2012 SCC 22, [2012] 1 S.C.R. 746; *Ledcor Construction Ltd. v. Northbridge Indemnity Insurance Co.*, 2016 SCC 37, [2016] 2 S.C.R. 23, at paras. 35-36; *Salomon v. Matte-Thompson*, 2019 SCC 14, [2019] 1 S.C.R. 729, at paras. 105-8, per Côté J., dissenting, but not on this point).

[123] By contrast, apex courts consider broader legal questions (Brown, at § 1:7; B. Laskin, “The Role and Functions of Final Appellate Courts: The Supreme Court of Canada” (1975), 53 *Can. Bar Rev.* 469, at p. 475; *Housen*, at para. 9; *Bhasin v. Hrynew*, 2014 SCC 71, [2014] 3 S.C.R. 494, at para. 34). The decisions of this Court “resonate through the legal system” by enunciating, as they often do, general principles meant to apply broadly to the system as a whole (P. Daly, “Introduction”, in P. Daly, ed., *Apex Courts and the Common Law* (2019), 3, at pp. 4-5; M. Rowe and L. Katz, “A Practical Guide to *Stare Decisis*” (2020), 41 *Windsor Rev. Legal Soc. Issues* 1, at p. 9). Accordingly, where this Court “turns its full attention to an issue and deals with it definitively”, its “guidance . . . should be treated as binding”, even where those comments were not strictly necessary for resolving the particular facts of that case (Rowe and Katz, at p. 10).

[124] Indeed, where once it was thought that “a case is only an authority for what it actually decides”, identifying the *ratio* of a decision of a modern apex court is a more expansive undertaking (*R. v. Henry*, 2005 SCC 76, [2005] 3 S.C.R. 609, at para. 53; Daly, at p. 4). Apex courts do not merely resolve individual cases; they expound general principles intended to guide — and bind — lower courts. The institutional position of our Court thus precludes an unduly narrow understanding of the law as we pronounce it, confined to the facts of each individual case. It requires

l’application d’un point de droit aux faits constatés par le tribunal de première instance. Cela reflète les rôles respectifs des juridictions inférieures dans notre système de common law (voir, p. ex., D. J. M. Brown, assisté de D. Fairlie, *Civil Appeals* (feuilles mobiles), § 1:1-1:7; *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235, par. 11-18; *R. c. R.P.*, 2012 CSC 22, [2012] 1 R.C.S. 746; *Ledcor Construction Ltd. c. Société d’assurance d’indemnisation Northbridge*, 2016 CSC 37, [2016] 2 R.C.S. 23, par. 35-36; *Salomon c. Matte-Thompson*, 2019 CSC 14, [2019] 1 R.C.S. 729, par. 105-108, la juge Côté, dissidente, mais non sur ce point).

[123] En revanche, les tribunaux de dernière instance se penchent sur des questions de droit plus larges (Brown, § 1:7; B. Laskin, « The Role and Functions of Final Appellate Courts : The Supreme Court of Canada » (1975), 53 *R. du B. can.* 469, p. 475; *Housen*, par. 9; *Bhasin c. Hrynew*, 2014 CSC 71, [2014] 3 R.C.S. 494, par. 34). Les arrêts de notre Cour [TRADUCTION] « résonnent dans tout le système juridique » en énonçant, comme ils le font souvent, des principes généraux qui sont censés s’appliquer de façon large au système dans son ensemble (P. Daly, « Introduction », dans P. Daly, dir., *Apex Courts and the Common Law* (2019), 3, p. 4-5; M. Rowe et L. Katz, « A Practical Guide to *Stare Decisis* » (2020), 41 *Windsor Rev. Legal Soc. Issues* 1, p. 9). Par conséquent, lorsque notre Cour [TRADUCTION] « porte toute son attention sur une question et la tranche de manière définitive », ses « indications [. . .] devraient être considérées comme contraignantes », même lorsque ces commentaires n’étaient pas strictement nécessaires au règlement des faits particuliers de l’affaire » (Rowe et Katz, p. 10).

[124] En effet, alors qu’on pensait autrefois [TRADUCTION] « [qu’]une décision ne fait autorité qu’à l’égard de ce qui y est effectivement décidé », la détermination de la *ratio* d’une décision rendue par une cour de dernière instance moderne est une entreprise plus vaste (*R. c. Henry*, 2005 CSC 76, [2005] 3 R.C.S. 609, par. 53; Daly, p. 4). Les tribunaux de dernière instance ne font pas que résoudre des dossiers particuliers : ils énoncent des principes généraux qui sont censés guider — et lier — les juridictions inférieures. La position institutionnelle qu’occupe

instead a broader approach that produces general legal principles with the power to “unify large areas of the law and provide meaningful guidance to the legal community” (Daly, at pp. 4-5). For example, this Court’s decision in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, stands for more than the proposition that s. 8 of the *Narcotic Control Act*, R.S.C. 1970, c. N-1, is unconstitutional. As such, it is not open to this Court to reinvent the framework of analysis for s. 1 of the *Charter* each time a constitutional appeal arises with facts different from those in *Oakes*.

[125] Despite the foregoing, our colleague, as we say, maintains that “[c]ases are only authorities for what they ‘actually decide[d]’” (para. 85). But this view, stated over 120 years ago by the Earl of Halsbury L.C. at the House of Lords in *Quinn v. Leatham*, [1901] A.C. 495, at p. 506, has been explicitly *rejected* by this Court. Indeed, in *Henry*, Binnie J., writing for the Court, explained at length, at para. 53, why this obsolete approach of the Lord Chancellor Halsbury and our colleague no longer applies:

The caution [that a case is only an authority for what it actually decides] was important at the time, of course, because the House of Lords did not then claim the authority to review and overrule its own precedents. This is no longer the case. . . . In Canada in the 1970s, the challenge became more acute when this Court’s mandate became oriented less to error correction and more to development of the jurisprudence (or . . . to deal with questions of “public importance”). The amendments to the *Supreme Court Act* had two effects relevant to this question. Firstly, the Court took fewer appeals, thus accepting fewer opportunities to discuss a particular area of the law, and some judges felt that “we should make the most of the opportunity by adopting a more expansive approach to our decision-making role”: B. Wilson, “Decision-making in the Supreme Court” (1986), 36 *U.T.L.J.* 227, at p. 234. Secondly, and more importantly, much of the Court’s work (particularly under the *Charter*) required the development of a general analytical framework which necessarily went beyond what

notre Cour milite à l’encontre d’une conception trop restrictive de nos jugements qui serait limitée aux faits de chaque affaire individuelle. Elle commande plutôt une approche plus large — laquelle produit des principes juridiques généraux — susceptible [TRADUCTION] « d’unifier de vastes domaines du droit et de donner des indications utiles à la communauté juridique » (Daly, p. 4-5). Par exemple, l’arrêt de notre Cour *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, ne permet pas seulement d’affirmer que l’art. 8 de la *Loi sur les stupéfiants*, S.R.C. 1970, c. N-1, est inconstitutionnel. Ce faisant, il n’est pas loisible à notre Cour de réinventer le cadre d’analyse applicable à l’article premier de la *Charte* chaque fois qu’un pourvoi en matière constitutionnelle porte sur des faits différents de ceux de l’affaire *Oakes*.

[125] Malgré ce qui précède, notre collègue, rappelons-le, prétend que « [l]es décisions ne font autorité qu’à l’égard de ce qui y est [TRADUCTION] “effectivement décidé” » (par. 85). Toutefois, cette opinion, énoncée il y a plus de 120 ans par le comte Halsbury, lord chancelier, à la Chambre des lords dans *Quinn c. Leatham*, [1901] A.C. 495, p. 506, a été explicitement *rejetée* par notre Cour. En effet, dans l’arrêt *Henry*, le juge Binnie, s’exprimant au nom de la Cour, a expliqué en détail, au par. 53, pourquoi cette approche désuète, du lord chancelier Halsbury et de notre collègue, ne s’applique plus :

Naturellement, cette mise en garde [qu’une décision ne fait autorité qu’à l’égard de ce qui y est effectivement décidé] était importante à l’époque, parce que la Chambre des Lords ne se prétendait pas alors autorisée à réviser et à écarter ses propres décisions. Ce n’est plus le cas aujourd’hui. [. . .] Dans les années 1970, au Canada, cette difficulté s’est accrue avec la réorientation de la mission de notre Cour, qui consiste désormais moins à corriger les erreurs et davantage à développer la jurisprudence (ou à analyser des questions ayant de « l’importance [. . .] pour le public » [. . .]). Les modifications apportées à la *Loi sur la Cour suprême* ont eu deux effets pertinents pour la question qui nous occupe. Premièrement, la Cour a autorisé moins de pourvois, se donnant ainsi moins de possibilités d’examiner un point de droit particulier, et certains juges ont estimé qu’il fallait [TRADUCTION] « tirer le plus grand parti possible de l’occasion offerte, en abordant notre fonction décisionnelle dans une perspective plus large » : B. Wilson, « Decision-making in the Supreme Court » (1986), 36 *U.T.L.J.* 227, p. 234.

was essential for the disposition of the particular case. . . . It would be a foolhardy advocate who dismissed Dickson C.J.'s classic formulation of proportionality in *Oakes* as mere *obiter*. Thus if we were to ask “what *Oakes* actually decides”, we would likely offer a more expansive definition in the post-*Charter* period than the Earl of Halsbury L.C. would have recognized a century ago. [Emphasis added.]

[126] We agree with Binnie J.'s statement that the “strict and tidy demarcation” between the narrow *ratio decidendi* of a case, which is binding, and *obiter*, which is not, is an “oversimplification” of how the law develops (*Henry*, at para. 52). The legal point decided by the Court may be narrow or broad, depending on its proximity to the *ratio* of the case. The focus remains on the words this Court uses in its reasons, read in the context of the decision as a whole, as well as “the basic fundamental principle” that the law “develops by experience” (*Henry*, at para. 57).

[127] That said, in statutory interpretation cases, the context of the decision as a whole must not stray beyond its appropriate limits. While context remains relevant, it cannot be used to achieve different outcomes for different litigants. Statutory interpretation of *Criminal Code* provisions engages questions of law, which must be answered consistently for all types of offenders. For example, the meaning of “the sexual activity in question” cannot differ from one offender to the next. The *ratio decidendi* of a decision is a statement of law, not facts, and “[q]uestions of law forming part of the *ratio* . . . of a decision are binding . . . as a matter of *stare decisis*” (*Edmonton (City) v. Edmonton East (Capilano) Shopping Centres Ltd.*, 2016 SCC 47, [2016] 2 S.C.R. 293, at para. 71, per Côté and Brown JJ., dissenting, but not on this point; *R. v. Arcand*, 2010 ABCA 363, 264 C.C.C. (3d) 134, at para. 413, per Hunt and O’Brien JJ.A.; *Osborne v. Rowlett* (1880), 13 Ch. D. 774, at p. 785). A question of law cannot, therefore, be confused with

Deuxièmement, et ce qui est plus important, la Cour a dû, dans bon nombre de dossiers (en particulier, ceux concernant la *Charte*), élaborer un cadre général d’analyse qui débordait nécessairement le strict minimum requis pour trancher le pourvoi. [. . .] Il faudrait être bien téméraire aujourd’hui pour prétendre que l’énoncé classique du juge en chef Dickson sur la proportionnalité, dans l’arrêt *Oakes*, n’est qu’une remarque incidente. C’est pourquoi si l’on se demande « ce qui est effectivement décidé dans *Oakes* », on arrivera probablement à une définition plus large depuis l’entrée en vigueur de la *Charte* que celle que le comte Halsbury aurait formulée un siècle auparavant. [Nous soulignons.]

[126] Nous sommes d’accord avec le juge Binnie pour dire que la « ligne de démarcation très nette » entre la *ratio decidendi* bien circonscrite d’une affaire, laquelle a force contraignante, et les *obiter*, qui ne l’ont pas, constitue une « simplification à outrance » de la façon dont le droit se développe (*Henry*, par. 52). Le point de droit tranché par la Cour peut être restreint ou large, selon sa proximité par rapport à la *ratio* de l’affaire. L’accent reste mis sur les mots utilisés par notre Cour dans ses motifs, lus dans le contexte de la décision dans son ensemble, ainsi que sur le « principe fondamental » voulant que le droit « évolu[e] [. . .] au gré des situations qui surviennent » (*Henry*, par. 57).

[127] Cela dit, dans les affaires portant sur l’interprétation statutaire, le contexte de la décision dans son ensemble ne doit pas aller au-delà de ses limites appropriées. Bien que le contexte demeure pertinent, il ne doit pas servir à parvenir à des résultats différents lorsque les parties sont différentes. L’interprétation de dispositions du *Code criminel* soulève des questions de droit, lesquelles doivent être tranchées de manière cohérente pour tous les types de délinquants. Par exemple, « l’activité sexuelle » ne peut pas revêtir un sens différent selon le délinquant. La *ratio decidendi* d’une décision est un énoncé de droit, et non de faits, et « [l]es questions de droit faisant partie de la *ratio* [. . .] d’une décision [sont contraignantes] en raison de la règle du *stare decisis* » (*Edmonton (Ville) c. Edmonton East (Capilano) Shopping Centres Ltd.*, 2016 CSC 47, [2016] 2 R.C.S. 293, par. 71, les juges Côté et Brown, dissidents, mais non sur ce point; *R. c. Arcand*, 2010 ABCA 363, 264 C.C.C. (3d) 134, par. 413, les juges Hunt et O’Brien; *Osborne c. Rowlett*

the various factual matrices from which that question of law might arise.

[128] In our respectful view, our colleague’s reasons are flawed because the core issue on appeal (the statutory interpretation of “the sexual activity in question” in s. 273.1(1)) is a straightforward question of law that this Court categorically resolved in *Hutchinson*. Our colleague relies on the argument that this case is *factually* distinguishable. But this is irrelevant, as the underlying question of law is identical across both appeals.

[129] Further, when the question of law is one of statutory interpretation, the *ratio decidendi* of prior jurisprudence of this Court must be understood in the context of the Court’s role: to provide a clear and uniformly applicable interpretation of how a statutory provision is to be understood and applied by lower courts across Canada. When this Court is presented with a statutory interpretation question for the first time, its role is to “give effect to the intention of the legislature insofar as that intention is discoverable from the language of the text” and further assisted by the rules of statutory interpretation (R. Sullivan, *Statutory Interpretation* (3rd ed. 2016), at p. 38).

[130] The exercise of statutory interpretation, by necessity, cannot invite multiple competing interpretations or “gradients” of application based on the facts of a particular case. As a matter of *stare decisis*, a court is bound by a prior interpretation of a statutory provision, whether of the same court or of a higher court, until that statement is reversed by a court of higher authority, or until the statutory provision is amended by the legislature (*Delta Acceptance Corporation Ltd. v. Redman* (1966), 55 D.L.R. (2d) 481 (Ont. C.A.), at p. 485, per Schroeder J.A.).

[131] Our colleague sidesteps *Hutchinson* by suggesting that the understanding of its *ratio* has shifted

(1880), 13 Ch. D. 774, p. 785). Une question de droit ne doit ainsi pas être confondue avec les divers cadres factuels desquels elle peut découler.

[128] À notre avis et avec égards, les motifs de notre collègue présentent des failles puisque la question fondamentale en litige dans le présent pourvoi (l’interprétation de l’expression « l’activité sexuelle » au par. 273.1(1)) est une simple question de droit, laquelle a été réglée de manière catégorique par notre Cour dans l’arrêt *Hutchinson*. Notre collègue se fonde sur l’argument selon lequel les *faits* du présent dossier sont différents. Or, cela est sans importance puisque la question de droit fondamentale est identique dans les deux pourvois.

[129] De plus, lorsque la question de droit concerne l’interprétation statutaire, la *ratio decidendi* de la jurisprudence antérieure de notre Cour doit être interprétée au regard du rôle de notre tribunal : fournir une interprétation claire et applicable uniformément à la manière dont une disposition législative doit être comprise et mise en œuvre par les tribunaux d’instance inférieure à travers le pays. Lorsque notre Cour est saisie pour la première fois d’une question d’interprétation statutaire, son rôle consiste à [TRADUCTION] « donner effet à l’intention du législateur dans la mesure où celle-ci peut être dégagée du libellé » en s’appuyant sur les règles d’interprétation statutaire (R. Sullivan, *Statutory Interpretation* (3^e éd. 2016), p. 38).

[130] Par la force des choses, l’exercice d’interprétation statutaire ne peut mener à de multiples interprétations contradictoires ou à des « degrés » d’application en fonction des faits d’une affaire donnée. En raison du *stare decisis*, un tribunal est lié par l’interprétation antérieure d’une disposition législative, qu’elle ait été donnée par le même tribunal ou un tribunal d’instance supérieure, et ce, jusqu’à ce qu’un tribunal d’instance supérieure infirme cette interprétation ou que la disposition législative soit modifiée par le législateur (*Delta Acceptance Corporation Ltd. c. Redman* (1966), 55 D.L.R. (2d) 481 (C.A. Ont.), p. 485, le juge Schroeder).

[131] Notre collègue contourne l’arrêt *Hutchinson* en suggérant que la compréhension de sa *ratio* a

over time in accordance with “the basic fundamental principle that the common law develops by experience” (para. 97, quoting *Henry*, at para. 57). We do not dispute that principle; but it is of no moment here. *Hutchinson* is not a common law precedent. It is a statutory interpretation precedent. The meaning of the interpreted statutory provision in *Hutchinson* — s. 273.1(1) of the *Criminal Code* — does not shift over time (see paras. 261-62, below). Nor does its meaning shift because some have criticized what it plainly stands for: that condom use does not go to the sexual activity in question (Martin J.’s reasons, at para. 96). In interpreting a statutory provision, the judicial role is to give effect to the intent of the legislature. It is a fundamental error to apply the “living tree” methodology to the interpretation of statutes. And it is no less an error to confuse statutory interpretation with development of the common law, which is judge-made and applies in the absence of legislative enactment.

[132] An additional systemic point is worth mentioning here. Our colleague’s approach would tend to undermine the precedential force of all our decisions. Future litigants could attempt to confine all our precedents to their peculiar facts. Similarly, lower courts could routinely sidestep our precedents by distinguishing the case before them with ease. Our court would cease to be an apex court institutionally tasked with definitively resolving legal issues of public importance, and instead become a court of error correction whose decisions are confined to the facts of each case. As the authorities reviewed above make clear, the role of this Court at the apex of our modern judicial hierarchy is not comparable to that of the House of Lords at the close of the reign of Queen Victoria.

(2) Properly Interpreted, *Hutchinson* Governs This Appeal

[133] In light of the foregoing, to ascertain the binding *ratio* of *Hutchinson*, it is necessary to review what

changé avec le temps conformément au « principe fondamental de l’évolution de la common law au gré des situations qui surviennent » (par. 97, citant *Henry*, par. 57). Nous ne remettons pas en cause ce principe, mais soutenons qu’il n’a aucune pertinence en l’espèce. *Hutchinson* n’est pas un précédent de common law. Il s’agit d’un précédent en matière d’interprétation statutaire. Le sens de la disposition législative interprétée dans cet arrêt — soit le par. 273.1(1) du *Code criminel* — ne change pas avec le temps (voir par. 261-262, ci-après). Son sens ne change pas non plus parce que certains ont critiqué ce qu’elle exprime clairement : que l’utilisation d’un condom ne fait pas partie de l’activité sexuelle (motifs de la juge Martin, par. 96). Dans l’interprétation d’une disposition législative, le rôle du tribunal consiste à donner effet à l’intention du législateur. Appliquer la méthode de l’« arbre vivant » à l’interprétation des lois constitue une erreur fondamentale. Confondre interprétation statutaire et évolution de la common law — laquelle est établie par les juges et s’applique en l’absence de texte législatif — est tout aussi erroné.

[132] Il convient de mentionner ici un autre élément systémique. L’approche de notre collègue tendrait à miner la force de précédent de toutes nos décisions. De futurs plaideurs pourraient essayer de limiter à leurs faits particuliers la portée de tous nos précédents. De même, les tribunaux d’instance inférieure pourraient régulièrement contourner nos précédents en les distinguant aisément de l’affaire dont ils sont saisis. Notre Cour ne serait plus la juridiction de dernière instance chargée, sur le plan institutionnel, de trancher de façon définitive des questions de droit d’importance pour le public; elle deviendrait plutôt un tribunal responsable de corriger des erreurs et dont les décisions se limitent aux faits de chaque affaire. Comme le démontrent clairement les autorités examinées précédemment, le rôle de notre Cour, en tant que sommet de notre hiérarchie judiciaire moderne, n’est pas comparable à celui de la Chambre des lords à la fin du règne de la reine Victoria.

(2) Interprété correctement, *Hutchinson* régit le présent pourvoi

[133] Compte tenu de ce qui précède, afin de déterminer la *ratio* contraignante de l’arrêt *Hutchinson*,

the majority actually said, what the minority understood the majority to be saying, and how courts have interpreted and applied the holding in *Hutchinson*.

- (a) *The Hutchinson Majority Held That Condom Use Is Not a Sex Act Under Section 273.1(1)*

[134] The plain words used throughout the majority decision in *Hutchinson* confirm its *ratio*; that condom use does not form part of “the sexual activity in question” under s. 273.1(1) of the *Criminal Code*.

[135] At paras. 2-3 and 5, the majority stated its intention to provide *broad* and *binding* guidance on the proper interpretation of consent under s. 273.1(1) as it relates to condom use. These passages are particularly illuminating, so we reproduce them here in their entirety:

In this case, the complainant consented to sexual activity with a condom to prevent conception. Unknown to her at the time, her partner, Mr. Hutchinson, poked holes in the condom and the complainant became pregnant. Mr. Hutchinson was charged with aggravated sexual assault. The complainant said that she did not consent to unprotected sex. The trial judge agreed and convicted Mr. Hutchinson of sexual assault. The majority of the Nova Scotia Court of Appeal . . . upheld the conviction on the basis that condom protection was an essential feature of the sexual activity, and therefore the complainant did not consent to the “sexual activity in question”. Farrar J.A., dissenting, held that there was consent to the sexual activity, but that a new trial was required to determine whether consent was vitiated by fraud.

The immediate problem is how cases such as this fall to be resolved under the provisions of the *Criminal Code*. This is an issue of statutory interpretation. Underlying this is a broader question — where should the line between criminality and non-criminality be drawn when consent is the result of deception?

il est nécessaire d’examiner ce que la majorité a réellement dit, ce que les juges minoritaires en ont compris et comment les tribunaux ont interprété et appliqué la conclusion finalement tirée.

- a) *Dans Hutchinson, la majorité a conclu que l’utilisation d’un condom ne constitue pas un acte sexuel visé par le par. 273.1(1)*

[134] Les termes clairs utilisés tout au long de la décision de la majorité dans *Hutchinson* confirment sa *ratio* : l’utilisation d’un condom ne fait pas partie de « l’activité sexuelle » visée au par. 273.1(1) du *Code criminel*.

[135] Aux paragraphes 2-3 et 5, la majorité a exprimé son intention de fournir des lignes directrices *larges* et *contraignantes* sur l’interprétation qu’il convient de donner au consentement au sens du par. 273.1(1) en matière d’utilisation d’un condom. Comme les passages suivants sont particulièrement révélateurs, nous les reproduisons intégralement ici :

En l’espèce, la plaignante a consenti à l’activité sexuelle, pourvu qu’un condom soit utilisé comme moyen contraceptif. À son insu, son partenaire, M. Hutchinson, a percé des trous dans le condom, et elle est tombée enceinte. Monsieur Hutchinson a été accusé d’agression sexuelle grave. La plaignante a affirmé ne pas avoir accepté d’avoir des rapports sexuels non protégés. Le juge du procès a retenu son témoignage et a déclaré M. Hutchinson coupable d’agression sexuelle. [L]es juges majoritaires de la Cour d’appel de la Nouvelle-Écosse [ont] confirmé la déclaration de culpabilité, au motif que l’utilisation du condom constituait une caractéristique essentielle de l’« activité sexuelle » et que, pour cette raison, la plaignante n’avait pas consenti à celle-ci. Le juge Farrar, dissident, a conclu qu’il y avait eu consentement à l’activité sexuelle, mais qu’un nouveau procès était nécessaire pour déterminer si ce consentement avait été vicié par la fraude.

Le premier problème consiste à déterminer comment des cas comme celui qui nous occupe doivent être tranchés au regard des dispositions du *Code criminel*. Il s’agit là d’une question d’interprétation législative. Mais, fondamentalement, ce problème soulève une question plus large : où devrait être tracée la ligne de démarcation entre les comportements criminels et les comportements non criminels lorsque le consentement résulte d’une tromperie?

...
We conclude that the first step [of the process for analyzing consent to sexual activity] requires proof that the complainant did not voluntarily agree to the touching, its sexual nature, or the identity of the partner. Mistakes on the complainant's part (however caused) in relation to other matters, such as whether the partner is using effective birth control or has a sexually transmitted disease, are not relevant at this stage. [Emphasis added; citations omitted.]

[136] These passages — for which our colleague does not adequately account — are a complete answer to para. 90 of her reasons, which embrace Groberman J.A.'s unduly narrow reading of *Hutchinson* in the judgment below.

[137] Our colleague, like Groberman J.A., contends that *Hutchinson* endorses an interpretation of “the sexual activity in question” that treats birth control measures as “‘conditions or qualities of the physical act’ where they do not inherently change the physical act itself” and, “where they do change the physical act itself, like condom use, they may fall under s. 273.1” (para. 90). Our colleague suggests the majority drew a distinction “premised on the efficacy of the condom” (para. 90). But, again, this is simply not so. The *Hutchinson* majority *explicitly* held that “there is no reason in principle to analyze a case of a lie that obtains consent to unprotected sex and a lie as to the condition of a condom differently” (para. 41 (emphasis added)). Our colleague’s attempt to parse this sentence in a manner that supports her position is neither cogent nor tenable (para. 93).

[138] Our colleague also expresses the view that “nowhere in [*Hutchinson*] does the Court address the total absence of a condom in circumstances where consent was conditional on its use” (para. 94). Again, this is clearly not so. To the contrary, the *Hutchinson*

...
Nous concluons que la première étape de l’analyse [pour décider s’il y eu consentement à une activité sexuelle] exige la preuve que le plaignant n’a pas donné son accord volontaire aux contacts, à la nature sexuelle des contacts ou à l’identité du partenaire. Les erreurs relatives à d’autres questions (quelle que soit leur cause) — par exemple celles de savoir si le partenaire utilise un moyen de contraception efficace ou est atteint d’une maladie transmissible sexuellement — ne sont pas pertinentes à cette étape. [Nous soulignons; références omises.]

[136] Ces passages — dont notre collègue ne tient pas compte adéquatement — répondent entièrement au par. 90 de ses motifs, où elle adopte l’interprétation indûment restrictive de l’arrêt *Hutchinson* par le juge Groberman dans le jugement de la Cour d’appel.

[137] À l’instar du juge Groberman, notre collègue affirme que l’arrêt *Hutchinson* entérine une interprétation de « l’activité sexuelle » où les moyens de contraception sont considérés comme des « ‘conditions ou [d]es caractéristiques de l’acte physique’ lorsqu’[ils] ne changent pas intrinsèquement l’acte physique lui-même » et où, « lorsqu’[ils] changent l’acte physique lui-même, par exemple, l’utilisation d’un condom, [ils] peuvent tomber sous le coup de l’art. 273.1 » (par. 90). Notre collègue suggère que les juges majoritaires ont établi une distinction « qui reposait sur l’efficacité du condom » (par. 90). Mais là encore, ce n’est tout simplement pas le cas. Dans *Hutchinson*, la majorité a *expressément* conclu « qu’il n’existe aucun principe justifiant d’analyser différemment un mensonge permettant d’obtenir le consentement d’une personne à des rapports sexuels sans protection et un mensonge concernant l’état d’un condom » (par. 41 (nous soulignons)). La tentative de notre collègue de décortiquer cette phrase de manière à étayer sa position n’est ni convaincante ni défendable (par. 93).

[138] Notre collègue exprime également le point de vue selon lequel « nulle part dans l’arrêt [*Hutchinson*] notre Cour n’aborde-t-elle l’absence totale de condom dans les circonstances où le consentement était conditionnel à son utilisation » (par. 94). Encore une

majority stated that the law must treat “a lie that obtains consent to unprotected sex and a lie as to the condition of a condom” consistently, and later that “[e]ffective condom use . . . is not a sex act” (paras. 41 and 64). Sabotage is obviously one means by which a sexual partner’s stipulation of condom use can be circumvented. But the *Hutchinson* Court did not confine itself to this particular means. Another way of rendering a condom *ineffective* is to remove it or fail to wear it, despite an agreement that it be worn, leading to *unprotected sex*. This is exactly what is alleged to have occurred in the case at bar: Mr. Kirkpatrick, by deceptively concealing from the complainant that he was not wearing a condom, obtained her consent to unprotected sex despite her express wish that he wear protection. It is obvious that the *Hutchinson* majority was alive to this scenario and intended it to be treated consistently with condom sabotage, i.e., under s. 265(3)(c).

[139] In rejecting the “essential features” approach, the *Hutchinson* majority decided on a narrow reading of s. 273.1(1). In so doing, it made a categorical statement that precludes any distinction between effective condom use and the absence of a condom. It thus confined “the sexual activity in question” to the physical act itself (for example, kissing, petting, oral sex, intercourse, or the use of sex toys) (para. 54). Again, this is a complete answer to our colleague’s claim, at para. 25, that “[t]wo alternative pathways are available to decide the legal effect of Mr. Kirkpatrick’s failure to wear a condom”. It is this simple: *Hutchinson* firmly blocks the pathway our colleague now proposes to take.

fois, ce n’est clairement pas le cas. Au contraire, la majorité a déclaré dans *Hutchinson* que le droit doit traiter de façon cohérente « un mensonge permettant d’obtenir le consentement d’une personne à des rappports sexuels sans protection et un mensonge concernant l’état d’un condom », et a plus tard affirmé que « [l]’utilisation d’un condom efficace [. . .] ne constitue pas un acte sexuel » (par. 41 et 64). Le sabotage est de toute évidence un moyen parmi tant d’autres de contourner la condition imposée par un partenaire sexuel quant à l’utilisation d’un condom. Cependant, la Cour, dans *Hutchinson*, ne s’est pas limitée à ce moyen en particulier. Une autre manière de rendre un condom *inefficace* consiste à l’enlever ou à ne pas le porter, malgré l’accord d’en porter un, menant ainsi à des *rappports sexuels non protégés*. C’est exactement ce qui, selon les allégations, se serait produit en l’espèce : M. Kirkpatrick, en cachant de façon trompeuse à la plaignante qu’il ne portait pas de condom, a obtenu son consentement à des rapports sexuels sans protection, malgré sa volonté explicite qu’il en porte un. De toute évidence, la majorité dans *Hutchinson* était consciente de ce scénario et avait l’intention qu’il reçoive un traitement cohérent avec celui qui est accordé au sabotage d’un condom, c.-à-d. en application de l’al. 265(3)c).

[139] En rejetant l’approche fondée sur les « caractéristiques essentielles », la majorité dans l’arrêt *Hutchinson* a opté pour une interprétation restrictive du par. 273.1(1). Ce faisant, elle a catégoriquement prohibé toute distinction entre l’utilisation d’un condom efficace et l’absence de condom. Elle a donc limité l’application de « l’activité sexuelle » à l’acte physique lui-même (par exemple les baisers, les caresses, le sexe oral, les rapports sexuels ou l’utilisation d’accessoires sexuels) (par. 54). Il s’agit encore une fois d’une réponse totale à ce que prétend notre collègue au par. 25, à savoir que « [d]eux avenues s’offrent à nous pour déterminer l’effet juridique [. . .] de l’omission de M. Kirkpatrick d’avoir porté un condom ». C’est simple : *Hutchinson* empêche fermement d’emprunter l’avenue que notre collègue propose maintenant de prendre.

(b) *The Hutchinson Minority Understood the Majority’s Holding That Condom Use Is Not a Sex Act Under Section 273.1(1)*

[140] Our colleague declines to address the minority reasons in *Hutchinson* because “what the minority says is not the law and what the minority said about the majority judgment is also not the law” (para. 95). We see three issues with this proposition. First, our colleague essentially adopts the *Hutchinson* minority’s reasoning to rewrite this Court’s jurisprudence on the issue at hand. Second, she herself looks to the “minority’s approach” (premised on condom efficacy) to explain the “reasoning behind” the majority’s interpretation of s. 273.1(1) (para. 90). Finally, and with respect, our colleague misses the point of our reference to the minority reasons in this context. Of course, the minority reasons do not state the law. Indeed, and as we will show, it is *our colleague* who treats the minority reasons in *Hutchinson* as governing here. But minority reasons may be helpful in clarifying the *ratio* of a case, as stated by the majority (see *TCF Ventures Corp. v. Cambie Malone’s Corp.*, 2017 BCCA 129, 95 B.C.L.R. (5th) 346, at para. 25). And, here, *our* understanding of the *ratio* of *Hutchinson* — and not that of *our colleague* — is confirmed by the minority opinion in that case. Simply put, how the minority understood the import of the majority reasons in *Hutchinson* assists in identifying the *ratio* of that case.

[141] Animating the majority’s reasons in *Hutchinson* was the desire to maintain a bright line rule to avoid over-criminalization. This led the majority to conclude that condom use was not part of “the sexual activity in question”. It contrasted this approach with the minority’s “variation” on the “essential features” approach, which in the majority’s view “would also result in the criminalization of acts that should not attract the heavy hand of the criminal law”

b) *Dans Hutchinson, les juges minoritaires ont compris la conclusion de la majorité selon laquelle l’utilisation d’un condom ne constitue pas un acte sexuel visé par le par. 273.1(1)*

[140] Notre collègue refuse d’examiner les motifs des juges minoritaires dans l’arrêt *Hutchinson* parce que « les juges minoritaires n’énoncent pas le droit applicable, et ce qu’ils ont dit au sujet de l’arrêt des juges majoritaires ne le fait pas non plus » (par. 95). Nous relevons trois problèmes avec cette affirmation. Premièrement, notre collègue adopte essentiellement le raisonnement des juges minoritaires dans *Hutchinson* pour réécrire la jurisprudence de notre Cour sur la question en litige. Deuxièmement, elle se penche elle-même sur l’« approche adoptée par les juges minoritaires » (qui reposait sur l’efficacité du condom) pour expliquer le « raisonnement derrière » l’interprétation donnée par la majorité quant au par. 273.1(1) (par. 90). Enfin, et avec égards, notre collègue ne saisit pas notre référence aux motifs des juges minoritaires dans ce contexte. Bien entendu, les motifs des juges minoritaires n’énoncent pas le droit applicable. En effet, comme nous le démontrons, c’est *notre collègue* qui considère les motifs des juges minoritaires dans *Hutchinson* comme régissant le présent dossier. Malgré tout, les motifs des juges minoritaires peuvent aider à clarifier la *ratio* d’une affaire, telle qu’elle est énoncée par les juges majoritaires (voir *TCF Ventures Corp. c. Cambie Malone’s Corp.*, 2017 BCCA 129, 95 B.C.L.R. (5th) 346, par. 25). D’ailleurs, en l’espèce, *notre* compréhension de la *ratio* de *Hutchinson* — et non celle qu’en a *notre collègue* — est confirmée par l’opinion minoritaire rédigée dans cet arrêt. Dit simplement, la manière dont les juges minoritaires ont compris la portée des motifs majoritaires dans *Hutchinson* aide à en cerner la *ratio*.

[141] Dans ses motifs, la majorité était motivée par la volonté de maintenir une règle de démarcation très nette pour éviter la surcriminalisation, ce qui l’a amenée à conclure que l’utilisation du condom ne faisait pas partie de « l’activité sexuelle ». Elle a souligné le contraste entre cette approche et une « variante » de l’approche fondée sur les « caractéristiques essentielles » qu’ont proposée les juges minoritaires, variante qui, selon la majorité, aurait

(paras. 44-46). This point of disagreement between the *Hutchinson* majority and minority reinforces our view that the issue presented in the present appeal has already been decided by this Court. The *Hutchinson* majority's very point in drawing a bright line between sex with a condom and "the sexual activity in question" was to consign *all* "conditions or qualities of the physical act, such as birth control measures" to the fraud analysis (para. 55).

[142] Crucially, the minority confirmed *the effect* of the majority's reasoning, at paras. 97-98:

The heart of our disagreement with [the majority] turns on whether the use of a condom is included in the manner in which the sexual activity is carried out. According to our colleagues, the use of a condom during sexual intercourse does not change the "specific physical sex act" which occurs, but rather is merely a "collateral condition" to the sexual activity. In their view, so long as there is consent to "sexual intercourse", this general consent is not vitiated by a deception about condom use unless it exposes the individual to a deprivation within the meaning of s. 265(3)(c), which they conclude in this case means depriving a woman of the choice to become pregnant by "making her pregnant, or exposing her to an increased risk of becoming pregnant".

With respect, it does not follow that because a condom is a form of birth control, it is not also part of the sexual activity. Removing the use of a condom from the ambit of what is consented to in the sexual activity because in some cases it may be used for contraceptive purposes, means that an individual is precluded from requiring a condom during intercourse where pregnancy is not at issue. . . . If one of those individuals has insisted upon the use of a condom, and their partner has deliberately and knowingly ignored those wishes — whether by not using a condom at all, removing it partway through the sexual activity, or sabotaging it — that individual will nonetheless be presumed to have consented under the approach suggested by our colleagues. . . . We fail to see how condoms can be seen as anything but an aspect of how sexual touching

« également pour effet de criminaliser des actes qui ne devraient pas exposer leurs auteurs aux lourdes conséquences du droit criminel » (par. 44-46). Ce point de désaccord entre la majorité et les juges minoritaires dans *Hutchinson* renforce notre opinion selon laquelle notre Cour a déjà tranché la question en litige dans le présent pourvoi. En traçant une ligne de démarcation très nette entre les rapports sexuels avec un condom et « l'activité sexuelle », les juges majoritaires dans *Hutchinson* visaient précisément à soumettre *toutes* « les conditions ou les caractéristiques de l'acte physique, telles les mesures contraceptives qui sont prises » à l'analyse relative à la fraude (par. 55).

[142] Point crucial, les juges minoritaires ont confirmé *l'effet* du raisonnement de la majorité, aux par. 97-98 :

Le nœud de notre désaccord avec [les juges majoritaires] porte sur la question de savoir si l'utilisation d'un condom fait partie de la façon dont se déroule l'activité sexuelle. De l'avis de nos collègues, l'utilisation d'un condom au cours de rapports sexuels ne change pas l'« acte sexuel physique spécifique » qui se déroule, mais constitue plutôt simplement une « condition accessoire » de l'activité sexuelle. Selon eux, pour autant qu'il y a consentement à des « rapports sexuels », ce consentement général n'est pas vicié par une tromperie au sujet de l'utilisation d'un condom, à moins que cette tromperie n'expose la personne à une privation visée par l'al. 265(3)c), privation qui, concluent-ils, consiste en l'espèce dans le fait d'avoir privé une femme de la faculté de choisir de tomber enceinte ou non « soit en la rendant enceinte, soit en l'exposant à un risque accru de grossesse ».

Avec égards pour l'opinion exprimée par nos collègues, le fait qu'un condom constitue un moyen de contraception ne signifie pas nécessairement qu'il ne fait pas également partie de l'activité sexuelle. Exclure le port du condom de ce qui est visé par le consentement à l'activité sexuelle parce qu'il peut dans certains cas être utilisé à des fins contraceptives signifie qu'une personne ne pourrait en exiger l'usage au cours de rapports sexuels lorsque la question de la grossesse ne se pose pas. [. . .] Si une telle personne insistait pour que son partenaire utilise un condom, mais que celui-ci faisait fi délibérément et sciemment de ce désir — que ce soit en n'utilisant pas de condom du tout, en l'enlevant au cours de l'activité sexuelle ou encore en le sabotant — cette personne serait néanmoins présumée avoir donné son consentement selon l'interprétation préconisée

occurs. When individuals agree to sexual activity with a condom, they are not merely agreeing to a sexual activity, they are agreeing to how it should take place. That is what s. 273.1(1) was intended to protect. [Underlining added.]

[143] With respect, our colleague misses the mark in saying that *Hutchinson* does not stand for the proposition that “all cases involving a condom fall outside s. 273.1 and can only be addressed, if at all, when the conditions of fraud are established” (para. 83). She also incorrectly contends that *Hutchinson* “does not apply to when the accused refuses to wear a condom and the complainant’s consent has been conditioned on its use” (para. 83). The foregoing passages make plain that this Court squarely considered and categorically resolved this matter. Our interpretation is not an “unnecessarily expansive” one (para. 90). It is anchored in the words of both the majority and minority reasons in *Hutchinson*.

[144] We would add only this. The upshot of our colleague’s interpretation of *Hutchinson* is that the minority did not understand the true effect of the majority’s decision. It should go without saying that we ardently reject any suggestion that three members of this Court, after deliberating for four months, could have misconstrued their colleagues’ position in such a fundamental way. This notion is belied by the opening paragraph of the *Hutchinson* minority opinion, at para. 76, which captures the minority’s understanding of the core question before the Court: Is sexual intercourse with a condom a different sexual activity than sexual intercourse “without a condom”? (para. 76 (emphasis in original)). The majority answered this question in the negative, despite the minority’s vigorous disagreement. This is, of course, the very basis upon which our colleague now says *Hutchinson* is “distinguishable”.

par nos collègues. [. . .] Nous ne voyons pas comment le condom peut être considéré comme autre chose qu’un aspect de la façon dont se déroulent les contacts sexuels. La personne qui consent à une activité sexuelle avec condom ne donne pas seulement son accord à une activité sexuelle, elle convient également de la façon dont celle-ci doit se dérouler. C’est ce que le par. 273.1(1) visait à protéger. [Nous soulignons.]

[143] Avec égards, notre collègue fait fausse route lorsqu’elle soutient que l’arrêt *Hutchinson* n’appuie pas le principe selon lequel « toutes les affaires où un condom est en cause sont exclues du champ d’application de l’art. 273.1 et qu’elles ne peuvent être traitées, le cas échéant, que lorsque les conditions de fraude sont établies » (par. 83). Elle affirme également à tort que *Hutchinson* « ne s’applique pas lorsque la personne accusée refuse de porter un condom et que le consentement de la personne plaignante était conditionnel à son utilisation » (par. 83). Il ressort clairement des passages qui précèdent que notre Cour a examiné sans équivoque cette question et l’a catégoriquement tranchée. Notre interprétation n’est pas « inutilement large » (par. 90). Elle se fonde sur les termes utilisés dans *Hutchinson*, tant dans les motifs majoritaires que dans les motifs minoritaires.

[144] Nous ajouterions simplement ceci. Il ressort de l’interprétation que fait notre collègue de l’arrêt *Hutchinson* que les juges minoritaires n’ont pas compris le véritable effet de la décision de la majorité. Il va sans dire que nous rejetons fermement toute suggestion selon laquelle trois juges de notre Cour, après avoir délibéré pendant quatre mois, auraient pu mal interpréter la position de leurs collègues de manière aussi fondamentale. Cette idée est d’ailleurs démentie par le premier paragraphe de l’opinion minoritaire, soit le par. 76, lequel reflète la compréhension qu’ont les juges minoritaires de la question fondamentale dont la Cour est saisie : des rapports sexuels avec condom constituent-ils une activité sexuelle différente des rapports sexuels « sans condom »? (par. 76 (en italique dans l’original)). La majorité a répondu à cette question par la négative, malgré le vif désaccord des juges minoritaires. Il s’agit, bien entendu, de la raison même pour laquelle notre collègue dit maintenant que *Hutchinson* « se distingue de la présente affaire ».

(c) *Subsequent Jurisprudence Confirms Hutchinson’s Ratio Is That Condom Use Is Not a Sex Act Under Section 273.1(1)*

[145] As the Honourable R. J. Sharpe (writing extra-judicially) has observed, “the answer to the question ‘What does a case decide?’ is usually ‘Only time will tell’” (*Good Judgment: Making Judicial Decisions* (2018), at p. 152). Indeed, it is only “through the crucible of the common law fact-specific method that we determine the precedential value of a prior decision” (p. 152).

[146] And, in this case, time *has* told. The judicial treatment of *Hutchinson* (our colleague’s reasons excepted) removes any doubt that may somehow have lingered about what the decision stands for. Our colleague says that “the basic principles of statutory interpretation and consent law support the common-sense proposition that sexual intercourse with a condom is a different sexual activity from sexual intercourse without a condom” (para. 75). As a matter of law, this is simply not so. Our colleague cites no authority in support of this “common-sense” proposition. And she overlooks a vast swath of persuasive jurisprudence undermining it.

[147] *Many* appellate court decisions affirm the two-step approach set out in *Hutchinson* as good law and reiterate that “the sexual activity in question” is limited to the specific physical sex act, its sexual nature, and the identity of the sexual partner. Other conditions, such as condom use or sexually transmitted diseases are not included in this definition (see, e.g., *R. v. A.E.*, 2021 ABCA 172, 466 D.L.R. (4th) 226, at paras. 24 and 65-66; *R. v. Brar*, 2021 ABCA 146, 23 Alta. L.R. (7th) 1, at paras. 27-29; *R. v. P.D.C.*, 2021 ONCA 134, 401 C.C.C. (3d) 406, at para. 73; *R. v. Nauya*, 2021 NUCA 1, at para. 12 (CanLII); *R. v. G. (N.)*, 2020 ONCA 494, 152 O.R. (3d) 24, at paras. 53-54; *R. v. Capewell*, 2020 BCCA 82, 386 C.C.C. (3d) 192, at paras. 51 and 64; *R. v. Kwon*, 2020 SKCA 56, 386 C.C.C. (3d) 553, at paras. 27-28; *R. v. Percy*, 2020

c) *La jurisprudence ultérieure confirme que la ratio de l’arrêt Hutchinson est que l’utilisation d’un condom ne constitue pas un acte sexuel visé par le par. 273.1(1)*

[145] Comme l’a fait remarquer le juge R. J. Sharpe (dans un texte extrajudiciaire), [TRADUCTION] « la réponse à la question “Qu’est-ce qui est décidé dans une affaire?” est habituellement “Seul l’avenir le dira” » (*Good Judgment : Making Judicial Decisions* (2018), p. 152). En effet, ce n’est que [TRADUCTION] « par l’entremise de la méthode axée sur les faits propre à la common law que nous déterminons la valeur de précédent d’une décision antérieure » (p. 152).

[146] En l’espèce, le temps *a fait* son œuvre. Le traitement judiciaire réservé à l’arrêt *Hutchinson* (à l’exception des motifs de notre collègue) balaie tout doute qui aurait pu, d’une manière ou d’une autre, subsister quant à la portée de la décision. Notre collègue affirme que « les principes fondamentaux d’interprétation [statutaire] et du droit en matière de consentement appuient la proposition sensée voulant que les rapports sexuels avec un condom soient une activité sexuelle différente des rapports sexuels sans condom » (par. 75). Ceci est tout simplement juridiquement faux. Notre collègue ne cite aucune autorité à l’appui de cette proposition « sensée ». De plus, elle fait fi d’une vaste jurisprudence convaincante affaiblissant cette proposition.

[147] *De nombreuses* décisions de cours d’appel confirment que l’analyse en deux étapes établie dans *Hutchinson* est valable et réaffirment que « l’activité sexuelle » se limite à l’acte sexuel physique spécifique, à sa nature sexuelle et à l’identité du partenaire sexuel. D’autres conditions, telles que l’utilisation d’un condom ou les maladies transmissibles sexuellement ne font pas partie de cette définition (voir, p. ex., *R. c. A.E.*, 2021 ABCA 172, 466 D.L.R. (4th) 226, par. 24 et 65-66; *R. c. Brar*, 2021 ABCA 146, 23 Alta. L.R. (7th) 1, par. 27-29; *R. c. P.D.C.*, 2021 ONCA 134, 401 C.C.C. (3d) 406, par. 73; *R. c. Nauya*, 2021 NUCA 1, par. 12 (CanLII); *R. c. G. (N.)*, 2020 ONCA 494, 152 O.R. (3d) 24, par. 53-54; *R. c. Capewell*, 2020 BCCA 82, 386 C.C.C. (3d) 192, par. 51 et 64; *R. c. Kwon*, 2020 SKCA 56, 386 C.C.C. (3d) 553, par. 27-28; *R. c.*

NSCA 11, 61 C.R. (7th) 7, at paras. 110-11; *Charest v. R.*, 2019 QCCA 1401, at para. 99 (CanLII); *R. v. Al-Rawi*, 2018 NSCA 10, 359 C.C.C. (3d) 237, at para. 68; *P. (P.) v. D. (D.)*, 2017 ONCA 180, 409 D.L.R. (4th) 691, at para. 76).

[148] Several of these appellate decisions have adopted and used the phrase “physical sex act” to describe a *type* of sex act, not condom usage, offering further support for our interpretation of the *ratio* of *Hutchinson*. For example, in *P. (P.) v. D. (D.)*, the claimant mistakenly believed his partner had been taking birth control pills only to discover she had conceived his child. Rouleau J.A. of the Court of Appeal for Ontario described the *Hutchinson* ratio as follows: “The majority in *Hutchinson* considered that the presence or absence of a condom during sexual intercourse does not affect the ‘specific physical sex act’ to which the complainant consented, namely, sexual intercourse, but is rather a ‘collateral condition’ to that sexual activity” (para. 81, citing *Hutchinson*, at para. 67).

[149] Likewise, in *A.E.*, a case involving a brutal sexual assault alleged by the complainant, Martin J.A. of the Court of Appeal for Alberta held that the *ratio* in *Hutchinson* was that the “‘sexual activity in question’ is to be interpreted narrowly — to refer to the basic physical act in question — and does not include conditions or qualities of the act, such as birth control measures or the presence of STDs” (para. 65). On appeal, this Court endorsed this narrow approach in oral reasons (2022 SCC 4, [2022] 1 S.C.R. 20).

[150] And finally, in *G. (N.)*, the appellant wore a condom but did not disclose his HIV status to his sexual partners. Fairburn J.A. of the Court of Appeal for Ontario (as she then was) explained, at para. 53, “the sexual activity in question” in the following terms:

... as set out in *Hutchinson*, at paras. 55, 57, and recently reinforced in *Barton*, at para. 88, consent is linked to the “sexual activity in question”, which encompasses “the

Percy, 2020 NSCA 11, 61 C.R. (7th) 7, par. 110-111; *Charest c. R.*, 2019 QCCA 1401, par. 99 (CanLII); *R. c. Al-Rawi*, 2018 NSCA 10, 359 C.C.C. (3d) 237, par. 68; *P. (P.) c. D. (D.)*, 2017 ONCA 180, 409 D.L.R. (4th) 691, par. 76).

[148] Dans plusieurs de ces arrêts, l’expression « acte sexuel physique » est retenue et utilisée pour décrire un *type* d’acte sexuel, et non l’utilisation d’un condom, ce qui renforce notre interprétation de la *ratio* de *Hutchinson*. Par exemple, dans *P. (P.) c. D. (D.)*, le demandeur a cru à tort que sa partenaire prenait des contraceptifs oraux pour finalement s’apercevoir qu’elle était devenue enceinte de lui. Le juge Rouleau de la Cour d’appel de l’Ontario a ainsi décrit la *ratio* de *Hutchinson* : [TRADUCTION] « Dans *Hutchinson*, la majorité a estimé que la présence ou l’absence d’un condom lors de rapports sexuels n’a pas d’incidence sur l’“acte sexuel physique spécifique” auquel le plaignant a consenti, à savoir les rapports sexuels, mais constitue plutôt une “condition accessoire” à cette activité sexuelle » (par. 81, citant *Hutchinson*, par. 67).

[149] De même, dans *A.E.*, une affaire portant sur une agression sexuelle brutale alléguée par la plaignante, le juge Martin de la Cour d’appel de l’Alberta a conclu que la *ratio* de l’arrêt *Hutchinson* était que [TRADUCTION] « l’expression “activité sexuelle” doit être interprétée de manière restrictive — de manière à faire référence essentiellement à l’acte physique en cause — et ne vise pas les conditions ou les caractéristiques de l’acte, telles les mesures contraceptives qui sont prises ou la présence de MTS » (par. 65). En appel, notre Cour, dans des motifs prononcés oralement, a validé cette approche restrictive (2022 CSC 4, [2022] 1 R.C.S. 20).

[150] Enfin, dans *G. (N.)*, l’appelant portait un condom, mais n’a pas révélé sa séropositivité à ses partenaires sexuels. La juge Fairburn de la Cour d’appel de l’Ontario (maintenant juge en chef adjointe de cette cour) a, au par. 53, expliqué en ces termes l’expression « l’activité sexuelle » :

[TRADUCTION] ... tel qu’il est énoncé aux par. 55 et 57 de l’arrêt *Hutchinson*, et tel qu’il a récemment été confirmé au par. 88 de l’arrêt *Barton*, le consentement vise “l’activité

specific physical sex act”, “the sexual nature of the activity”, and the “identity of the partner”. It does not, though, include the “conditions or qualities of the physical act, such as . . . the presence of sexually transmitted diseases”. [Citations omitted.]

(Citing to Bennett J.A.’s holding in the court below (2020 BCCA 136, 63 C.R. (7th) 338, at para. 89).)

[151] Indeed, *this Court’s own* post-*Hutchinson* sex assault jurisprudence accords with the plain wording of the decision, as understood by the *Hutchinson* minority and appellate courts nationwide.

[152] In *R. v. Barton*, 2019 SCC 33, [2019] 2 S.C.R. 579, Moldaver J. held that consent “must be linked to the ‘sexual activity in question’”, which “does not include ‘conditions or qualities of the physical act, such as birth control measures’” (para. 88, citing *Hutchinson*, at paras. 55 and 57).

[153] In *R. v. Goldfinch*, 2019 SCC 38, [2019] 3 S.C.R. 3, Karakatsanis J. cited para. 27 of *Hutchinson* for the proposition that affirmative communicated consent must be given “for each and every sexual act” (para. 44). This citation is notable. Paragraph 27 of *Hutchinson* explains the legislative history regarding amendments to the definition of “consent” in s. 273.1(1) of the *Criminal Code*, and concludes with the following remark: “There was no suggestion that Parliament intended to expand the notion of ‘sexual activity’ by including not only the sexual act for which consent is required, but also potentially infinite collateral conditions, such as the state of the condom” (emphasis added).

[154] We pause here to briefly draw attention to our colleague’s reference, at para. 96, to criticism of the majority’s reasoning in *Hutchinson* from various interveners to this appeal. Our colleague says that, if *Hutchinson* is interpreted as we say it must be — i.e.,

sexuelle”, laquelle englobe “l’acte sexuel physique spécifique”, “la nature sexuelle de l’activité” et “l’identité du partenaire”. Il ne vise toutefois pas “les conditions ou les caractéristiques de l’acte physique, telles [. . .] la présence de maladies transmissibles sexuellement”. [Références omises.]

(Citant la conclusion de la juge Bennett de la Cour d’appel en l’espèce (2020 BCCA 136, 63 C.R. (7th) 338, par. 89).)

[151] En effet, la *propre* jurisprudence de *notre Cour* en matière d’agression sexuelle qui a suivi l’arrêt *Hutchinson* s’accorde avec le libellé clair de la décision, comme l’ont compris les juges minoritaires dans *Hutchinson* et les cours d’appel dans tout le pays.

[152] Dans *R. c. Barton*, 2019 CSC 33, [2019] 2 R.C.S. 579, le juge Moldaver a conclu que le consentement « vise [. . .] l’“activité sexuelle” », ce qui « ne vise pas “les conditions ou les caractéristiques de l’acte physique, telles les mesures contraceptives qui sont prises” » (par. 88, citant *Hutchinson*, par. 55 et 57).

[153] Dans *R. c. Goldfinch*, 2019 CSC 38, [2019] 3 R.C.S. 3, la juge Karakatsanis a cité le par. 27 de l’arrêt *Hutchinson* à l’appui de la proposition selon laquelle « chaque acte sexuel » doit faire l’objet d’un consentement communiqué (par. 44). Cette citation est digne de mention. Le paragraphe 27 de *Hutchinson* explique l’historique législatif en ce qui a trait aux modifications apportées à la définition de « consentement » au par. 273.1(1) du *Code criminel*, et conclut avec la remarque suivante : « Rien n’indique que le législateur entendait élargir la notion d’“activité sexuelle” pour qu’elle vise non seulement l’acte sexuel à l’égard duquel le consentement est requis, mais également une liste potentiellement infinie de conditions accessoires, tel l’état du condom » (nous soulignons).

[154] Nous nous arrêtons ici pour attirer brièvement l’attention sur la mention que fait notre collègue, au par. 96, des critiques formulées par divers intervenants dans ce pourvoi à l’égard du raisonnement suivi par la majorité dans l’arrêt *Hutchinson*. Notre

as excluding condom use from the consent analysis in s. 273.1(1) — that interpretation would “radically constrain the scope and centrality of consent under s. 273.1, and in a manner wholly inconsistent with this Court’s jurisprudence on consent both before and after it”. She proposes an interpretation of *Hutchinson*’s scope that immunizes it from the criticisms levied by various interveners in this appeal and certain academic commentators. Respectfully, this reasoning is misguided. We say this for two reasons.

[155] First, the criticism of *Hutchinson* cited by the Crown and some interveners supports our reading of the decision, not our colleague’s. Indeed, the relevant submissions and articles reveal virtual consensus that *Hutchinson* categorically excluded condom use from the definition of “the sexual activity in question” under s. 273.1(1). To highlight but one example, Professors L. Gotell and I. Grant, cited by the Crown (and by our colleague, at para. 71), summarize the *Hutchinson* majority decision as follows:

The central issue in *Hutchinson* was how to define voluntary agreement to “the sexual activity in question” under section 273.1(1) of the *Criminal Code*. Was “the sexual activity in question” in *Hutchinson* simply vaginal intercourse, or was it vaginal intercourse with a condom? The majority . . . determined that the sexual activity in question does not include whether a condom was used, holding that the complainant had subjectively consented, but that her consent had been vitiated by fraud. The concurring minority, per Justices Abella and Moldaver, concluded that the complainant had not consented to unprotected sex and there was no need to consider fraud vitiating consent. [Emphasis added; emphasis in original deleted.]

(“Non-Consensual Condom Removal in Canadian Law Before and After *R. v. Hutchinson*” (2021), 44 *Dal. L.J.* 439, at p. 454)

collègue affirme que, si *Hutchinson* est interprété comme nous disons qu’il doit l’être — c.-à-d. comme excluant l’utilisation du condom de l’analyse relative au consentement au par. 273.1(1) —, cette interprétation aurait « pour effet de restreindre radicalement la portée et l’importance fondamentale du consentement visé à l’art. 273.1, et ce, d’une manière tout à fait incompatible avec la jurisprudence de notre Cour sur le consentement qui l’a précédé ou qui l’a suivi ». Elle propose une interprétation de la portée de l’arrêt *Hutchinson* qui le soustrait aux critiques soulevées par divers intervenants en l’espèce et par certains auteurs. Avec égards, ce raisonnement est erroné pour deux raisons.

[155] Premièrement, les critiques visant l’arrêt *Hutchinson* invoquées par la Couronne et certains intervenants appuient notre interprétation de cette décision, et non celle de notre collègue. En effet, il ressort des observations et des articles en question un quasi-consensus sur le fait que *Hutchinson* a catégoriquement exclu l’utilisation du condom de la définition de l’expression « l’activité sexuelle » au par. 273.1(1). Pour ne donner qu’un exemple, les professeurs L. Gotell et I. Grant, citées par la Couronne (et par notre collègue, au par. 71), résumant ainsi la décision des juges majoritaires dans *Hutchinson* :

[TRADUCTION] La question centrale dans l’affaire *Hutchinson* était celle de savoir comment définir l’accord volontaire à « l’activité sexuelle » prévu au par. 273.1(1) du *Code criminel*. Dans *Hutchinson*, « l’activité sexuelle » consistait-elle à avoir de simples rapports sexuels vaginaux ou à avoir des rapports sexuels vaginaux avec un condom? Les juges majoritaires [. . .] ont conclu que l’activité sexuelle ne vise pas l’utilisation ou non d’un condom, et que la plaignante avait subjectivement consenti à avoir des rapports sexuels, mais que son consentement avait été vicié par la fraude. Dans leur jugement minoritaire concordant, les juges Abella et Moldaver ont conclu que la plaignante n’avait pas consenti à avoir des rapports sexuels non protégés et qu’il n’était pas nécessaire de se pencher sur l’existence d’une fraude viciant le consentement. [Nous soulignons; italique dans l’original omis.]

(« Non-Consensual Condom Removal in Canadian Law Before and After *R. v. Hutchinson* » (2021), 44 *Dal. L.J.* 439, p. 454)

Put simply, the commentary cited in the submissions before this Court show just how divergent and novel our colleague’s reading of *Hutchinson* is. None of the relevant interveners or commentators suggest that *Hutchinson* can be confined to condom “sabotage”. In fact, its jurisprudential breadth is precisely why they criticize it.

[156] Second, and more significantly from the standpoint of legal error, our colleague misconceives the exercise of identifying the *ratio* of a case and the broader doctrine of *stare decisis*. She appears to suggest that we ought to interpret a decision’s *ratio* more narrowly because it would otherwise be subject to criticism and would therefore need to be overturned. Later in these reasons, we discuss in detail why the fact that others disagree with a particular precedent is not grounds for overturning it. For now, it suffices to say that this is decidedly *not* how the doctrine of *stare decisis* operates. More to the point, our colleague cites no authority for the proposition that this Court may effectively read down the *ratio* of one of its prior decisions in response to extrinsic opprobrium. This is unsurprising; the very suggestion is astonishing. This Court has the solemn duty to resolve some of the most controversial and difficult legal questions in the country. In adjudicating these matters, it is inevitable that some people will feel that the Court has made the “wrong” decision. But the mere fact of criticism does not provide a proper basis on which to retrospectively re-cast a statutory provision that has been carefully and authoritatively interpreted by a panel of this Court.

(d) *Conclusion*

[157] In sum, the *ratio* of *Hutchinson* is broader than its facts. *Hutchinson* conclusively determined the meaning of “the sexual activity in question” under

En termes simples, la doctrine citée dans les observations devant notre Cour démontre jusqu’à quel point l’interprétation que fait notre collègue de *Hutchinson* constitue une interprétation divergente et inédite. Aucun des intervenants ou des auteurs en question ne suggère que l’application de *Hutchinson* peut être limitée au « sabotage » du condom. En fait, c’est précisément en raison de sa vaste portée jurisprudentielle qu’ils critiquent l’arrêt.

[156] Deuxièmement, et de manière significative sur le plan juridique, notre collègue se méprend quant à l’opération consistant à cerner la *ratio* d’une affaire et le principe plus large du *stare decisis*. Elle semble suggérer que nous devrions interpréter la *ratio* d’une décision de manière plus restrictive, puisqu’elle prêterait autrement le flanc à la critique et devrait donc être infirmée. Plus loin dans les présents motifs, nous expliquons en détail pourquoi le fait que d’autres soient en désaccord avec un précédent donné ne justifie pas qu’il soit infirmé. Pour le moment, il suffit de dire que ce *n’est* assurément *pas* la manière dont le principe du *stare decisis* fonctionne. Plus précisément, notre collègue ne cite aucune autorité à l’appui de la proposition selon laquelle notre Cour peut effectivement donner une interprétation atténuée à la *ratio* d’une de ses décisions antérieures en raison de la réprobation externe. Cela n’est guère surprenant; la suggestion même est stupéfiante. Notre Cour a le devoir solennel de trancher certaines des questions de droit les plus controversées et difficiles du pays. Il est inévitable que certaines personnes soient d’avis que la Cour a rendu la « mauvaise » décision lorsqu’elle se prononce sur ces questions. Cependant, le simple fait de susciter des critiques ne constitue pas un motif valable pour redéfinir rétrospectivement une disposition législative qui a été interprétée de façon approfondie et de manière contraignante par une formation de notre Cour.

d) *Conclusion*

[157] En résumé, la *ratio* de *Hutchinson* va au-delà des faits de l’affaire. Dans cet arrêt, notre Cour a établi de manière définitive que le sens de l’expression

s. 273.1(1) as excluding all forms of condom use, not only condom sabotage.

[158] Like the accused in *Hutchinson*, Mr. Kirkpatrick is alleged to have known the complainant “would not have consented to sex without a condom” (para. 44). Rather than sabotaging the condom, Mr. Kirkpatrick is further alleged to have deceptively failed to disclose he was not wearing one before penetrating the complainant. Had our colleague properly interpreted *Hutchinson*, she would have found that she was required to analyze this scenario under s. 265(3)(c). This approach is mandated by *Hutchinson* because it provides a “principled and clear line between criminal and non-criminal conduct” (para. 49). Our colleague’s approach muddies that line by re-introducing the “how the physical act is carried out” approach explicitly rejected in *Hutchinson*.

[159] But our colleague does not merely misinterpret *Hutchinson*. She also attempts to distinguish it on grounds that, in our respectful view, are both illogical and incoherent. We will next explain why doing so risks undermining the “twin watchwords” of clarity and restraint motivating the *Hutchinson* majority (para. 42).

(3) Our Colleague Attempts to Distinguish *Hutchinson* on Grounds That Are Incoherent and Illogical

[160] It is incoherent to distinguish *Hutchinson* on the basis of “no condom” versus “sabotaged condoms”, as our colleague attempts to do at paras. 82-98. She suggests that a sabotaged condom differs from non-use of a condom, because sabotage concerns the efficacy of a condom as a method of contraception whereas condom non-use goes to an element of the physical sex act (paras. 88 and 92-93). She thus concludes, at paras. 25 and 101, respectively, that,

« l’activité sexuelle » au par. 273.1(1) exclut toute forme d’utilisation d’un condom, et pas seulement le sabotage d’un condom.

[158] Il est allégué que M. Kirkpatrick, à l’instar de l’accusé dans l’affaire *Hutchinson*, savait que la plaignante « n’aurait pas consenti à des rapports sexuels sans condom » (par. 44). Au lieu de saboter le condom, M. Kirkpatrick aurait plutôt omis de façon trompeuse, avant de pénétrer la plaignante, de lui révéler qu’il n’en portait pas. Si notre collègue avait correctement interprété *Hutchinson*, elle aurait constaté qu’elle se devait d’analyser ce scénario en application de l’al. 265(3)c). C’est l’approche que commande cet arrêt, car elle fournit une « ligne de démarcation nette et raisonnée entre les comportements criminels et les comportements non criminels » (par. 49). L’approche préconisée par notre collègue brouille cette ligne de démarcation en réintroduisant l’approche qui est basée sur la « façon dont l’acte physique s’est déroulé », approche expressément rejetée dans *Hutchinson*.

[159] Pourtant, notre collègue ne se contente pas de mal interpréter l’arrêt *Hutchinson*. Elle cherche également à le distinguer du présent dossier pour des motifs qui, avec égards, sont à la fois illogiques et incohérents. Nous expliquons maintenant pourquoi le fait de distinguer les deux affaires risque de miner les « deux notions jumelles » — la clarté et la modération — qui ont motivé les juges majoritaires dans *Hutchinson* (par. 42).

(3) Notre collègue cherche à distinguer *Hutchinson* sur le fondement de motifs incohérents et illogiques

[160] Il est incohérent de distinguer l’arrêt *Hutchinson* en faisant une différence entre « l’absence de condom » et « des condoms sabotés », à l’instar de ce que notre collègue cherche à faire aux par. 82-98. Elle suggère qu’un condom saboté diffère de la non-utilisation d’un condom, puisque le sabotage a trait à l’efficacité d’un condom comme moyen de contraception, alors que la non-utilisation d’un condom touche à un élément de l’acte sexuel physique (par. 88 et

where condom use is a condition of consent, it either “must” or “may” form part of the “sexual activity in question”. She says that her interpretation “brings clarity and consistency to the law” (para. 101). We disagree. To the contrary, our colleague obscures the bright line of criminality established in *Hutchinson*.

[161] Further, the “distinction” is illogical. Whether a condom is not worn or an ineffective condom is worn, the gravamen of the problem is the same: the participant’s stipulation (that the accused wear *a condom*) has not been respected by the accused. Our colleague is, in substance, saying that *Hutchinson* governs *only one way* of failing to respect that stipulation, whereas her reasons deal with *another*. And so, *one* particular way will be treated as a condition precedent to obtaining consent, whereas *another* will be treated as a vitiation of consent previously obtained. This introduces an undesirable and unnecessary irrationality to the law governing consent to sexual activity.

[162] We acknowledge that our colleague frequently uses the word “effective” as a qualifier in attempts to distinguish between the present case, where a condom was not worn at all, and *Hutchinson*, where a sabotaged and thus an “ineffective” condom was worn. But this is a distinction without a difference. Our colleague says that *Hutchinson* “did not establish mandatory rules for all future cases involving a condom” (para. 76). Rather, she characterizes it as a “classic case of deception” and says that *Hutchinson* “simply held that cases involving condom sabotage and deceit should be analyzed under the fraud provision rather than as part of the sexual activity in question” (para. 82). We see two issues with this statement. First, we see nothing in the facts of *Hutchinson* that could remotely be described as “classic”. If there is a body of case law suggesting that the deception of sexual partners by using a pin to poke holes in condoms is a routine occurrence, we are unaware of it. More to the point, our colleague oversimplifies what this Court said in *Hutchinson*. As noted above, one obvious way to render a condom *ineffective* is to surreptitiously

92-93). Aux paragraphes 25 et 101 respectivement, elle conclut donc que lorsque l’utilisation du condom est une condition du consentement, il « doit » ou « peut » faire partie de « l’activité sexuelle ». Notre collègue affirme que son interprétation « clarifi[e] le droit et [en] assur[e] la cohérence » (par. 101). Nous ne sommes pas de cet avis. Au contraire, notre collègue brouille la ligne de démarcation très nette de la criminalité établie dans *Hutchinson*.

[161] De plus, la « distinction » est illogique. Qu’un condom ne soit pas porté ou qu’un condom inefficace soit porté, le problème est fondamentalement le même : l’accusé n’a pas respecté la condition du participant à l’acte sexuel (à savoir que l’accusé porte *un condom*). Au fond, notre collègue soutient que l’arrêt *Hutchinson* régit *seulement une manière* de ne pas respecter cette condition, alors que ses motifs en l’espèce portent sur *une autre manière*. Ainsi, *une* manière donnée sera considérée comme une condition préalable à l’obtention du consentement, alors qu’*une autre* manière sera considérée comme ayant vicié le consentement obtenu auparavant. Cela crée un illogisme non souhaitable et inutile dans le droit régissant le consentement à l’activité sexuelle.

[162] Nous reconnaissons que notre collègue utilise souvent l’adjectif « efficace » pour tenter d’établir une distinction entre le présent dossier, où un condom n’a pas du tout été porté, et *Hutchinson*, où un condom saboté, et donc « inefficace », a été porté. Il s’agit cependant d’une distinction vide de sens. Notre collègue affirme que *Hutchinson* « n’a pas établi de règles obligatoires applicables à toutes les affaires postérieures où un condom est en cause » (par. 76). Elle qualifie plutôt cet arrêt d’« affaire classique de tromperie » et dit qu’il « a simplement statué que les affaires intéressant le sabotage d’un condom et la tromperie devraient être analysées en application de la disposition relative à la fraude, plutôt qu’en intégrant la question du port du condom à l’activité sexuelle » (par. 82). Cette déclaration pose, à notre avis, deux problèmes. Premièrement, nous ne voyons rien dans les faits de *Hutchinson* qui puisse, de près ou de loin, être qualifié de « classique ». Nous n’avons pas connaissance d’une jurisprudence suggérant que le fait de tromper des partenaires sexuels en utilisant une aiguille pour percer des trous dans des condoms

remove it or fail to wear it despite the complainant's express wish that it be worn.

[163] By arguing that the majority in *Hutchinson* referred only to *effective* condom use, our colleague introduces needless uncertainty into the criminal law. Our colleague's new standard is that birth control measures may be conditions of the physical sex act "where they do not inherently change the physical act itself" but "where they do change the physical act itself, like condom use, they may fall under s. 273.1" (para. 90). On this approach, pinpricks in a condom fall under the *Hutchinson* regime, but the absence of a condom does not. What should courts do about a condom that had its tip cut off? Should it matter how much of the tip was cut off? What about a condom that rips mid-intercourse? What if the condom falls off completely during intercourse? This type of inquiry introduces both absurdity and uncertainty in the law where there was neither. This highly undesirable result is precisely what the majority sought to avoid in *Hutchinson*. The passage from the majority reasons on this point, at para. 41, bears repeating:

... adopting the "essential features"/"how the act was carried out" approaches would make the law inconsistent, highly formalistic and unduly uncertain. The law would be inconsistent because there is no reason in principle to analyze a case of a lie that obtains consent to unprotected sex and a lie as to the condition of a condom differently.

Thus, in the *Hutchinson* majority's words, an ineffective condom is equivalent to no condom at all.

[164] Our colleague defends her flawed reading of *Hutchinson*, in part, on the basis that it "best respects

est une pratique courante. Plutôt, notre collègue simplifie outre mesure ce que notre Cour a affirmé dans *Hutchinson*. Comme nous l'avons déjà souligné, l'une des manières évidentes de rendre un condom *inefficace* est de l'enlever furtivement ou de ne pas le porter malgré la volonté expresse du plaignant qu'il soit porté.

[163] En faisant valoir que, dans l'arrêt *Hutchinson*, la majorité ne faisait référence qu'à l'utilisation d'un condom *efficace*, notre collègue crée une incertitude inutile en droit criminel. La nouvelle norme qu'elle préconise est la suivante : des moyens de contraception peuvent être des conditions de l'acte sexuel physique « lorsqu'[ils] ne changent pas intrinsèquement l'acte physique lui-même », mais « lorsqu'[ils] changent l'acte physique lui-même, par exemple, l'utilisation d'un condom, [ils] peuvent tomber sous le coup de l'art. 273.1 » (par. 90). Suivant cette approche, un condom troué à l'aide d'une aiguille relève du régime de *Hutchinson*, mais pas l'absence d'un condom. Comment les tribunaux devraient-ils traiter la question d'un condom dont le bout aurait été coupé? Devraient-ils accorder de l'importance à la question de savoir à quel point il a été coupé? Qu'en est-il d'un condom qui se déchire en plein milieu des rapports sexuels? Qu'arrive-t-il s'il s'enlève complètement pendant ceux-ci? Ce type de questions introduit de l'absurdité et de l'incertitude en droit, là où il n'y en avait point. C'est précisément ce résultat hautement indésirable que la majorité a voulu éviter dans *Hutchinson*. Le passage suivant des motifs de la majorité sur ce point, au par. 41, mérite d'être rappelé :

... l'adoption de l'approche fondée sur les « caractéristiques essentielles » ou celle basée sur la « façon dont l'acte s'est déroulé » aurait pour effet de rendre le droit incohérent, éminemment formaliste et excessivement incertain. Le droit serait incohérent en ce qu'il n'existe aucun principe justifiant d'analyser différemment un mensonge permettant d'obtenir le consentement d'une personne à des rapports sexuels sans protection et un mensonge concernant l'état d'un condom.

Ainsi, selon la majorité dans *Hutchinson*, un condom inefficace équivaut à aucun condom du tout.

[164] Notre collègue défend son interprétation erronée de l'arrêt *Hutchinson* en partie au motif

Parliament’s equality-seeking and dignity-promoting purposes” by protecting “vulnerable women, including women living in poverty” and “racialized women” from non-consensual condom removal (paras. 56 and 61). Yet, in the same breath, she contends that dealing with condom use under s. 273.1(1) “is not an expansion” of the provision (para. 104). In effect, our colleague is retroactively re-interpreting (or updating) Parliament’s intent in a manner inconsistent with that intent as it was discerned by the *Hutchinson* majority, at paras. 27-28. We say again: statutes are not “living trees”. Statutory interpretation entails searching for *original* intent — a point-in-time inquiry that does not evolve or change based on a reviewing court’s imputation to Parliament of an intent that better conforms to the court’s own policy preferences. Parliament could have amended s. 273.1(1) of the *Criminal Code* after *Hutchinson* was released, had it wished to pursue the “equality-seeking” and “dignity-promoting” purposes our colleague finds wanting in Parliament’s first effort, and now retroactively imputes.

[165] Moreover, in our respectful view, and (once again) contrary to the letter and spirit of *Hutchinson*, our colleague fails to consider how her interpretation of consent not only expands the scope of criminal liability, but does so in a way that is likely to undermine, rather than promote, equality. In *Hutchinson*, the majority explained that the imperative of restraint in applying the “blunt instrument of the criminal law” may “sometimes work at cross-purposes to absolute protection of sexual autonomy” (paras. 18-19). Avoiding over-criminalization through restraint recognizes the criminal law’s profound impact on the lives and liberties of those it ensnares. This Court has repeatedly recognized that our criminal justice system disproportionately ensnares poor and racialized communities (*R. v. Le*, 2019 SCC 34, [2019] 2 S.C.R. 692, at paras. 90-97; *R. v. Ahmad*, 2020 SCC 11, [2020] 1 S.C.R. 577, at para. 25; *R. v. C.P.*, 2021 SCC 19, [2021] 1 S.C.R. 679, at paras. 88-89). Many scholars also contend that North

qu’elle « respecte le mieux les objectifs du Parlement de rechercher l’égalité et de promouvoir la dignité » en protégeant « les femmes vulnérables — notamment les femmes qui vivent dans la pauvreté » et « les femmes racialisées » — contre le retrait non consensuel du condom (par. 56 et 61). Pourtant, elle affirme du même souffle que traiter l’utilisation du condom en application du par. 273.1(1) « ne revient pas à élargir la portée » de la disposition (par. 104). Dans les faits, notre collègue réinterprète (ou actualise) rétroactivement l’intention du Parlement d’une manière incompatible avec l’intention que la majorité avait dégagée aux par. 27-28 de *Hutchinson*. Nous le répétons : les lois ne sont pas des « arbres vivants ». L’interprétation statutaire consiste à rechercher l’intention *initiale* — il s’agit ainsi d’un examen ponctuel qui n’évolue pas ou ne change pas selon les intentions imputées par les tribunaux d’appel au Parlement qui correspondraient mieux à leurs propres préférences de politique générale. Le Parlement aurait pu modifier le par. 273.1(1) du *Code criminel* après *Hutchinson* s’il avait voulu réaliser les objectifs de « rechercher l’égalité » et de « promouvoir la dignité » que notre collègue juge déficients dans la première tentative du Parlement, et qu’elle lui attribue maintenant de façon rétroactive.

[165] De plus, avec égards, et (là encore) contrairement à la lettre et à l’esprit de l’arrêt *Hutchinson*, notre collègue ne tient pas compte du fait que son interprétation du consentement non seulement élargit l’étendue de la responsabilité criminelle, mais le fait d’une manière susceptible de nuire à l’égalité, plutôt que de la promouvoir. Dans *Hutchinson*, les juges majoritaires ont expliqué qu’il est possible que l’impératif de modération dans l’application de « l’instrument grossier que constitue le droit criminel [...] ne concord[e] pas toujours avec la protection absolue de l’autonomie sexuelle » (par. 18-19). En évitant la surcriminalisation par la modération, on reconnaît les profondes répercussions du droit criminel sur la vie et la liberté des personnes qu’il prend au piège. Notre Cour a, à maintes reprises, reconnu que les communautés pauvres et racialisées sont disproportionnellement prises au piège par notre système de justice pénale (*R. c. Le*, 2019 CSC 34, [2019] 2 R.C.S. 692, par. 90-97; *R. c. Ahmad*, 2020

American criminal laws targeting sexual violence “have contributed to the disproportionate criminalization of racialized men, the diminishment of female legal and sexual agency, and the scapegoating of a widespread social problem onto a handful of sexual deviants” (D. Phillips, “Let’s Talk About Sexual Assault: Survivor Stories and the Law in the Jian Ghomeshi Media Discourse” (2017), 54 *Osgoode Hall L.J.* 1133, at p. 1148; see also D. L. Martin, “Retribution Revisited: A Reconsideration of Feminist Criminal Law Reform Strategies” (1998), 36 *Osgoode Hall L.J.* 151; A. Gruber, “Rape, Feminism, and the War on Crime” (2009), 84 *Wash. L. Rev.* 581; I. B. Capers, “The Unintentional Rapist” (2010), 87 *Wash. L. Rev.* 1345, at p. 1367; K. Bumiller, *In an Abusive State: How Neoliberalism Appropriated the Feminist Movement against Sexual Violence* (2008), at pp. 9-10; M. Randall, “Sexual Assault Law, Credibility, and ‘Ideal Victims’: Consent, Resistance, and Victim Blaming” (2010), 22 *C.J.W.L.* 397, at pp. 406-7; E. Bernstein, “Militarized Humanitarianism Meets Carceral Feminism: The Politics of Sex, Rights, and Freedom in Contemporary Antitrafficking Campaigns” (2010), 36 *Signs* 45; M. Johnston, “Sisterhood Will Get Ya: Anti-rape Activism and the Criminal Justice System”, in E. A. Sheehy, ed., *Sexual Assault in Canada: Law, Legal Practice and Women’s Activism* (2012), 267, at p. 291; A. Gruber, “A ‘Neo-Feminist’ Assessment of Rape and Domestic Violence Law Reform” (2012), 15 *J. Gender Race & Just.* 583; E. Mykhalovskiy and G. Betteridge, “Who? What? Where? When? And with What Consequences? An Analysis of Criminal Cases of HIV Non-disclosure in Canada” (2012), 27 *C.J.L.S.* 31, at pp. 44-46; F. Ashley, “Nuancing Feminist Perspectives on the Voluntary Intoxication Defence” (2020), 43:5 *Man. L.J.* 65; U. Khan, “Homosexuality and Prostitution: A Tale of Two Deviancies” (2020), 70 *U.T.L.J.* 283; H. Millar and T. O’Doherty, “Racialized, Gendered, and Sensationalized: An examination of Canadian anti-trafficking laws, their enforcement, and their (re)presentation” (2020), 35 *C.J.L.S.* 23).

CSC 11, [2020] 1 R.C.S. 577, par. 25; R. c. C.P., 2021 CSC 19, [2021] 1 R.C.S. 679, par. 88-89). De nombreux auteurs soutiennent également que les lois nord-américaines relatives à la violence sexuelle en matière criminelle [TRADUCTION] « ont contribué à la criminalisation disproportionnée des hommes racialisés, à la diminution de l’autonomie juridique et sexuelle des femmes ainsi qu’au rejet de la faute d’un problème social généralisé sur une poignée de déviants sexuels » (D. Phillips, « Let’s Talk About Sexual Assault : Survivor Stories and the Law in the Jian Ghomeshi Media Discourse » (2017), 54 *Osgoode Hall L.J.* 1133, p. 1148; voir aussi D. L. Martin, « Retribution Revisited : A Reconsideration of Feminist Criminal Law Reform Strategies » (1998), 36 *Osgoode Hall L.J.* 151; A. Gruber, « Rape, Feminism, and the War on Crime » (2009), 84 *Wash. L. Rev.* 581; I. B. Capers, « The Unintentional Rapist » (2010), 87 *Wash. L. Rev.* 1345, p. 1367; K. Bumiller, *In an Abusive State : How Neoliberalism Appropriated the Feminist Movement against Sexual Violence* (2008), p. 9-10; M. Randall, « Sexual Assault Law, Credibility, and “Ideal Victims” : Consent, Resistance, and Victim Blaming » (2010), 22 *R.F.D.* 397, p. 406-407; E. Bernstein, « Militarized Humanitarianism Meets Carceral Feminism : The Politics of Sex, Rights, and Freedom in Contemporary Antitrafficking Campaigns » (2010), 36 *Signs* 45; M. Johnston, « Sisterhood Will Get Ya : Anti-rape Activism and the Criminal Justice System », dans E. A. Sheehy, dir., *Sexual Assault in Canada : Law, Legal Practice and Women’s Activism* (2012), 267, p. 291; A. Gruber, « A “Neo-Feminist” Assessment of Rape and Domestic Violence Law Reform » (2012), 15 *J. Gender Race & Just.* 583; E. Mykhalovskiy et G. Betteridge, « Who? What? Where? When? And with What Consequences? An Analysis of Criminal Cases of HIV Non-disclosure in Canada » (2012), 27 *R.C.D.S.* 31, p. 44-46; F. Ashley, « Nuancing Feminist Perspectives on the Voluntary Intoxication Defence » (2020), 43:5 *Man. L.J.* 65; U. Khan, « Homosexuality and Prostitution : A Tale of Two Deviancies » (2020), 70 *U.T.L.J.* 283; H. Millar et T. O’Doherty, « Racialized, Gendered, and Sensationalized : An examination of Canadian anti-trafficking laws, their enforcement, and their (re)presentation » (2020), 35 *R.C.D.S.* 23).

[166] The *Hutchinson* majority was clearly alive to concerns about over-extending the criminal law. It explicitly declared its aversion to criminalizing conduct that would lack “the necessary reprehensible character” and to “casting the net of the criminal law too broadly” (para. 53). Contrary to our colleague’s assertion, at paras. 103-104, her proposed approach would undermine this key pillar of *Hutchinson* by expanding the scope of criminal liability for sexual assault and offending the principle of restraint. It would treat a complainant’s *mistake* regarding condom usage (e.g., believing a condom was being used when it was not) as a consent violation under s. 273.1(1), even in the absence of deception by the accused or a risk of harm to the complainant. As Dickson C.J., dissenting, but not on this point, held in *R. v. Bernard*, [1988] 2 S.C.R. 833, it is not for the courts to “broaden the net of [criminal] liability, particularly as changes in the law through judicial decision operate retrospectively” (pp. 860-61). In our respectful view, it is reasonable to surmise that the burden of the expansion of criminal liability proposed by our colleague will disproportionately fall on the same vulnerable communities she purports to protect.

[167] Finally, our colleague discusses the problem of “stealththing” (i.e., where the accused pretends to have put on a condom or secretly removes it) at length in her reasons (paras. 57-64). She appears to suggest that this is a brand new issue the *Hutchinson* Court did not consider. We disagree. Our colleague mistakes form for substance. As we have already explained (and as the *Hutchinson* majority stated, at para. 41) a sabotaged condom is equivalent to no condom or a condom that is surreptitiously removed. In both scenarios, consent to “unprotected sex” is obtained through deceit, such that the proper analysis flows through s. 265(3)(c), not s. 273.1(1).

[166] Dans l’arrêt *Hutchinson*, la majorité était manifestement consciente des préoccupations concernant un élargissement excessif du droit criminel. Elle a explicitement déclaré sa répugnance à l’idée de criminaliser des comportements ne présentant pas « le caractère répréhensible nécessaire » et « d’étendre trop largement la portée du droit criminel » (par. 53). Contrairement à ce que notre collègue affirme au par. 103-104, l’approche qu’elle propose saperait ce pilier fondamental de *Hutchinson* en élargissant l’étendue de la responsabilité criminelle dans les cas d’agression sexuelle et en contrevenant au principe de la modération. Ainsi, l’*erreur* du plaignant concernant l’utilisation d’un condom (p. ex., croire qu’un condom était utilisé alors que ce n’était pas le cas) serait considérée comme une violation du consentement en application du par. 273.1(1), et ce, même en l’absence de tromperie de la part de l’accusé ou de risque de préjudice pour le plaignant. Comme le juge en chef Dickson, dissident, mais non sur ce point, l’a conclu dans *R. c. Bernard*, [1988] 2 R.C.S. 833, il n’appartient pas aux tribunaux de « donner plus d’extension à la responsabilité [criminelle], d’autant plus que les changements apportés au droit par des décisions judiciaires ont un effet rétroactif » (p. 861). Avec égards, il est raisonnable de supposer que le poids de l’élargissement de la responsabilité criminelle proposé par notre collègue affectera de manière disproportionnée les mêmes collectivités vulnérables qu’elle affirme protéger.

[167] Enfin, dans ses motifs, notre collègue analyse en profondeur (par. 57-64) le problème du « furtivage » (c.-à-d. lorsque l’accusé fait semblant d’avoir mis un condom ou le retire à l’insu du partenaire). Elle semble suggérer qu’il s’agit d’une toute nouvelle question que notre Cour n’a pas examinée dans *Hutchinson*. Nous ne sommes pas d’accord. Notre collègue confond la forme avec le fond. Comme nous l’avons déjà expliqué (et comme les juges majoritaires dans *Hutchinson* l’ont affirmé au par. 41), un condom saboté équivaut à aucun condom ou à un condom qui est enlevé furtivement. Dans les deux cas, le consentement à des « rapports sexuels sans protection » est obtenu au moyen d’une tromperie, de sorte que l’analyse appropriée est fondée sur l’al. 265(3)c), et non sur le par. 273.1(1).

(4) Our Colleague’s Misreading of *Hutchinson* Effects an Overturning of Precedent

[168] Although our colleague uses the term “distinguish”, in effect, she overturns *Hutchinson*.

[169] Indeed, our colleague’s description of *Hutchinson*’s jurisprudential role leaves *Hutchinson* with virtually no precedential value. *Hutchinson*, we are assured, will continue to govern cases “of deception, for example where a condom is used, but rendered ineffective through an act of sabotage and deception” and where a complainant “finds out after the sexual act” that the condom was sabotaged, but not during (para. 103 (emphasis removed)). In other words, on her interpretation, *Hutchinson* would apply *only* where an accused poked holes in a condom, or perhaps (but we do not know) damaged the condom in some other unidentified way. We do not accept that a 4-3 split panel of this Court intended its decision to be confined to a single bizarre set of factual circumstances. As we have indicated, this unduly narrow reading is manifestly inconsistent with this Court’s long-standing jurisprudence on the proper flexible and broad approach to interpreting the *ratio* of its decisions.

[170] This brings us to the following section of our reasons, wherein we (1) reaffirm the importance of *stare decisis*, particularly at the apex court level; and (2) outline a clear framework for deciding whether to overturn a precedent of this Court, rooted in the relevant jurisprudence and buttressed by the foundational principles of *stare decisis* as central tenets of our justice system.

B. *Stare Decisis*

[171] As set out above, *Hutchinson* is not properly distinguishable; rather it is binding precedent in this case. In claiming that *Hutchinson* is distinguishable, our colleague declines to do the difficult

(4) L’interprétation erronée de l’arrêt *Hutchinson* par notre collègue constitue un renversement d’un précédent

[168] Bien que notre collègue utilise le mot « distinguer », en réalité, elle infirme l’arrêt *Hutchinson*.

[169] En effet, en décrivant le rôle jurisprudentiel de l’arrêt *Hutchinson*, notre collègue lui retire presque toute sa valeur de précédent. Cette décision, nous assure-t-elle, continuera à régir les affaires « de tromperie, par exemple, lorsqu’un condom est utilisé, mais qu’il est rendu inefficace par un acte de sabotage et de tromperie » et lorsque la personne plaignante « s’est aperçue après l’acte sexuel », mais pas pendant celui-ci, que le condom avait été saboté (par. 103 (italique omis)). Autrement dit, selon l’interprétation de notre collègue, *Hutchinson* s’appliquerait *seulement* lorsque l’accusé a percé des trous dans un condom ou, peut-être (mais nous ne savons pas), lorsqu’il a endommagé le condom d’une autre manière quelconque. Nous ne sommes pas d’accord pour dire qu’une formation divisée de notre Cour — 4 juges contre 3 — voulait que sa décision se limite à un seul ensemble bizarre de circonstances factuelles. Comme nous l’avons déjà souligné, cette interprétation indûment restrictive est manifestement incompatible avec la jurisprudence établie depuis longtemps par notre Cour concernant l’approche souple et large applicable à l’interprétation de la *ratio* de ses décisions.

[170] Cela nous amène à la section suivante de nos motifs, dans laquelle nous (1) réaffirmons l’importance du *stare decisis*, particulièrement au niveau du tribunal de dernière instance, et (2) exposons un cadre d’analyse clair servant à déterminer s’il convient d’infirmer un précédent de notre Cour. Ce cadre d’analyse est fondé sur la jurisprudence pertinente et renforcé par les principes fondamentaux du *stare decisis* en tant que pierre d’assise de notre système de justice.

B. *Stare decisis*

[171] Comme nous l’avons vu précédemment, il n’est pas approprié de distinguer *Hutchinson*; il s’agit plutôt d’un précédent contraignant en l’espèce. En affirmant que *Hutchinson* se distingue du présent

work of determining whether *Hutchinson* should be overturned. The Crown argued (in the alternative) that it should be. As we hold that *Hutchinson* is not distinguishable, it necessarily follows that we must consider whether it should be overturned.

[172] In deciding whether *Hutchinson* should be overturned it is necessary to consider the framework for making such decisions. Ironically, the jurisprudence of this Court regarding overturning its own precedents — horizontal *stare decisis* — lacks clarity and coherence. In this section, we examine that doctrine. We underscore that *stare decisis* is fundamental to legal stability, judicial legitimacy, and the rule of law. Failing to have proper regard to *stare decisis* has serious, far-reaching consequences.

[173] First, we define *stare decisis* and briefly set out its history. Second, we describe its rationale. Third, we consider two criticisms of *stare decisis* and explain how these critiques arise not from its proper application, but rather from the failure to do so. Fourth, we set out circumstances in which this Court *should* overturn its own precedents, as well as factors that *should not* be the basis for doing so. Fifth, we deal with differences in applying *stare decisis* in cases involving statutory interpretation (like this one), the common law, and constitutional decisions.

(1) The Doctrine of *Stare Decisis*

(a) *Introduction and History*

[174] *Stare decisis* is derived from the Latin phrase, *stare decisis et non quieta movere* — “to stand by previous decisions and not to disturb settled matters” (*Black’s Law Dictionary* (11th ed. 2019), at p. 2016). According to this foundational doctrine, judges are to apply authoritative precedents and have like matters “be decided by like” (T. Healy, “Stare Decisis As A Constitutional Requirement” (2001), 104 *W. Va.*

dossier, notre collègue fait défaut d’accomplir la tâche difficile consistant à décider si cette décision devrait être infirmée. La Couronne a soutenu (à titre subsidiaire) qu’elle devrait l’être. Comme nous concluons que l’arrêt *Hutchinson* ne se distingue pas de l’espèce, nous devons donc forcément décider s’il devrait être infirmé.

[172] Pour trancher cette question, il faut examiner le cadre d’analyse applicable à cette fin. Ironiquement, la jurisprudence de notre Cour concernant le renversement de ses propres précédents — le *stare decisis* horizontal — manque de clarté et de cohérence. Dans la présente section, nous examinons ce principe. Nous soulignons que le *stare decisis* est fondamental pour la stabilité juridique, la légitimité judiciaire et la primauté du droit. Ne pas en tenir dûment compte a des conséquences graves et d’une portée considérable.

[173] Premièrement, nous définissons le *stare decisis* et en exposons brièvement son historique. Deuxièmement, nous décrivons sa raison d’être. Troisièmement, nous examinons deux critiques formulées à l’égard du *stare decisis* et expliquons que ces critiques découlent non pas du fait d’appliquer le principe de façon appropriée, mais plutôt du fait de ne pas le faire. Quatrièmement, nous énonçons les circonstances dans lesquelles la Cour *doit* infirmer ses propres précédents ainsi que les facteurs qui *ne doivent pas* justifier un tel renversement. Cinquièmement, nous examinons les différences dans l’application du *stare decisis* pour les affaires portant sur l’interprétation statutaire (comme en l’espèce), les affaires en common law et les affaires donnant lieu à des décisions constitutionnelles.

(1) Le principe du *stare decisis*

a) *Introduction et historique*

[174] L’expression *stare decisis* provient de l’expression latine *stare decisis et non quieta movere* — [TRADUCTION] « s’en tenir aux décisions antérieures et ne pas modifier ce qui a été tranché » (*Black’s Law Dictionary* (11^e éd. 2019), p. 2016). Selon ce principe fondamental, les juges doivent appliquer les précédents faisant autorité et trancher les affaires semblables [TRADUCTION] « de manière semblable » (T. Healy,

L. Rev. 43, at p. 56, citing the 13th century English jurist Henry de Bracton).

[175] English and Canadian courts came to treat *stare decisis* as rigid, with no ability to revisit precedent (see *Beamish v. Beamish* (1861), 9 H.L.C. 274; *Stuart v. Bank of Montreal* (1909), 41 S.C.R. 516). These courts adhered to the then dominant Blackstonian view of the law which posited that judges could only discover the law, not change it (*R. v. Salituro*, [1991] 3 S.C.R. 654, at pp. 665-66; *Canada (Attorney General) v. Hislop*, 2007 SCC 10, [2007] 1 S.C.R. 429, at para. 84). To escape this historical straitjacket, courts interpreted the *ratios* of decisions narrowly, distinguishing precedents for which they claimed no authority to overturn (*Henry*, at para. 53).

[176] The mid-20th century brought change, as courts affirmed authority to depart from precedent. In a 1966 practice statement, the House of Lords indicated they could depart from previous decisions where “too rigid adherence to precedent may lead to injustice in a particular case and also unduly restrict the proper development of the law” (*Practice Statement (Judicial Precedent)*, [1966] 1 W.L.R. 1234). This Court had adopted a somewhat similar approach in *Reference re The Farm Products Marketing Act*, [1957] S.C.R. 198.

[177] This Court, like apex courts in other common law jurisdictions, has sought within the doctrine of *stare decisis* to balance principled development of the law and the rationale for maintaining precedent (see, e.g., *Minister of Indian Affairs and Northern Development v. Ranville*, [1982] 2 S.C.R. 518, at pp. 528-29; *Canada v. Craig*, 2012 SCC 43, [2012] 2 S.C.R. 489, at para. 24; *Ontario (Attorney General) v. Fraser*, 2011 SCC 20, [2011] 2 S.C.R. 3, at para. 58; *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992); *Willers v. Joyce (No. 2)*, [2016] UKSC 44, [2018] A.C. 843, at paras. 4 et seq.). As the High Court of Australia stated:

« *Stare Decisis As A Constitutional Requirement* » (2001), 104 *W. Va. L. Rev.* 43, p. 56, citant le juriste anglais du 13^e siècle Henry de Bracton).

[175] Les tribunaux anglais et canadiens en sont venus à considérer le *stare decisis* comme un principe rigide ne laissant aucune possibilité pour réexaminer un précédent (voir *Beamish c. Beamish* (1861), 9 H.L.C. 274; *Stuart c. Bank of Montreal* (1909), 41 R.C.S. 516). Ces tribunaux souscrivaient à la conception blackstonienne du droit qui prédominait à l’époque, à savoir que les juges ne pouvaient que découvrir le droit, et non le changer (*R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654, p. 665-666; *Canada (Procureur général) c. Hislop*, 2007 CSC 10, [2007] 1 R.C.S. 429, par. 84). Pour échapper à ce carcan historique, les tribunaux interprétaient étroitement les *ratios* des décisions et distinguaient les précédents qu’ils n’avaient pas, selon eux, le pouvoir d’infirmier (*Henry*, par. 53).

[176] Le milieu du 20^e siècle a été porteur de changement, car les tribunaux ont affirmé avoir l’autorité pour s’écarter d’un précédent. Dans une déclaration sur la pratique faite en 1966, la Chambre des lords a indiqué qu’elle pouvait s’écarter de décisions antérieures quand [TRADUCTION] « une adhésion servile à la règle du précédent pourrait conduire à une injustice dans un cas particulier, en plus de limiter indûment l’évolution normale du droit » (*Practice Statement (Judicial Precedent)*, [1966] 1 W.L.R. 1234). Notre Cour a adopté une approche plutôt semblable dans *Reference re The Farm Products Marketing Act*, [1957] R.C.S. 198.

[177] À l’instar des juridictions de dernière instance dans d’autres pays de common law, notre Cour a cherché, dans le cadre du principe du *stare decisis*, à mettre en balance une évolution raisonnée du droit et la raison d’être du maintien d’un précédent (voir, p. ex., *Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien c. Ranville*, [1982] 2 R.C.S. 518, p. 528-529; *Canada c. Craig*, 2012 CSC 43, [2012] 2 R.C.S. 489, par. 24; *Ontario (Procureur général) c. Fraser*, 2011 CSC 20, [2011] 2 R.C.S. 3, par. 58; *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania c. Casey*, 505 U.S. 833 (1992); *Willers c. Joyce (No. 2)*, [2016] UKSC 44, [2018] A.C. 843, par. 4 et suiv.). Comme l’a déclaré la Haute Cour d’Australie :

No Justice is entitled to ignore the decisions and reasoning of [their] predecessors, and to arrive at [their] own judgment as though the pages of the law reports were blank, or as though the authority of a decision did not survive beyond the rising of the Court. A Justice, unlike a legislator, cannot introduce a programme of reform which sets at nought decisions formerly made and principles formerly established.

(*Queensland v. Commonwealth* (1977), 139 C.L.R. 585, at p. 599)

(b) *Types of Stare Decisis: Vertical and Horizontal*

[178] There are two forms of *stare decisis*: vertical and horizontal. Vertical *stare decisis* requires lower courts to follow decisions of higher courts, with limited exceptions (*Canada (Attorney General) v. Bedford*, 2013 SCC 72, [2013] 3 S.C.R. 1101, at paras. 42 and 44; *Carter v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 5, [2015] 1 S.C.R. 331, at para. 44; *R. v. Comeau*, 2018 SCC 15, [2018] 1 S.C.R. 342, at paras. 26 and 41). Horizontal *stare decisis* binds courts of coordinate jurisdiction in a similar, but not identical, manner (Rowe and Katz, at p. 17).

[179] Horizontal *stare decisis* operates differently at each level of court. There is more room to depart from precedent as one moves up the judicial hierarchy. The test for overturning precedent at the trial level is more limited than that for overturning precedent by intermediate appellate courts (for horizontal *stare decisis* at the trial level, see *Re Hansard Spruce Mills Ltd.*, [1954] 4 D.L.R. 590 (B.C.S.C.); *R. v. Sullivan*, 2022 SCC 19; for horizontal *stare decisis* at the intermediate appellate level, see *R. v. Neves*, 2005 MBCA 112, 201 Man. R. (2d) 44, at paras. 100-108; *David Polowin Real Estate Ltd. v. Dominion of Canada General Insurance Co.* (2005), 76 O.R. (3d) 161 (C.A.), at paras. 126-43; *Tan v. Canada (Attorney General)*, 2018 FCA 186, [2019] 2 F.C.R. 648, at paras. 24-36; *Toronto Standard Condominium Corporation No. 1628 v. Toronto Standard Condominium Corporation*, 2020 ONCA 612, 454 D.L.R. (4th) 126, at para. 73).

[TRANSLATION] Aucun juge n'est autorisé à ignorer les décisions et le raisonnement de ses prédécesseurs et à arriver à ses propres conclusions comme si la jurisprudence n'existait pas, ou comme si une décision ne faisait plus autorité dès l'ajournement d'une session. Contrairement au législateur, le juge ne peut entreprendre une réforme qui réduit à néant les décisions antérieures et les principes établis précédemment.

(*Queensland c. Commonwealth* (1977), 139 C.L.R. 585, p. 599)

b) *Types de stare decisis : vertical et horizontal*

[178] Il existe deux types de *stare decisis* : vertical et horizontal. Le *stare decisis* vertical exige des tribunaux d'instance inférieure qu'ils suivent les décisions des juridictions supérieures, à quelques exceptions près (*Canada (Procureur général) c. Bedford*, 2013 CSC 72, [2013] 3 R.C.S. 1101, par. 42 et 44; *Carter c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 5, [2015] 1 R.C.S. 331, par. 44; *R. c. Comeau*, 2018 CSC 15, [2018] 1 R.C.S. 342, par. 26 et 41). Le *stare decisis* horizontal lie les tribunaux de juridiction équivalente d'une manière semblable, mais pas identique (Rowe et Katz, p. 17).

[179] Le *stare decisis* horizontal s'applique différemment à chaque niveau de juridiction. Plus un tribunal se situe à un niveau élevé dans la hiérarchie judiciaire, plus il dispose de latitude pour s'écarter d'un précédent. Pour infirmer un précédent, les tribunaux de première instance doivent appliquer un test plus strict que celui que doivent appliquer les cours d'appel intermédiaires (pour le principe du *stare decisis* horizontal en première instance, voir *Re Hansard Spruce Mills Ltd.*, [1954] 4 D.L.R. 590 (C.S. C.-B.); *R. c. Sullivan*, 2022 CSC 19; pour le *stare decisis* horizontal en cour d'appel intermédiaire, voir *R. c. Neves*, 2005 MBCA 112, 201 Man. R. (2d) 44, par. 100-108; *David Polowin Real Estate Ltd. c. Dominion of Canada General Insurance Co.* (2005), 76 O.R. (3d) 161 (C.A.), par. 126-143; *Tan c. Canada (Procureur général)*, 2018 CAF 186, [2019] 2 R.C.F. 648, par. 24-36; *Toronto Standard Condominium Corporation No. 1628 c. Toronto Standard Condominium Corporation*, 2020 ONCA 612, 454 D.L.R. (4th) 126, par. 73).

[180] The tests for horizontal *stare decisis* at the trial and at the intermediate appellate level differ, reflecting the institutional roles of those courts. We will not deal with *stare decisis* in these contexts. We would note only that the tests differ because most trial decisions are appealable as of right to a Court of Appeal, whose responsibility is to correct legal errors made at first instance. Conversely, intermediate appellate courts are often the court of last resort. Courts of Appeal therefore need more room to depart from their past precedents than trial courts.

(c) *Supreme Court of Canada Precedents Are Governed by a Particular Type of Horizontal Stare Decisis*

[181] Our Court’s decisions are different from decisions by intermediate appellate or trial courts. As we have already indicated, our decisions as the apex court often require “the elaboration of general principles that can unify large areas of the law and provide meaningful guidance to the legal community and the general public” (Daly, at p. 5). Such guidance is given effect in a variety of circumstances and for an indefinite period. Eventually, these frameworks may need to be revisited to ensure that they remain workable and responsive to social realities. The framework for horizontal *stare decisis* at this Court must take account of its institutional role and how that role relates to the rationale for *stare decisis*.

(2) The Rationale for *Stare Decisis*

[182] It is worthwhile to reflect on the rationale for *stare decisis*. Why is it that *stare decisis* disentitles judges from arriving at their decisions afresh? What value does the doctrine bring to Canada’s judicial system? Why does disregard for the doctrine have far-reaching consequences? How does such disregard validate criticisms levied at this Court? (See, e.g., D. Parkes, “Precedent Revisited: *Carter v Canada*

[180] Les tests du *stare decisis* horizontal en première instance et en cour d’appel intermédiaire sont différents, reflétant les rôles institutionnels de ces tribunaux. Nous n’examinerons pas le *stare decisis* dans ces contextes. Nous ferons simplement remarquer que les tests sont différents, car la majorité des décisions de première instance peuvent faire l’objet d’un appel de plein droit devant une cour d’appel, la responsabilité de celle-ci étant de corriger les erreurs de droit commises en première instance. À l’inverse, les cours d’appel intermédiaires sont souvent les tribunaux de dernier ressort. Les cours d’appel ont donc besoin d’une plus grande latitude pour s’écarter de leurs précédents que les tribunaux de première instance.

c) *Les précédents de la Cour suprême du Canada sont régis par un type particulier de stare decisis horizontal*

[181] Les décisions de notre Cour sont différentes de celles rendues par les cours d’appel intermédiaires ou les tribunaux de première instance. Comme nous l’avons déjà souligné, les décisions que nous rendons en tant que juridiction de dernière instance nécessitent souvent [TRADUCTION] « l’élaboration de principes généraux pouvant unifier de vastes domaines du droit et fournir des lignes directrices utiles à la communauté juridique et au grand public » (Daly, p. 5). De telles lignes directrices sont mises en œuvre dans diverses circonstances et pour une période indéfinie. Un jour, ces cadres devront peut-être être réexaminés afin de s’assurer qu’ils demeurent applicables et adaptés aux réalités sociales. Le cadre d’analyse en matière de *stare decisis* horizontal applicable à notre Cour doit ainsi tenir compte de son rôle institutionnel et de la manière dont ce rôle est lié à la raison d’être du *stare decisis*.

(2) La raison d’être du *stare decisis*

[182] Il est intéressant de réfléchir à la raison d’être du *stare decisis*. Pourquoi le *stare decisis* empêche-t-il les juges de repartir à zéro pour parvenir à leurs décisions? Quelle est sa valeur dans le système de justice canadien? Pourquoi le fait de s’en écarter a-t-il des conséquences d’une portée considérable? Comment le fait de s’en écarter confirme-t-il les critiques formulées à l’endroit de notre Cour? (Voir, p. ex.,

(AG) and the Contemporary Practice of Precedent” (2016), 10:1 *McGill J.L. & Health* S123.)

[183] *Stare decisis* promotes: (1) legal certainty and stability, allowing people to plan and manage their affairs (*Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov*, 2019 SCC 65, [2019] 4 S.C.R. 653, at paras. 20, 270 and 281; Sharpe, at p. 147); (2) the rule of law, such that people are subject to similar rules (*Vavilov*, at paras. 260 and 281); and (3) the legitimate and efficient exercise of judicial authority (*Watkins v. Olafson*, [1989] 2 S.C.R. 750, at pp. 760-61). We explain each of these rationales below.

(a) *Legal Certainty and Stability*

[184] *Stare decisis* promotes legal certainty and stability. The doctrine “provides some moorings so that [people] may trade and arrange their affairs with confidence. *Stare decisis* serves to take the capricious element out of law and to give stability to a society” (W. O. Douglas, “*Stare Decisis*” (1949), 49 *Colum. L. Rev.* 735, at p. 736). Failure to adhere to the doctrine creates unpredictability in the law (Sharpe, at p. 146). The construct of planning one’s affairs stretches beyond business and estate reliance; *stare decisis* also protects societal reliance on the law (see, e.g., the discussion of societal reliance on *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973), in *Casey*, at p. 856).

(b) *The Rule of Law*

[185] The rule of law has interlocking components (T. Bingham, *The Rule of Law* (2010), at pp. 160-70; Sharpe, at pp. 122-24). *Stare decisis* relates to the component that demands like cases be treated alike. “[T]here will be no equal justice under law if a negligence rule is applied in the morning but not in the afternoon” (Douglas, at p. 736; see also *Sriskandarajah v. United States of America*, 2012 SCC 70, [2012] 3 S.C.R. 609, at para. 18; Sharpe, at p. 146).

D. Parkes, « Precedent Revisited : *Carter v Canada* (AG) and the Contemporary Practice of Precedent » (2016), 10:1 *R.D. & santé McGill* S123.)

[183] Le *stare decisis* favorise : (1) la certitude et la stabilité juridiques, ce qui permet aux gens de planifier et gérer leurs affaires (*Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) c. Vavilov*, 2019 CSC 65, [2019] 4 R.C.S. 653, par. 20, 270 et 281; Sharpe, p. 147); (2) la primauté du droit, de sorte que les gens sont assujettis à des règles semblables (*Vavilov*, par. 260 et 281); et (3) l’exercice légitime et efficace du pouvoir judiciaire (*Watkins c. Olafson*, [1989] 2 R.C.S. 750, p. 760-761). Nous expliquons ci-après chacune de ces raisons d’être.

a) *Certitude et stabilité juridiques*

[184] Le *stare decisis* favorise la certitude et la stabilité juridiques. Ce principe [TRADUCTION] « assure un certain ancrage de manière à ce que les [personnes] puissent commercer et organiser leurs affaires en toute confiance. Le *stare decisis* a pour effet d’enlever le caractère capricieux du droit et d’assurer la stabilité au sein d’une société » (W. O. Douglas, « *Stare Decisis* » (1949), 49 *Colum. L. Rev.* 735, p. 736). Le non-respect de ce principe engendre l’imprévisibilité en droit (Sharpe, p. 146). L’idée d’organiser ses affaires va au-delà de la confiance dans les activités commerciales et les planifications successorales; le *stare decisis* protège également la confiance qu’a la société dans le droit (voir, p. ex., l’analyse de la confiance accordée par la société à *Roe c. Wade*, 410 U.S. 113 (1973), dans *Casey*, p. 856).

b) *Primauté du droit*

[185] La primauté du droit est composée d’éléments interdépendants (T. Bingham, *The Rule of Law* (2010), p. 160-170; Sharpe, p. 122-124). Le *stare decisis* est lié à l’un de ces éléments, qui exige que les affaires semblables reçoivent un traitement semblable. [TRADUCTION] « Il n’y aura pas de justice égalitaire au regard du droit si une règle relative à la négligence est appliquée en matinée, mais pas en après-midi » (Douglas, p. 736; voir aussi *Sriskandarajah c. États-Unis d’Amérique*, 2012 CSC 70, [2012] 3 R.C.S. 609, par. 18; Sharpe, p. 146).

[186] Failure to properly apply *stare decisis* creates different law in similar cases, as recently demonstrated in *R. v. Chan*, 2018 ONSC 3849, 365 C.C.C. (3d) 376. Judges' inconsistent adherence to precedential declarations of invalidity of s. 33.1 of the *Criminal Code* gave certain accused access to the defence of automatism, but precluded the same access to others (*Chan*, at paras. 51-52). This confounds the rule of law. The availability of a defence cannot depend on the personal preferences of the presiding judge. Proper application of *stare decisis* is necessary for equal application of the law.

(c) *Judicial Efficiency and Legitimacy*

[187] *Res judicata* prevents re-litigation of specific cases. *Stare decisis* guards against this systemically, by preventing re-litigation of settled law. Both doctrines promote judicial efficiency (Congressional Research Service, "The Supreme Court's Overruling of Constitutional Precedent", September 24, 2018, at p. 7; *Vavilov*, at para. 272, per Abella and Karakatsanis JJ., concurring). Such re-litigation contributes to delay and a waste of judicial resources (*Hryniak v. Mauldin*, 2014 SCC 7, [2014] 1 S.C.R. 87; *R. v. Jordan*, 2016 SCC 27, [2016] 1 S.C.R. 631). *Chan* is, again, illustrative: since 1998, at least six judges in Ontario have considered the constitutionality of s. 33.1 (see *Chan*; *R. v. Fleming*, 2010 ONSC 8022; *R. v. Dunn* (1999), 28 C.R. (5th) 295 (Ont. C.J. (Gen. Div.)); *R. v. Jensen*, [2000] O.J. No. 4870 (QL), 2000 CarswellOnt 6489 (WL) (S.C.J.); *R. v. Decaire*, [1998] O.J. No. 6339 (QL); *R. v. Cedeno*, 2005 ONCJ 91, 195 C.C.C. (3d) 468). Proper application of *stare decisis* prevents judicial inefficiency and the associated uncertainty in the law.

[188] *Stare decisis* also upholds the institutional legitimacy of courts, which hinges on public confidence that judges decide cases on a principled basis, rather than simply based on their own views. The public should have confidence that the law will not change simply because the composition of the panel

[186] Ne pas appliquer de façon appropriée le *stare decisis* crée un droit différent dans des affaires semblables, comme il a récemment été démontré dans *R. c. Chan*, 2018 ONSC 3849, 365 C.C.C. (3d) 376. Le manque de cohérence des juges quant au respect de précédents déclarant invalide l'art. 33.1 du *Code criminel* a permis à certains accusés d'avoir accès à la défense d'automatisme, mais a empêché d'autres accusés d'y avoir accès (*Chan*, par. 51-52). Cela nuit à la primauté du droit. La possibilité d'invoquer une défense ne saurait dépendre des préférences personnelles du juge qui préside l'audience. L'application appropriée du *stare decisis* est nécessaire à l'égalité dans l'application du droit.

c) *Efficacité et légitimité judiciaires*

[187] L'autorité de la chose jugée empêche que les affaires déjà tranchées ne soient rouvertes ultérieurement. Le *stare decisis* permet d'éviter cela de façon systémique en empêchant la réouverture de principes de droit établis. Ces deux principes favorisent l'efficacité judiciaire (Congressional Research Service, « The Supreme Court's Overruling of Constitutional Precedent », 24 septembre 2018, p. 7; *Vavilov*, par. 272, les juges Abella et Karakatsanis, motifs concordants). Une telle réouverture d'affaires déjà tranchées contribue aux délais et au gaspillage des ressources judiciaires (*Hryniak c. Mauldin*, 2014 CSC 7, [2014] 1 R.C.S. 87; *R. c. Jordan*, 2016 CSC 27, [2016] 1 R.C.S. 631). Là encore, la décision *Chan* sert d'illustration : depuis 1998, au moins six juges en Ontario se sont penchés sur la constitutionnalité de l'art. 33.1 (voir *Chan*; *R. c. Fleming*, 2010 ONSC 8022; *R. c. Dunn* (1999), 28 C.R. (5th) 295 (C.J. Ont. (Div. gén.)); *R. c. Jensen*, [2000] O.J. No. 4870 (QL), 2000 CarswellOnt 6489 (WL) (C.S.J.); *R. c. Decaire*, [1998] O.J. No. 6339 (QL); *R. c. Cedeno*, 2005 ONCJ 91, 195 C.C.C. (3d) 468). L'application appropriée du *stare decisis* évite l'inefficacité judiciaire et l'incertitude du droit qui y est associée.

[188] Le *stare decisis* maintient aussi la légitimité institutionnelle des tribunaux, laquelle repose sur la confiance du public que les juges tranchent les litiges en se fondant sur des principes, et non simplement sur leurs propres opinions. Le public devrait avoir confiance que le droit ne changera pas simplement

or the court hearing a legal issue changes. There is “a point beyond which frequent overruling would overtax the country’s belief in the Court’s good faith. . . . The legitimacy of the Court would fade with the frequency of its vacillation” (*Casey*, at p. 866).

[189] Legitimacy does not depend on popular agreement with outcomes, but rather is founded on confidence that courts decide cases in accordance with principle. This requires that judges give effect to settled legal principles and depart from them only where a proper basis is shown. In this way, *stare decisis* is foundational.

(3) Criticisms of *Stare Decisis*

[190] Two noteworthy criticisms are made of *stare decisis*. The first is that it is inherently conservative. The second is that courts only adhere to *stare decisis* when the impugned precedent accords with their personal preference. Both criticisms arise from inconsistent application of *stare decisis* and both are answered by its proper application.

(a) *Inherent Conservatism*

[191] Professor E. Craig writes that *stare decisis* is an “inherently conservative concept and one without any intrinsic value” (“Personal *Stare Decisis*, HIV Non-Disclosure, and the Decision in *Mabior*” (2015), 53 *Alta. L. Rev.* 207, at p. 208). She argues the doctrine should be abandoned whenever it does not align with the values it is said to serve. See also J. J. Arvay, S. M. Tucker and A. M. Latimer, “*Stare Decisis* and Constitutional Supremacy: Will Our Charter Past Become an Obstacle to Our Charter Future?” (2012), 58 *S.C.L.R.* (2d) 61, at p. 62.

[192] A principled framework, as we set out below, will enable this Court to revisit precedent in many circumstances that Professor Craig argues may be

parce que la composition de la formation ou de la cour qui entend une question juridique change. [TRADUCTION] « Au-delà d’un certain point, si la Cour infirme fréquemment ses décisions, sa bonne foi risque d’être mise en doute. [. . .] La Cour perdrait de sa légitimité en raison de la fréquence de ses hésitations » (*Casey*, p. 866).

[189] La légitimité ne dépend pas de l’adhésion de la population aux résultats, mais est plutôt fondée sur la confiance que les tribunaux tranchent les litiges conformément aux principes établis. Cela exige que les juges donnent effet à ces principes juridiques et ne s’en écartent que si un motif valable est établi. Ainsi, le *stare decisis* est fondamental.

(3) Critiques visant le *stare decisis*

[190] Deux critiques intéressantes sont formulées à l’égard du *stare decisis*. La première est qu’il s’agit d’un principe intrinsèquement conservateur. La deuxième est que les tribunaux ne respectent le *stare decisis* que lorsque le précédent contesté cadre avec leur préférence personnelle. Ces deux critiques découlent d’une application incohérente du *stare decisis* et trouvent réponse par une application appropriée de ce principe.

a) *Conservatisme intrinsèque*

[191] La professeure E. Craig écrit que le *stare decisis* est un [TRADUCTION] « concept conservateur par nature qui n’a aucune valeur intrinsèque » (« Personal *Stare Decisis*, HIV Non-Disclosure, and the Decision in *Mabior* » (2015), 53 *Alta. L. Rev.* 207, p. 208). Elle soutient que le principe devrait être abandonné chaque fois qu’il n’est pas conforme aux valeurs qu’il est censé soutenir. Voir aussi J. J. Arvay, S. M. Tucker et A. M. Latimer, « *Stare Decisis* and Constitutional Supremacy : Will Our Charter Past Become an Obstacle to Our Charter Future? » (2012), 58 *S.C.L.R.* (2d) 61, p. 62.

[192] Un cadre d’analyse raisonné, comme celui que nous présentons ci-après, permettra à notre Cour de réexaminer ses précédents dans de nombreuses

necessary: i.e., when adhering to precedent perpetuates unworkability or fails to have proper regard to societal or legal change. As well, this Court has revisited precedent in such circumstances for over four decades, albeit without setting out with clarity and consistency a framework for doing so (see, e.g., *Ranville*).

[193] We also reject the notion that *stare decisis* is inherently conservative. The doctrine has no policy slant. To the contrary, proper application of *stare decisis* protects progressive development of the law (see, e.g., *Dickerson v. United States*, 530 U.S. 428 (2000), at p. 443, refusing to overturn *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966): “Whether or not we would agree with *Miranda*’s reasoning and its resulting rule, were we addressing the issue in the first instance, the principles of *stare decisis* weigh heavily against overruling it now.”). *Stare decisis* demands judges give sober second thought to revisiting precedent, regardless of the *ratio* set out within the impugned decision. The framework of analysis we set out is a far cry from the early *Beamish*-era inelastic conceptualization of *stare decisis*. The framework facilitates the contemporary development of Canada’s law and, properly applied, does not inappropriately moor this Court to the past.

(b) *Inconsistent Application*

[194] Some academics suggest that courts apply *stare decisis* inconsistently, based on their personal opinions (see, e.g., Parkes, at p. S147; D. Stuart, Annotation to *United States of America v. Sriskandarajah* (2013), 97 C.R. (6th) 268; Congressional Research Service, discussing *stare decisis* at the Supreme Court of the United States, at pp. 7-8). For example, Professor D. Parkes explores the connection between the *stare decisis* framework applied in a particular case and judges’ views on the impugned precedent at issue (pp. S147-48). The overarching suggestion within these types of criticism is that *stare decisis* is

circonstances qui, selon la professeure Craig, peuvent être nécessaires, soit lorsque le fait de suivre un précédent perpétue l’inapplicabilité ou ne tient pas dûment compte d’un changement sociétal ou juridique. De plus, notre Cour a réexaminé des précédents en de telles circonstances depuis plus de quatre décennies, sans toutefois avoir établi avec clarté et cohérence un cadre pour le faire (voir, p. ex., *Ranville*).

[193] Nous rejetons également l’idée que le *stare decisis* est intrinsèquement conservateur. Ce principe n’a pas d’orientation politique. Au contraire, l’application appropriée du *stare decisis* favorise l’évolution progressive du droit (voir, p. ex., *Dickerson c. United States*, 530 U.S. 428 (2000), p. 443, refusant de renverser *Miranda c. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966) : [TRADUCTION] « Que nous souscrivions ou non au raisonnement de l’arrêt *Miranda* et à la règle qui en découle, si nous avons examiné la question en première instance, il demeure que le principe du *stare decisis* milite fortement contre le fait de l’infirmier maintenant. »). Le *stare decisis* exige que les juges réfléchissent sérieusement avant de réexaminer un précédent, et ce, indépendamment de la *ratio* énoncée dans la décision contestée. Le cadre d’analyse que nous établissons est très différent de la conceptualisation rigide du *stare decisis* qui avait cours au début de l’ère de l’arrêt *Beamish*. Il favorise l’évolution contemporaine du droit canadien et, appliqué adéquatement, n’ancre pas de façon inappropriée notre Cour dans le passé.

b) *Application incohérente*

[194] Certains auteurs suggèrent que les tribunaux appliquent de manière incohérente le *stare decisis* en se fondant sur leurs opinions personnelles (voir, p. ex., Parkes, p. S147; D. Stuart, Annotation to *United States of America v. Sriskandarajah* (2013), 97 C.R. (6th) 268; Congressional Research Service, analysant le *stare decisis* à la Cour suprême des États-Unis, p. 7-8). Par exemple, la professeure D. Parkes explore le lien entre le cadre d’analyse du *stare decisis* appliqué dans une affaire donnée et les opinions des juges concernant le précédent contesté en cause (p. S147-S148). La proposition principale de

not a true legal framework — but an illusory concept invoked when courts want to uphold the law and eschewed when courts want to change it.

[195] This criticism is not about *stare decisis per se*. Rather, it highlights the need for a coherent framework of analysis to ensure clarity and consistency. We agree. The framework we set out addresses both unworkability and inconsistent application. Thus, we seek to respond directly to the foregoing criticisms.

(4) Circumstances in Which This Court May Overturn Its Own Precedent

[196] Despite the fundamental importance of *stare decisis*, this Court has never clearly articulated when it will depart from precedent nor has it settled the framework by which to analyze submissions requesting it do so. This has created uncertainty and led to ad hocery. Parties do not know what arguments to advance or what evidence to lead when seeking to overturn this Court’s precedents. Guidance is needed.

[197] With that goal, our analysis proceeds in four parts. First, we explain why the jurisprudence to date is unsatisfactory. Second, we set out a horizontal *stare decisis* framework to apply going forward. This is a synthesis of common themes that emerge from a careful reading of this Court’s jurisprudence since the *Constitution Act, 1982*. Third, we identify factors that should *not*, on their own, provide a basis for overturning precedent. Fourth, we explain the different considerations that apply depending on whether an impugned precedent concerns the common law, statutory interpretation, or a constitutional issue.

ces critiques est que le *stare decisis* ne constitue pas un véritable cadre juridique, mais plutôt un concept illusoire que des tribunaux invoquent quand ils veulent confirmer la validité du droit et auquel ils évitent de recourir lorsqu’ils souhaitent le modifier.

[195] Cette critique ne concerne pas le *stare decisis* en soi. Elle met plutôt en lumière la nécessité d’établir un cadre d’analyse cohérent pour assurer la clarté et la stabilité. Nous en convenons. Le cadre que nous établissons tient compte des questions d’inapplicabilité et d’application incohérente. Ainsi, nous cherchons à répondre directement aux critiques mentionnées précédemment.

(4) Circonstances dans lesquelles notre Cour peut infirmer son propre précédent

[196] Malgré l’importance fondamentale du *stare decisis*, notre Cour n’a jamais défini clairement dans quelles circonstances elle s’écarterait d’un précédent et elle n’a pas non plus établi le cadre à appliquer pour analyser les observations où il lui est demandé de le faire. Cela crée de l’incertitude et donne lieu à des analyses au cas par cas. Les parties ne savent pas quels arguments présenter ou quels éléments de preuve produire lorsqu’elles souhaitent faire infirmer des précédents de notre Cour. Des lignes directrices sont nécessaires.

[197] À cette fin, notre analyse comporte quatre parties. Premièrement, nous expliquons les raisons pour lesquelles la jurisprudence jusqu’à présent est peu satisfaisante. Deuxièmement, nous établissons un cadre d’analyse en matière de *stare decisis* horizontal à appliquer à l’avenir. Il s’agit d’une synthèse des thèmes communs qui ressortent d’une lecture attentive de la jurisprudence de notre Cour depuis l’entrée en vigueur de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Troisièmement, nous dégageons les facteurs qui *ne devraient pas*, à eux seuls, servir à infirmer un précédent. Quatrièmement, nous expliquons les différentes considérations qui s’appliquent selon que le précédent contesté concerne la common law, l’interprétation statutaire ou une question constitutionnelle.

(a) *There Is No Settled Framework*

[198] This Court has never definitively set out the circumstances in which it may depart from precedent. Some decisions have overturned precedent without any discussion of *stare decisis* (see, e.g., *Kosmopoulos v. Constitution Insurance Co.*, [1987] 1 S.C.R. 2; *Central Alberta Dairy Pool v. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 S.C.R. 489; *British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. BCGSEU*, [1999] 3 S.C.R. 3; *Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Martin*, 2003 SCC 54, [2003] 2 S.C.R. 504; *Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. v. British Columbia*, 2007 SCC 27, [2007] 2 S.C.R. 391). Others refer to *stare decisis* but offer little analytical guidance beyond the need for a “compelling reason” to depart from precedent (see, e.g., *Ranville*, at pp. 527-28; *Hamstra (Guardian ad litem of) v. British Columbia Rugby Union*, [1997] 1 S.C.R. 1092, at paras. 18-19; *Henry*, at para. 44; *Craig*, at para. 25; *Nishi v. Rascal Trucking Ltd.*, 2013 SCC 33, [2013] 2 S.C.R. 438, at para. 23).

[199] On occasion, this Court has offered a set of non-exhaustive factors. In *Bernard*, for example, Dickson C.J., dissenting, wrote that the Court should consider four factors: (1) whether the precedent is consistent with the *Charter*; (2) whether it has been attenuated by subsequent jurisprudence; (3) whether it has created uncertainty; and (4) whether the proposed legal change would broaden the scope of criminal liability, or is otherwise unfavourable to an accused (see also *R. v. Chaulk*, [1990] 3 S.C.R. 1303, at p. 1353; *R. v. B. (K.G.)*, [1993] 1 S.C.R. 740, at pp. 777-78; *Fraser*, at paras. 134-37, per Rothstein J., concurring).

[200] These factors have not been applied consistently. Some decisions do not refer to the factors; others introduce new criteria, such as whether the decision was decided by “firm majorities” (*Craig*, at para. 24), is of “recent vintage” (*Fraser*, at para. 57), or has been subject to judicial, academic and “other” criticism (*Nishi*, at para. 28; *Vavilov*, at para. 20).

a) *Absence de cadre d'analyse établi*

[198] Notre Cour n’a jamais établi clairement les circonstances dans lesquelles elle peut s’écarter d’un précédent. Dans certains arrêts, elle a infirmé un précédent sans aucune analyse du *stare decisis* (voir, p. ex., *Kosmopoulos c. Constitution Insurance Co.*, [1987] 1 R.C.S. 2; *Central Alberta Dairy Pool c. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 R.C.S. 489; *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, [1999] 3 R.C.S. 3; *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin*, 2003 CSC 54, [2003] 2 R.C.S. 504; *Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*, 2007 CSC 27, [2007] 2 R.C.S. 391). Dans d’autres, elle fait référence au *stare decisis*, mais offre peu d’indications analytiques au-delà de la nécessité d’avoir des « raisons impérieuses » (aussi appelées « motifs sérieux ») pour écarter un précédent (voir, p. ex., *Ranville*, p. 527-528; *Hamstra (Tuteur à l'instance de) c. British Columbia Rugby Union*, [1997] 1 R.C.S. 1092, par. 18-19; *Henry*, par. 44; *Craig*, par. 25; *Nishi c. Rascal Trucking Ltd.*, 2013 CSC 33, [2013] 2 R.C.S. 438, par. 23).

[199] Notre Cour a parfois présenté un ensemble de facteurs non exhaustifs. Par exemple, dans l’arrêt *Bernard*, le juge en chef Dickson, dissident, a écrit que la Cour devrait tenir compte de quatre facteurs, à savoir : (1) si le précédent est conforme à la *Charte*; (2) s’il a été atténué par la jurisprudence subséquente; (3) s’il a causé de l’incertitude; et (4) si la modification proposée du droit élargirait l’étendue de la responsabilité criminelle ou serait par ailleurs défavorable à l’accusé (voir aussi *R. c. Chaulk*, [1990] 3 R.C.S. 1303, p. 1353; *R. c. B. (K.G.)*, [1993] 1 R.C.S. 740, p. 777-778; *Fraser*, par. 134-137, le juge Rothstein, motifs concordants).

[200] Ces facteurs n’ont pas été appliqués de manière cohérente. Certains arrêts ne font pas état des facteurs; d’autres introduisent de nouveaux critères, par exemple si la décision a été rendue par une « majorit[é] clair[e] » (*Craig*, par. 24), si elle a un « caractère récent » (*Fraser*, par. 57) ou si elle a fait l’objet de critiques, notamment judiciaires et doctrinales (*Nishi*, par. 28; *Vavilov*, par. 20).

[201] Given the disparate nature of the jurisprudence and the importance of *stare decisis*, it is necessary to set out a clear and coherent framework. It is open to this Court to do so now for three reasons. First, there is no true precedent of this Court that sets out such a framework. Thus, we are not departing from precedent; rather, we are unifying 40 years of unstructured analysis into a cogent framework. Second, to the extent these reasons depart from any earlier decisions, we justify this on the basis of “unworkability”, discussed below. Finally, the rationale for *stare decisis* — being foundational to the proper operation of the courts — needs to be vindicated in practice.

(b) *Three Circumstances in Which Overturning Precedent May Be Warranted*

[202] Our review of the past 40 years of jurisprudence discloses that it is proper for this Court to overturn its precedents where:

1. The Court rendering the decision failed to have regard to a binding authority or relevant statute (“*per incuriam*”);
2. The decision has proven unworkable (“unworkability”); or
3. The decision’s rationale has been eroded by significant societal or legal change (“foundational erosion”).

[203] These three bases are not mutually exclusive. For example, a precedent whose foundation has been eroded may also give rise to issues of workability.

[204] The decision to overturn precedent should remain discretionary. While this Court should revisit *per incuriam* decisions, countervailing considerations may persuade the Court that it is better to uphold unworkable or foundationally eroded precedent. This should be the exception and would need to be justified.

[201] Compte tenu de la disparité de la jurisprudence et de l’importance du *stare decisis*, il est nécessaire d’établir un cadre d’analyse clair et cohérent. Il est opportun pour notre Cour de le faire maintenant pour trois raisons. Premièrement, il n’existe aucun véritable précédent de notre Cour qui établit un tel cadre. Nous ne nous écartons donc d’aucun précédent; nous unifions plutôt 40 ans d’analyse non structurée dans un cadre solide. Deuxièmement, si nous nous écartons de décisions antérieures dans les présents motifs, nous le faisons en raison de l’« inapplicabilité », dont il est question précédemment. Enfin, la raison d’être du *stare decisis* — qui est à la base du bon fonctionnement des tribunaux — doit être appliquée en pratique.

(b) *Trois circonstances dans lesquelles il peut être justifié d’infirmier un précédent*

[202] Notre examen de la jurisprudence des 40 dernières années révèle que notre Cour peut, à bon droit, infirmer ses précédents dans l’une ou l’autre des circonstances suivantes :

1. La formation de la Cour qui a rendu la décision n’a pas pris en considération un précédent contraignant ou une loi pertinente (« *per incuriam* »);
2. La décision s’est révélée inapplicable (« inapplicabilité »);
3. Le fondement de la décision a été érodé par un changement sociétal ou juridique important (« érosion des fondements »).

[203] Ces trois motifs ne sont pas mutuellement exclusifs. Par exemple, un précédent dont le fondement a été érodé peut également soulever des questions d’applicabilité.

[204] La décision d’infirmier un précédent devrait demeurer discrétionnaire. Notre Cour devrait certes réexaminer ses décisions rendues *per incuriam*, mais des considérations contraires pourraient la convaincre qu’il vaut mieux confirmer la validité d’un précédent inapplicable ou dont les fondements sont érodés. Cela devrait être l’exception et être justifié.

(i) *Per Incuriam*

[205] *Per incuriam* means rendering a decision “in ignorance or forgetfulness of the existence of [a] case or . . . statute” (*Police Authority for Huddersfield v. Watson*, [1947] 1 K.B. 842, at p. 847). To overturn a precedent on this ground, a litigant must show that the Court failed to consider a binding authority or relevant statute and that this failure affected the judgment. Overturning *per incuriam* decisions promotes *stare decisis* by affirming that binding authorities or relevant statutes should have been followed but were not.

[206] This Court has on occasion rendered a *per incuriam* decision (see discussion of impugned precedent in *R. v. C. (T.L.)*, [1994] 2 S.C.R. 1012; see also *R. v. George*, [1966] S.C.R. 267, at pp. 277-79). That said, this will be a rare basis to overturn a decision. We say this for two reasons. First, our Court has the benefit of party and intervenor submissions, commonly two lower court decisions on the issue, and rigorous internal processes. Given these safeguards, it is unlikely that binding authority or relevant statute would be forgotten by all. Second, the standard to establish that a decision was decided *per incuriam* is high. Parties must do more than point to a binding authority or relevant statute ignored within the impugned decision. Parties must show that the judgment would have been different if the court considered the missing binding authority or relevant statute (*Rowe and Katz*, at pp. 18-19; *Sullivan*, at para. 77; *Walker v. Bank of Montreal*, 2017 SKCA 42, [2017] 12 W.W.R. 130, at para. 25). This Court’s jurisprudential history reveals few decisions indeed that were rendered *per incuriam*. We have every confidence that decisions rendered on such a basis will be rare in the future.

(i) *Per incuriam*

[205] Une décision rendue *per incuriam* signifie qu’elle l’a été [TRADUCTION] « par ignorance ou oubli de l’existence [d’une] décision ou [d’une] loi » (*Police Authority for Huddersfield c. Watson*, [1947] 1 K.B. 842, p. 847). Pour faire infirmer un précédent pour ce motif, une partie doit démontrer que la Cour n’a pas pris en considération un précédent contraignant ou une loi pertinente, et que cette omission a eu une incidence sur le jugement. Le fait d’infirmer des décisions rendues *per incuriam* renforce le *stare decisis* en confirmant que des précédents contraignants ou des lois pertinentes auraient dû être suivis, mais ne l’ont pas été.

[206] Notre Cour a parfois rendu un arrêt *per incuriam* (voir l’analyse sur le précédent contesté dans *R. c. C. (T.L.)*, [1994] 2 R.C.S. 1012; voir aussi *R. c. George*, [1966] R.C.S. 267, p. 277-279). Cela dit, ce motif sera rarement invoqué pour infirmer une décision, et ce, pour deux raisons. Premièrement, notre Cour bénéficie des observations des parties et des intervenants, dispose généralement de deux décisions rendues par les tribunaux d’instance inférieure sur la question en litige et est dotée de processus internes rigoureux. Compte tenu de cela, il est peu probable que tous oublient un précédent contraignant ou une loi pertinente. Deuxièmement, la norme servant à établir qu’une décision a été rendue *per incuriam* est élevée. Les parties ne doivent pas se contenter de mentionner un précédent contraignant ou une loi pertinente n’ayant pas été pris en considération dans la décision contestée. Elles doivent démontrer que le jugement aurait été différent si le tribunal avait tenu compte du précédent contraignant ou de la loi pertinente manquants (*Rowe et Katz*, p. 18-19; *Sullivan*, par. 77; *Walker c. Bank of Montreal*, 2017 SKCA 42, [2017] 12 W.W.R. 130, par. 25). La jurisprudence de notre Cour révèle en effet peu de décisions ayant été rendues *per incuriam*. Nous n’avons aucun doute que de telles décisions seront rares à l’avenir.

(ii) Unworkability1. *Unworkable Precedents Undermine the Rationales of Stare Decisis*

[207] An unworkable precedent is one that is unduly complex or difficult to apply in practice. This can take several forms. The unifying factor is that an unworkable precedent *undermines* at least one of the purposes that *stare decisis* is intended to promote (legal certainty, the rule of law, judicial efficiency). Several examples will illustrate instances where the Court has overturned precedent on this basis.

a. Legal Stability and Certainty

[208] In *Vavilov*, this Court overturned precedents on the standard of review for administrative decisions because they were “unclear and unduly complex” (para. 21). Litigants and courts routinely struggled to determine the applicable standard of review (paras. 20-21). This led to frequent appeals as to the standard of review and its proper application (see, e.g., *Areva Resources Canada Inc. v. Saskatchewan (Minister of Energy and Resources)*, 2013 SKCA 79, 417 Sask. R. 182; *Rogers Communications Inc. v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, 2012 SCC 35, [2012] 2 S.C.R. 283). Administrative law was in a state of uncertainty. Revisiting precedent was justified in the circumstances so as to “promote the values underlying *stare decisis*” by making the law more “certain, coherent and workable going forward” (*Vavilov*, at para. 22).

[209] In *Ranville*, at pp. 526-28, the Court revisited the confusing “*persona designata*” concept as courts struggled to use it in practice. Since “adherence to the *stare decisis* principle would generate more uncertainty than certainty”, the Court overturned this line of precedent (p. 528).

[210] In *Henry*, the Court overturned a s. 13 *Charter* precedent in part because courts and juries struggled to give effect to an “unduly and unnecessarily complex

(ii) Inapplicabilité1. *Les précédents inapplicables minent les raisons d’être du stare decisis*

[207] Un précédent inapplicable est un précédent indûment complexe ou difficile à appliquer en pratique. Cela peut prendre diverses formes. Le facteur unificateur est qu’un précédent inapplicable *mine* au moins un des objectifs que le *stare decisis* vise à atteindre (certitude juridique, primauté du droit, efficacité judiciaire). Plusieurs exemples illustrent des cas où la Cour a infirmé un précédent pour ce motif.

a. Stabilité et certitude juridiques

[208] Dans l’arrêt *Vavilov*, notre Cour a infirmé des précédents portant sur la norme de contrôle applicable aux décisions administratives, car ils n’étaient « pas clairs et [étaient] indûment complexes » (par. 21). Les parties et les tribunaux avaient souvent de la difficulté à déterminer la norme de contrôle applicable (par. 20-21). Cela menait à des appels fréquents portant sur la norme de contrôle et son application appropriée (voir, p. ex., *Areva Resources Canada Inc. c. Saskatchewan (Minister of Energy and Resources)*, 2013 SKCA 79, 417 Sask. R. 182; *Rogers Communications Inc. c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2012 CSC 35, [2012] 2 R.C.S. 283). Le droit administratif était incertain. Le réexamen d’un précédent était ainsi justifié dans ces circonstances afin de « promouvoir les valeurs qui sous-tendent la règle du *stare decisis* » en rendant le droit plus « certain, cohérent et facile à appliquer à l’avenir » (*Vavilov*, par. 22).

[209] Dans l’arrêt *Ranville*, p. 526-528, la Cour a réexaminé la notion de « *persona designata* » qui était alors source de confusion, puisque les tribunaux avaient de la difficulté à l’utiliser en pratique. Étant donné que « suivre le principe du *stare decisis* créerait plus d’incertitude que de certitude », la Cour a choisi d’opérer un revirement jurisprudentiel (p. 528).

[210] Dans l’arrêt *Henry*, la Cour a infirmé en partie un précédent portant sur l’art. 13 de la *Charte* puisque les tribunaux et les jurys avaient de la difficulté à

and technical” framework (para. 45, citing *Bernard*, at p. 859; see also paras. 42-44).

[211] In *Nishi*, at paras. 24-28, this Court refused to overturn precedents because the litigants failed to establish that the law was uncertain. To the contrary, the precedents provided “certainty and predictability” (para. 28). There was therefore no compelling reason for overturning them.

[212] In *Teva Canada Ltd. v. TD Canada Trust*, 2017 SCC 51, [2017] 2 S.C.R. 317, the majority refused to overturn precedents because they had “served the commercial world for 40 years without serious complaint from that world” (para. 67). In contrast, the dissent would have overturned the precedents because, in their view, adhering to them would perpetuate legal uncertainty; the precedents were “unnecessarily complex and elusive” and “undermined certainty as courts have struggled to apply” them (paras. 141-46). It is noteworthy that the majority and dissent parted ways on the basis of whether the precedents had given rise to uncertainty.

b. Rule of Law

[213] The Court can overturn precedents that have the effect of undermining the rule of law by making the law indeterminate and subject to a judge’s idiosyncratic preferences, rather than a principled framework. *Jordan* is illustrative. *Jordan* overturned *R. v. Morin*, [1992] 1 S.C.R. 771, because lower courts had not been applying *Morin*’s s. 11(b) framework consistently (see, e.g., the decision to set aside a stay of proceedings in *R. v. Stilwell*, 2014 ONCA 563, 313 C.C.C. (3d) 257). The application of s. 11(b) had become “something of a dice roll” (*Jordan*, at para. 32). An accused’s s. 11(b) rights turned in large part on the views of the judge hearing the case, rather than on a consistently applied framework. This undermined the rule of law.

appliquer un cadre d’analyse « inutilement et indûment complexe et formaliste » (par. 45, citant *Bernard*, p. 859; voir aussi par. 42-44).

[211] Dans l’arrêt *Nishi*, par. 24-28, notre Cour a refusé d’infirmé certains précédents, puisque les parties n’avaient pas démontré que le droit était incertain. Au contraire, les précédents offraient « une certitude et une prévisibilité » au droit (par. 28). Il n’y avait donc aucune raison impérieuse de les infirmer.

[212] Dans l’arrêt *Teva Canada Ltée c. TD Canada Trust*, 2017 CSC 51, [2017] 2 R.C.S. 317, les juges majoritaires ont refusé de renverser des précédents puisqu’ils avaient « servi le milieu des affaires pendant 40 ans sans susciter de doléances majeures » (par. 67). En revanche, les juges dissidents les auraient infirmés, car, selon eux, les suivre perpétuerait une incertitude juridique : les précédents étaient « inutilement vagues et complexes » et « affaibli[ssaient] la certitude, les tribunaux s’efforçant [de les] appliquer » (par. 141-146). Il convient de noter que les juges majoritaires et les juges dissidents divergeaient d’opinion sur la question de savoir si les précédents avaient causé de l’incertitude.

b. Primauté du droit

[213] La Cour peut infirmer des précédents si, au lieu d’établir un cadre d’analyse raisonné, ils ont pour effet de miner la primauté du droit en rendant le droit indéterminé et sujet aux préférences personnelles des juges. L’arrêt *Jordan* offre un exemple. Dans cet arrêt, notre Cour a infirmé *R. c. Morin*, [1992] 1 R.C.S. 771, parce que les tribunaux d’instance inférieure n’appliquaient pas de manière cohérente le cadre d’analyse relatif à l’al. 11b) établi dans *Morin* (voir, p. ex., la décision d’écarter un arrêt des procédures dans *R. c. Stilwell*, 2014 ONCA 563, 313 C.C.C. (3d) 257). L’application de l’al. 11b) était devenue « une sorte de coup de dé » (*Jordan*, par. 32). Les droits de l’accusé garantis par l’al. 11b) dépendaient en grande partie de l’opinion du juge saisi de l’affaire, plutôt que d’un cadre d’analyse appliqué de manière cohérente. Cela minait la primauté du droit.

[214] In *Bernard*, Dickson C.J., dissenting, would have overturned a precedent because its framework classified offences in an “*ad hoc*, unpredictable” manner, which made it difficult for accused persons to know what defences were available to them (pp. 858-60).

[215] In *R. v. Kapp*, 2008 SCC 41, [2008] 2 S.C.R. 483, at paras. 21-22, the Court effectively overturned a s. 15 *Charter* precedent that made “human dignity” the basis for a legal test because it was an abstract, subjective concept that was not applied consistently. This made the scope of a claimant’s s. 15 *Charter* right indeterminate.

c. Judicial Efficiency

[216] The Court can overturn precedents that are unnecessarily complex or cumbersome. Such decisions needlessly drain judicial resources. For example, *Vetrovec v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 811, changed the law on accomplice testimony because technicalities in the existing framework had created judicial inefficiencies (pp. 817-18 and 824-25). Lower courts and juries struggled to apply the framework, and numerous appeals turned on the intricacies of the law. The result was that a simple common sense proposition — that an accomplice’s testimony should be viewed with caution — was “transformed into a difficult and highly technical area of law” that needlessly took up too much court time (pp. 825-26). In these circumstances, departing from *stare decisis* was proper so as to achieve judicial efficiency.

2. *Demonstrating Unworkability*

[217] Parties seeking to overturn precedent on the basis of unworkability need to demonstrate that a precedent undermines the goals of *stare decisis*. It is not enough for litigants to assert baldly, as the Crown did here, that a precedent has been applied in an “uneven and unpredictable” manner, creates

[214] Dans l’arrêt *Bernard*, le juge en chef Dickson, dissident, aurait infirmé un précédent, car son cadre d’analyse classait les infractions d’une manière « *ad hoc* au résultat imprévisible », de sorte qu’il était difficile pour les personnes accusées de savoir quels moyens de défense pouvaient être invoqués (p. 858-860).

[215] Dans l’arrêt *R. c. Kapp*, 2008 CSC 41, [2008] 2 R.C.S. 483, par. 21-22, la Cour a, dans les faits, infirmé un précédent qui portait sur l’art. 15 de la *Charte* et qui faisait de la « dignité humaine » le fondement d’un test juridique, et ce, parce qu’il s’agissait d’une notion abstraite et subjective qui n’était pas appliquée de manière constante. Cela rendait indéterminée la portée du droit garanti à une partie demanderesse en vertu de l’art. 15 de la *Charte*.

c. Efficacité judiciaire

[216] La Cour peut renverser des précédents qui sont inutilement complexes ou lourds. De telles décisions drainent inutilement les ressources judiciaires. Par exemple, l’arrêt *Vetrovec c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 811, a changé le droit relatif au témoignage de complices, puisque des détails techniques du cadre d’analyse existant créaient des inefficacités judiciaires (p. 817-818 et 824-825). Les tribunaux d’instance inférieure et les jurys avaient de la difficulté à appliquer ce cadre, et de nombreux appels portaient sur certains aspects complexes du droit applicable. Il en résultait que ce qui était une proposition simple et conforme au bon sens — à savoir qu’il faut se méfier du témoignage de complices — était « devenu un domaine du droit difficile et extrêmement formaliste » qui exigeait inutilement trop de temps des tribunaux (p. 825-826). Dans ces circonstances, il convenait de s’écarter du *stare decisis* pour favoriser l’efficacité judiciaire.

2. *Démontrer l’inapplicabilité*

[217] Les parties qui cherchent à infirmer un précédent au motif qu’il est inapplicable doivent démontrer qu’il mine les objectifs du *stare decisis*. Il ne leur suffit pas d’affirmer simplement, comme l’a fait la Couronne en l’espèce, qu’un précédent a été appliqué de manière [TRADUCTION] « inégale et imprévisible »,

“uncertainty”, or is doctrinally incoherent (transcript, at pp. 53, 59 and 83).

[218] *Jordan* is instructive on this point. To support their intervention seeking clarifications to *Morin*, the British Columbia Civil Liberties Association referred to numerous decisions that had denied relief under s. 11(b) “even in the face of delay far beyond what was contemplated in *Morin*” (see I.F., *Jordan*, at para. 18, fn. 35). The intervenor factum of the Criminal Lawyers’ Association (Ontario) in *Jordan*, at paras. 8-9, took a similar approach. These submissions *demonstrated* unworkability, rather than merely asserting it.

(iii) Foundational Erosion

[219] This Court has also departed from precedent where fundamental changes undermine the rationale of the precedent. This can occur in two ways, through: (1) societal change (e.g., social, economic, or technological change in Canadian society), or (2) legal change, such as constitutional amendments (e.g., the introduction of the *Charter*) or, incrementally, when subsequent jurisprudence “attenuates” a precedent.

[220] Such change must be significant and lasting. It typically takes years, if not decades, to emerge. Passing trends or temporary shifts will not suffice. Further, the change must arise *after* the precedent was decided.

[221] This Court can properly overturn eroded precedent. This is because the values underlying *stare decisis* are not the only ones that the legal system is designed to promote. Strict adherence to precedents based solely on workability would lead eventually to a stagnant legal system: the “common law of England” deemed women “not in general . . . capable of exercising public functions” for many years (*De Souza v. Cobden*, [1891] 1 Q.B. 687 (C.A.), at p. 691). While such a rule may have remained “workable”, the law must evolve alongside the country (Sharpe,

créée de « l’incertitude » ou est incohérent sur le plan théorique (transcription, p. 53, 59 et 83).

[218] L’arrêt *Jordan* est instructif sur ce point. À l’appui de son intervention visant à obtenir des précisions sur le cadre d’analyse établi dans *Morin*, l’Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique a invoqué de nombreuses décisions où avait été refusée une réparation fondée sur l’al. 11b), [TRADUCTION] « même à l’égard d’un délai bien au-delà de celui dont il était question dans *Morin* » (voir m. interv., *Jordan*, par. 18, note 35). L’intervenante Criminal Lawyers’ Association (Ontario) a adopté une approche semblable dans son mémoire, par. 8-9, présenté dans *Jordan*. Ces observations *démontraient* l’inapplicabilité, plutôt que simplement l’affirmer.

(iii) Érosion des fondements

[219] Notre Cour s’écarte également de précédents lorsque des changements fondamentaux minent leur logique. Cela peut se produire de deux façons, soit par : (1) un changement sociétal (p. ex., un changement social, économique ou technologique dans la société canadienne), ou (2) un changement juridique, comme des modifications constitutionnelles (p. ex., l’adoption de la *Charte*), ou un changement juridique progressif, lorsqu’une jurisprudence subséquente « atténue » un précédent.

[220] Un tel changement doit être important et durable. Il prend habituellement des années, voire des décennies, à se produire. Des tendances éphémères ou des changements temporaires ne suffiront pas. De plus, le changement doit se produire *après* que la décision qui constitue le précédent a été rendue.

[221] Notre Cour peut à bon droit infirmer un précédent érodé. Cela s’explique en raison des valeurs qui sous-tendent le *stare decisis*, lesquelles ne sont pas les seules que le système juridique est censé promouvoir. Une adhésion stricte aux précédents basée uniquement sur leur applicabilité mènerait à un système juridique stagnant : pendant de nombreuses années, [TRADUCTION] « la common law d’Angleterre » considérait les femmes comme n’étant « pas en général [. . .] capables d’exercer des fonctions publiques » (*De Souza c. Cobden*, [1891] 1 Q.B.

at p. 159). While our justice system must retain a high degree of certainty and stability, it must also be just and responsive to the needs of contemporary Canadian society.

1. *Societal Change (Social, Economic, Technological)*

[222] This Court can overturn its decisions when fundamental change to societal conditions undermine the decision’s rationale. These changes either render the concerns underlying the precedent moot or inconsistent with contemporary societal norms (*Sriskandarajah*, at para. 19). These changes can come in various forms: (i) social, (ii) economic, or (iii) technological.

[223] We provide examples of precedents overturned by virtue of societal change under these three headings. By so doing, we do not suggest that these are mutually exclusive; rather, societal change may well manifest itself from several of these perspectives. However characterized, such changes must reflect *broad* and *fundamental* shifts in society in order to undermine the rationale for a precedent.

a. Social Change

[224] This Court can overturn a precedent when the social considerations animating the decision are no longer relevant. In *Tolofson v. Jensen*, [1994] 3 S.C.R. 1022, the Court overturned *McLean v. Pettigrew*, [1945] S.C.R. 62, because the social concerns animating *McLean* had dissipated. *McLean* endorsed a private international law rule that allowed a litigant to apply the law from their home province to actionable wrongs committed in a different province (pp. 69-70). The rule from *McLean* originated in 19th century England. The decision’s rationale was grounded in part on two “social considerations” (*Tolofson*, at p. 1053). First, England was a colonial power. The country had little concern about extending its law to foreign states at the time. Second, there were practical

687 (C.A.), p. 691). Une telle règle aurait certes pu demeurer « applicable », mais le droit doit évoluer en même temps que le pays (Sharpe, p. 159). Bien que notre système de justice doive conserver un degré élevé de certitude et de stabilité, il doit aussi être juste et tenir compte des besoins de la société canadienne contemporaine.

1. *Changement sociétal (social, économique, technologique)*

[222] Notre Cour peut infirmer une de ses décisions quand un changement fondamental des conditions sociétales mine la logique de la décision. Ces changements rendent les préoccupations qui sous-tendaient cette décision théoriques ou incompatibles avec les normes sociétales contemporaines (*Sriskandarajah*, par. 19). Ils peuvent revêtir plusieurs formes : (i) sociale, (ii) économique, ou (iii) technologique.

[223] Nous donnons des exemples de précédents ayant été infirmés en raison d’un changement sociétal dans chacune de ces trois catégories. Ce faisant, nous ne prétendons pas que ces catégories sont mutuellement exclusives; un changement sociétal peut très bien se manifester à travers plus d’une catégorie à la fois. Peu importe la manière dont il est défini toutefois, ce changement doit refléter des évolutions *larges* et *fondamentales* dans la société afin d’ébranler la logique d’un précédent.

a. Changement social

[224] Notre Cour peut infirmer un précédent lorsque les considérations sociales sur lesquelles reposait la décision ne sont plus pertinentes. Dans *Tolofson c. Jensen*, [1994] 3 R.C.S. 1022, la Cour a infirmé *McLean c. Pettigrew*, [1945] R.C.S. 62, parce que les préoccupations sociales à la base de cet arrêt s’étaient dissipées. *McLean* avait entériné une règle de droit international privé qui permettait à une partie d’appliquer la loi de sa province d’origine à des fautes commises dans une autre province (p. 69-70). La règle énoncée dans *McLean* émanait de l’Angleterre du 19^e siècle. La décision était fondée en partie sur deux « considérations sociales » (*Tolofson*, p. 1053). Premièrement, l’Angleterre était une puissance coloniale. À l’époque, elle ne se souciait

issues with proving the law of a foreign country in English courts because transportation and communication was difficult.

[225] These concerns were no longer persuasive when *Tolofson* was decided (p. 1053). Information could be communicated with relative ease, and society's views on international relations had shifted in a way that favoured comity and sovereignty. This left "no compelling reason" for following *McLean* (pp. 1050-54).

[226] *Brooks v. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 1219, overturned *Bliss v. Attorney General of Canada*, [1979] 1 S.C.R. 183, because the impugned decision perpetuated inequities no longer acceptable in Canadian society. *Bliss* held that legislation disentitling pregnant women from receiving certain unemployment benefits did not discriminate against women on the basis of sex. *Bliss* reasoned that the legislation discriminated against pregnancy, not sex, as the legislation treated women differently because they were pregnant, and not because they were women. As more women entered the workforce and suffered the disadvantage sanctioned by *Bliss*, attitudes shifted. It became clear that drawing a distinction between pregnancy and sex was illogical and allowed employers to discriminate against women. Dickson C.J. concluded that *Bliss* "would not be decided now as it was decided then" because it was now "obvious" that those who bear children should not be economically or socially disadvantaged (p. 1243). Society had changed and *stare decisis* did not demand perpetuation of discriminatory practices (pp. 1243-44).

[227] In *United States v. Burns*, 2001 SCC 7, [2001] 1 S.C.R. 283, this Court effectively overturned precedents as to when Canada would extradite those facing the death penalty. The Court justified this change partially on shifts in society's views regarding

guère d'étendre l'application de son droit à des pays étrangers. Deuxièmement, prouver le droit étranger devant les tribunaux anglais soulevait des problèmes pratiques parce que le transport et la communication étaient difficiles.

[225] Ces préoccupations n'étaient plus des préoccupations convaincantes lorsque l'arrêt *Tolofson* a été rendu (p. 1053). L'information pouvait être communiquée assez facilement et le point de vue de la société sur les relations internationales avait évolué de manière à favoriser la courtoisie et la souveraineté. Il n'y avait donc « aucune raison sérieuse » de suivre *McLean* (p. 1050-1054).

[226] *Brooks c. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1219, a infirmé *Bliss c. Procureur général du Canada*, [1979] 1 R.C.S. 183, parce que la décision contestée perpétuait des inégalités qui n'étaient plus acceptables dans la société canadienne. Dans *Bliss*, la Cour avait conclu qu'une loi qui privait les femmes enceintes du droit de recevoir certaines prestations d'assurance-chômage n'était pas discriminatoire à l'égard de ces femmes sur la base de leur sexe. La Cour avait estimé que la loi constituait de la discrimination fondée sur la grossesse, et non sur le sexe, car elle traitait les femmes différemment du fait qu'elles étaient enceintes, et non pas qu'elles étaient des femmes. Or, à mesure que les femmes ont intégré le marché du travail et qu'elles ont souffert du désavantage confirmé dans *Bliss*, les mentalités ont changé. Il est devenu évident qu'il était illogique d'établir une distinction entre la grossesse et le sexe et que cela permettait aux employeurs de faire preuve de discrimination envers les femmes. Le juge en chef Dickson a conclu que « maintenant on ne pourrait plus rendre le même arrêt » parce qu'il allait à présent « de soi » que les femmes enceintes ne devraient pas subir un désavantage économique ou social (p. 1243). La société avait changé et le *stare decisis* n'exigeait pas la perpétuation de pratiques discriminatoires (p. 1243-1244).

[227] Dans l'arrêt *États-Unis c. Burns*, 2001 CSC 7, [2001] 1 R.C.S. 283, notre Cour a infirmé, dans les faits, des précédents portant sur les cas dans lesquels le Canada pouvait extraditer des personnes passibles de la peine de mort. Elle a justifié ce changement en partie

capital punishment. *Burns* reasoned that Canadians' strong aversion to the death penalty and the growing evidence showing that wrongful convictions are more common than once thought justified changing the law (paras. 76-77 and 95-117).

b. Economic Change

[228] This Court can overturn precedent if economic change affects the concerns underlying the decision. *Hamstra* overturned *Bowhey v. Theakston*, [1951] S.C.R. 679, because of the greatly increased insurance coverage in Canada. *Theakston* required judges to discharge juries if they became aware of information suggesting that a defendant was insured (*Hamstra*, at paras. 11-12). This rule was designed to protect trial integrity, the concern being that awareness of insurance coverage would bias a jury in favour of the plaintiff since an insurer would pay the awarded damages (paras. 11-12). However, by the time of the decision in *Hamstra*, Canadians had become aware that many defendants had insurance, particularly for automobiles (para. 19). Accordingly, "the rationale for the [old] rule [was] no longer valid" and this Court overturned *Theakston* (*Hamstra*, at para. 19).

c. Technological Change

[229] This Court can overturn precedent if technological change affects the concerns underlying the decision. In *Deacon v. The King*, [1947] S.C.R. 531, this Court adopted the orthodox rule that held that parties could use a witness's prior inconsistent statements only to impeach a witness's credibility (*Deacon*, at p. 534). The rationale behind the orthodox rule was that most out of court statements were unreliable and could not be properly assessed since the trier of fact could not see the witness's demeanour (see *B. (K.G.)*, at p. 792).

par l'évolution de l'opinion de la société au sujet de la peine capitale. Dans *Burns*, la Cour a conclu que la forte aversion des Canadiens à l'égard de la peine de mort et le nombre croissant de preuves démontrant que les déclarations de culpabilité erronées étaient plus fréquentes qu'on ne l'avait déjà cru justifiaient de modifier le droit (par. 76-77 et 95-117).

b. Changement économique

[228] Notre Cour peut infirmer un précédent si un changement économique a une incidence sur les préoccupations qui sous-tendent la décision. L'arrêt *Hamstra* a infirmé *Bowhey c. Theakston*, [1951] R.C.S. 679, en raison de la grande augmentation de la couverture d'assurance au Canada. L'arrêt *Theakston* obligeait les juges à libérer les jurés s'ils prenaient connaissance de renseignements indiquant qu'un défendeur était assuré (*Hamstra*, par. 11-12). Cette règle visait à protéger l'intégrité du procès, car on craignait que les jurés favorisent la partie demanderesse s'ils avaient connaissance de l'existence d'une couverture puisque l'assureur paierait les dommages-intérêts octroyés (par. 11-12). Toutefois, au moment où *Hamstra* a été rendu, les Canadiens savaient que de nombreux défendeurs avaient une assurance, surtout dans le domaine automobile (par. 19). Par conséquent, « le raisonnement qui sous-tend la [vieille] règle n'[était] plus valide » et la Cour a infirmé *Theakston* (*Hamstra*, par. 19).

c. Changement technologique

[229] Notre Cour peut infirmer un précédent si un changement technologique a une incidence sur les préoccupations qui sous-tendent la décision. Dans l'arrêt *Deacon c. The King*, [1947] R.C.S. 531, elle a adopté la règle orthodoxe selon laquelle les parties pouvaient utiliser les déclarations antérieures incompatibles d'un témoin seulement dans le but d'attaquer la crédibilité de celui-ci (*Deacon*, p. 534). Le fondement de cette règle était que la plupart des déclarations extrajudiciaires n'étaient pas fiables et ne pouvaient être évaluées de façon appropriée puisque le juge des faits ne pouvait observer le comportement du témoin (voir *B. (K.G.)*, p. 792).

[230] In *B (K.G.)*, the Court relied on the use of video recording to justify changing the law on prior inconsistent statements. The Court reasoned that the “rationale for the orthodox rule”, as adopted in *Deacon*, had been “attenuated by changes in the methods of proof and demonstration in the modern trial process” — namely, readily accessible videotaping (pp. 780-81). This allowed the trier of fact to assess the witness’s demeanour, which addressed some of the hearsay concerns animating *Deacon*. *B. (K.G.)* overturned *Deacon* and created a new rule: in limited circumstances, such as when the statement is videotaped, a prior inconsistent statement of a non-accused witness could be used for the truth of its contents.

2. *Demonstrating Societal Changes That Warrant Overturning Precedent*

[231] Just as parties seeking to overturn a precedent based on unworkability need to *demonstrate* unworkability, so too must those seeking to overturn precedent based on societal change demonstrate such change. In *Burns*, parties adduced evidence demonstrating that: wrongful convictions are more common than had been thought, inmates suffer serious psychological trauma on death row, and views on capital punishment had shifted. Through this evidence, the parties *demonstrated* societal change, rather than merely asserting it.

[232] It is much preferable for such evidence to be led at trial, where it can be thoroughly tested. Trial judges hear a high volume of cases and develop expertise in assessing the testimony of witnesses and other evidence (*R. v. Suter*, 2018 SCC 34, [2018] 2 S.C.R. 496, at para. 164, per Gascon J., dissenting in part, but not on this point; R. D. Gibbens, “Appellate Review of Findings of Fact” (1991-92), 13 *Advocates’ Q.* 445, at p. 446, cited in *Housen*, at para. 14). If parties seek to challenge precedent at first instance, on the basis of the vertical *stare decisis* framework

[230] Dans l’arrêt *B. (K.G.)*, la Cour s’est appuyée sur l’utilisation d’un enregistrement vidéo pour justifier la modification de la règle de droit relative aux déclarations antérieures incompatibles. Elle a estimé que « le fondement de la règle orthodoxe » adoptée dans l’arrêt *Deacon* avait été « amoindri [...] par les changements des méthodes de preuve et de démonstration dans le procès moderne » — à savoir, l’accès facile à l’enregistrement vidéo (p. 780-781). Ainsi, le juge des faits pouvait évaluer le comportement du témoin, ce qui répondait à certaines des préoccupations relatives au oui-dire qui sous-tendaient *Deacon*. L’arrêt *B. (K.G.)* a infirmé *Deacon* et a créé une nouvelle règle : dans des circonstances limitées, par exemple lorsque la déclaration est enregistrée sur bande vidéo, la déclaration antérieure incompatible d’un témoin non accusé pourrait être utilisée pour établir la véracité de son contenu.

2. *Démontrer les changements sociétaux qui justifient d’infirmier un précédent*

[231] Tout comme les parties qui cherchent à infirmer un précédent sur la base de son inapplicabilité doivent *démontrer* qu’il est inapplicable, celles qui cherchent à infirmer un précédent sur la base d’un changement sociétal doivent démontrer un tel changement. Dans *Burns*, les parties ont présenté des éléments de preuve démontrant que les déclarations de culpabilité erronées sont plus fréquentes qu’on ne le croyait, que les détenus subissent un grave traumatisme psychologique dans le couloir de la mort et que les opinions sur la peine capitale avaient changé. Grâce à ces éléments de preuve, les parties *ont démontré* un changement sociétal, au lieu de simplement l’affirmer.

[232] Il est de loin préférable que de tels éléments de preuve soient présentés en première instance, où ils peuvent faire l’objet d’un examen approfondi. Les juges de première instance entendent un nombre élevé de causes et développent une expertise dans l’évaluation des témoignages et autres éléments de preuve (*R. c. Suter*, 2018 CSC 34, [2018] 2 R.C.S. 496, par. 164, le juge Gascon, dissident en partie, mais non sur ce point; R. D. Gibbens, « Appellate Review of Findings of Fact » (1991-92), 13 *Advocates’ Q.* 445, p. 446, cité dans *Housen*, par. 14). Si les parties

set out in *Bedford and Carter*, we would expect there to be a full evidentiary record on societal change. However, if evidence is not adduced at trial, then a party should seek to adduce fresh evidence before the Court of Appeal, where it may be assessed by that court. As a method of last resort, this Court may choose to receive fresh evidence where parties seek to demonstrate societal change as the basis to overturn a precedent. We would stress that parties should make an application to adduce fresh evidence, rather than burying evidence in academic articles and footnotes of their written submissions. Opposing parties should have the opportunity to address such applications and plan their submissions accordingly.

3. *Legal Change*

[233] The Court has overturned precedents when legal change has undermined the decision’s foundation. Legal change may arise from constitutional amendments, notably the adoption of the *Charter*, as well as by the release of subsequent decisions “attenuating” the precedent (see, e.g., *R. v. Tutton*, [1989] 1 S.C.R. 1392, at pp. 1410-11, per Wilson J., concurring; *Bernard*, at pp. 855-56, per Dickson C.J., dissenting, but not on this point; *R. v. Hynes*, 2001 SCC 82, [2001] 3 S.C.R. 623, at paras. 116 and 119, per Major J., dissenting, but not on this point; *Nishi*, at para. 24; *R. v. Alex*, 2017 SCC 37, [2017] 1 S.C.R. 967, at para. 95, per Rowe J., dissenting, but not on this point).

[234] The need to revisit precedents that conflict with the Constitution is clear: see *R. v. Robinson*, [1996] 1 S.C.R. 683 (overturning *MacAskill v. The King*, [1931] S.C.R. 330, on the defence of intoxication because it was inconsistent with ss. 7 and 11(d) of the *Charter* and not saved by s. 1); *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295 (overturning *Robertson and Rosetanni v. The Queen*, [1963] S.C.R. 651, on the meaning of “freedom of religion”); *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613 (overturning *Chromiak*

cherchent à contester un précédent en première instance sur le fondement du cadre d’analyse relatif au *stare decisis* vertical énoncé dans *Bedford et Carter*, nous nous attendons à ce qu’il y ait un dossier de preuve complet sur les changements sociétaux. Cependant, si la preuve n’est pas présentée en première instance, il faut alors qu’une partie demande à produire de nouveaux éléments de preuve devant la Cour d’appel, où celle-ci pourra les évaluer. En dernier recours, notre Cour peut décider d’admettre de nouveaux éléments de preuve lorsque les parties tentent de démontrer un changement sociétal comme motif permettant d’infirmier un précédent. Nous tenons à souligner que les parties devraient déposer une demande en vue de présenter de nouveaux éléments de preuve, plutôt que d’enterrer ceux-ci dans des articles de doctrine et dans les notes en bas de page de leur mémoire. Les parties adverses devraient avoir la possibilité de répondre à de telles demandes et de planifier leurs arguments en conséquence.

3. *Changement juridique*

[233] La Cour a infirmé des précédents quand un changement juridique a miné les fondements de la décision. Un changement juridique peut découler de modifications constitutionnelles, en particulier l’adoption de la *Charte*, ou du prononcé de décisions subséquentes « atténuant » le précédent (voir, p. ex., *R. c. Tutton*, [1989] 1 R.C.S. 1392, p. 1410-1411, la juge Wilson, motifs concordants; *Bernard*, p. 855-856, le juge en chef Dickson, dissident, mais non sur ce point; *R. c. Hynes*, 2001 CSC 82, [2001] 3 R.C.S. 623, par. 116 et 119, le juge Major, dissident, mais non sur ce point; *Nishi*, par. 24; *R. c. Alex*, 2017 CSC 37, [2017] 1 R.C.S. 967, par. 95, le juge Rowe, dissident, mais non sur ce point).

[234] La nécessité de réexaminer les précédents qui entrent en conflit avec la Constitution est évidente : voir *R. c. Robinson*, [1996] 1 R.C.S. 683 (infirmant *MacAskill c. The King*, [1931] R.C.S. 330, sur la défense d’intoxication, car incompatible avec l’art. 7 et l’al. 11d) de la *Charte* et injustifié au regard de l’article premier); *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295 (infirmant *Robertson and Rosetanni c. The Queen*, [1963] R.C.S. 651, sur le sens de « liberté de religion »); *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613

v. The Queen, [1980] 1 S.C.R. 471, on the meaning of “detention”).

[235] By contrast, the point at which subsequent decisions have “attenuated” a precedent sufficiently so as to warrant overturning it is more difficult to define. The jurisprudence reveals a common theme justifying departure from precedent: the precedent relies on principles or gives effect to purposes inconsistent with those underlying the Court’s subsequent decisions.

[236] In *R. v. Beaulac*, [1999] 1 S.C.R. 768, the Court overturned cases regarding s. 133 of the *Constitution Act, 1867* and s. 16 of the *Charter* that had failed to promote official language communities and their culture (paras. 16-25). This was inconsistent with later decisions which affirmed the importance of broadly interpreting language rights (paras. 17-21).

[237] *Brooks* overturned *Bliss* in part because it was inconsistent with the contemporary approach to interpreting human rights legislation (pp. 1244-46).

[238] *Hamstra* overturned *Theakston* in part because its skepticism of juries was undercut by subsequent jurisprudence that reaffirmed confidence in juries (paras. 15-17, 23 and 25).

[239] *B. (K.G.)* overturned *Deacon* in part because it was attenuated by subsequent cases which provided for a more flexible approach to hearsay evidence (p. 780).

[240] *Clark v. Canadian National Railway Co.*, [1988] 2 S.C.R. 680, at pp. 704-9, overturned precedent interpreting the scope of federal powers over railways because it was inconsistent with later s. 92(10) jurisprudence, which cautioned against an overly broad reading of exclusive federal jurisdiction.

[241] *Ordon Estate v. Grail*, [1998] 3 S.C.R. 437, at paras. 70-71 and 94, overturned a precedent because

(infirmant *Chromiak c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 471, sur le sens de « détention »).

[235] En revanche, il est plus difficile de définir le moment où des décisions subséquentes ont suffisamment « atténué » un précédent pour justifier de le renverser. On retrouve dans la jurisprudence un thème commun qui justifie de s’écarter d’un précédent : lorsqu’il repose sur des principes ou donne effet à des objectifs incompatibles avec ceux qui sous-tendent les décisions subséquentes de la Cour.

[236] Dans *R. c. Beaulac*, [1999] 1 R.C.S. 768, la Cour a infirmé des arrêts portant sur l’art. 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et sur l’art. 16 de la *Charte* qui ne favorisaient pas les collectivités de langue officielle et leur culture (par. 16-25), ce qui était incompatible avec des décisions subséquentes ayant souligné l’importance d’interpréter largement les droits linguistiques (par. 17-21).

[237] *Brooks* a infirmé *Bliss* notamment parce que cet arrêt était incompatible avec l’approche contemporaine d’interprétation des lois sur les droits de la personne (p. 1244-1246).

[238] *Hamstra* a infirmé *Theakston* notamment parce que son scepticisme à l’égard des jurés a été ébranlé par la jurisprudence subséquente qui a réaffirmé la confiance accordée aux jurés (par. 15-17, 23 et 25).

[239] *B. (K.G.)* a infirmé *Deacon* notamment parce que cet arrêt avait été atténué par des décisions subséquentes qui prévoyaient une approche plus souple en matière de oui-dire (p. 780).

[240] Dans *Clark c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, [1988] 2 R.C.S. 680, p. 704-709, un précédent interprétant l’étendue des pouvoirs fédéraux sur les chemins de fer a été infirmé parce qu’il était incompatible avec la jurisprudence ultérieure relative au par. 92(10), laquelle mettait en garde contre le fait d’interpréter de façon trop large une compétence fédérale exclusive.

[241] Dans *Succession Ordon c. Grail*, [1998] 3 R.C.S. 437, par. 70-71 et 94, un précédent a été

it was inconsistent with the principles of maritime law in subsequent cases.

4. *Demonstrating When Changes in the Law Warrant Overturning Precedent*

[242] While this Court may overturn precedent if it is demonstrated that the decision is unworkable or has been foundationally eroded, this decision should remain discretionary. Two factors should guide the exercise of this discretion.

[243] First, the Court should consider whether overturning the precedent would result in unforeseeable or unpredictable change. In such circumstances, change is better undertaken by the legislature rather than by the courts. The legislature is better equipped to study and weigh the costs and benefits of significant legal change (*Watkins*, at pp. 760-64; *R. v. Hawkins*, [1996] 3 S.C.R. 1043, at paras. 42-51; *R. v. Hodgson*, [1998] 2 S.C.R. 449, at para. 29; *Friedmann Equity Developments Inc. v. Final Note Ltd.*, 2000 SCC 34, [2000] 1 S.C.R. 842, at paras. 48-52). Our Court has used this reasoning to uphold potentially outdated common law rules (see *Hodgson*). Similar reasoning can apply more broadly to upholding unworkable or eroded precedents, pending legislative reform.

[244] Second, the Court should be mindful of whether overturning precedent would have the effect of expanding criminal liability (see, e.g., *B. (K.G.)*, at pp. 781-83; *R. v. Prokofiew*, 2012 SCC 49, [2012] 2 S.C.R. 639, at para. 66, per Fish J., dissenting, but not on this point). Since changes in the law through judicial decisions operate retrospectively, overturning a precedent that limited or circumscribed criminal liability would effectively criminalize previously unpunishable conduct (*Bernard*, at pp. 860-61). This is inconsistent with the fundamental requirement of criminal law that people must know what constitutes punishable conduct and what does not. Punishing “people for conduct that they could not have reasonably known was criminal is Kafkaesque and anathema

infirmé parce qu’il était incompatible avec les principes du droit maritime énoncés dans des décisions subséquentes.

4. *Faire la démonstration que des changements apportés au droit justifient de renverser un précédent*

[242] Bien que notre Cour puisse décider d’infirmier un précédent s’il est démontré que celui-ci est inapplicable ou que ses fondements sont érodés, cette décision devrait demeurer discrétionnaire. Deux facteurs devraient orienter l’exercice de ce pouvoir discrétionnaire.

[243] Premièrement, la Cour devrait se demander si le fait de renverser un précédent entraînerait un changement imprévisible. Dans de telles circonstances, il est préférable que le changement soit apporté par le législateur, plutôt que par les tribunaux. Le législateur est mieux à même d’étudier et d’évaluer les coûts et les avantages d’un changement juridique important (*Watkins*, p. 760-764; *R. c. Hawkins*, [1996] 3 R.C.S. 1043, par. 42-51; *R. c. Hodgson*, [1998] 2 R.C.S. 449, par. 29; *Friedmann Equity Developments Inc. c. Final Note Ltd.*, 2000 CSC 34, [2000] 1 R.C.S. 842, par. 48-52). Notre Cour a suivi ce raisonnement pour confirmer la validité de règles de common law potentiellement désuètes (voir *Hodgson*). On peut appliquer un raisonnement similaire de manière plus large pour confirmer la validité de précédents inapplicables ou érodés en attendant une réforme législative.

[244] Deuxièmement, la Cour devrait garder à l’esprit la question de savoir si le fait d’infirmier un précédent aurait pour effet d’élargir la responsabilité criminelle (voir, p. ex., *B. (K.G.)*, p. 781-783; *R. c. Prokofiew*, 2012 CSC 49, [2012] 2 R.C.S. 639, par. 66, le juge Fish, dissident, mais non sur ce point). Comme les changements apportés au droit par les décisions judiciaires ont un effet rétrospectif, infirmier un précédent qui limitait ou circonscrivait la responsabilité criminelle aurait concrètement pour effet de criminaliser une conduite qui n’était antérieurement pas punissable (*Bernard*, p. 860-861). Cela est incompatible avec l’exigence fondamentale en droit criminel que les gens sachent ce qui constitue une conduite punissable et ce qui ne l’est pas. Punir

to our notions of justice” (*R. v. Mabior*, 2012 SCC 47, [2012] 2 S.C.R. 584, at para. 14). Accordingly, only Parliament is permitted to expand the scope of criminal liability, and they must generally do so prospectively (see *R. v. D.L.W.*, 2016 SCC 22, [2016] 1 S.C.R. 402, at para. 57, citing *Frey v. Fedoruk*, [1950] S.C.R. 517; *Charter*, ss. 11(g) and 11(i)). This Court should avoid overturning precedent when doing so would overstep its institutional role, especially in this way.

(c) *Factors That Should Not Provide a Basis to Overturn Precedent*

[245] Our framework does not refer to all the factors this Court has previously referenced in deciding whether to overturn precedent. While some of those factors are implicit in our framework, some are not. This is so because they are not relevant to the purposes of *stare decisis*, as outlined above. In this regard, we elaborate on five factors, and their relevance to horizontal *stare decisis*: (1) judicial or academic criticism; (2) divergence from foreign jurisprudence; (3) whether the decision is plainly “wrong”; (4) the age of the precedent; and (5) whether the decision was the result of a “strong” majority.

(i) Judicial or Academic Criticism

[246] As we have already indicated, the fact that a decision is subject to judicial or academic criticism is not, on its own, reason to overturn it. Such criticism can be relevant, but only to the extent that it demonstrates that the decision was rendered *per incuriam*, is unworkable or foundationally eroded.

[247] To allow criticism, as an unbounded concept, to justify revisiting precedent would subjugate principle to popular views. This Court has made, and undoubtedly in future will make, decisions with which others will disagree. Commentary and debate is productive to the development of the law.

« une personne pour un acte dont elle ne pouvait raisonnablement savoir qu’il était criminel est digne de l’univers kafkaïen et va à l’encontre de notre conception de la justice » (*R. c. Mabior*, 2012 CSC 47, [2012] 2 R.C.S. 584, par. 14). Par conséquent, seul le Parlement est autorisé à élargir l’étendue de la responsabilité criminelle, et il doit généralement le faire de manière prospective (voir *R. c. D.L.W.*, 2016 CSC 22, [2016] 1 R.C.S. 402, par. 57, citant *Frey c. Fedoruk*, [1950] R.C.S. 517; *Charte*, al. 11g) et 11i)). La Cour devrait éviter d’infirmier un précédent lorsqu’elle outrepassé ainsi son rôle institutionnel, surtout de cette façon.

c) *Facteurs qui ne devraient pas servir à infirmer un précédent*

[245] Notre cadre d’analyse n’énonce pas tous les facteurs qu’a déjà mentionnés la Cour pour décider s’il y a lieu d’infirmier un précédent. Si certains de ces facteurs sont implicites dans notre cadre d’analyse, d’autres ne le sont pas. Il en est ainsi parce qu’ils ne sont pas pertinents en qui a trait aux objectifs du *stare decisis*, comme nous l’avons déjà mentionné. À cet égard, nous examinons cinq facteurs et leur pertinence à l’égard du *stare decisis* horizontal : (1) les critiques judiciaires ou doctrinales; (2) les différences avec la jurisprudence étrangère; (3) la question de savoir si une décision est manifestement « erronée »; (4) l’âge du précédent; et (5) la question de savoir si une décision a été rendue par une « forte » majorité.

(i) Critiques judiciaires ou doctrinales

[246] Comme nous l’avons déjà indiqué, le fait qu’une décision fasse l’objet de critiques judiciaires ou doctrinales ne constitue pas, en soi, une raison de l’infirmier. De telles critiques peuvent être pertinentes, mais seulement dans la mesure où elles démontrent que la décision a été rendue *per incuriam*, qu’elle est inapplicable ou que ses fondements sont érodés.

[247] Permettre que la critique, en tant que concept aux limites non définies, justifie le réexamen d’un précédent reviendrait à soumettre des principes à l’opinion populaire. Notre Cour a rendu, et rendra sans aucun doute dans le futur, des décisions avec lesquelles d’autres seront en désaccord. La doctrine et les débats

But, precedential force cannot hinge on popularity. *Stare decisis* is fundamental to the legitimacy of the judiciary. Our court cannot overturn precedent simply because a chorus of voices, even well-informed voices, expresses disagreement with our decisions (*Vavilov*, at para. 274, per Abella and Karakatsanis JJ., concurring).

[248] All that said, judicial or academic criticism of a precedent can be highly persuasive where it demonstrates that the precedent was rendered *per incuriam*, is unworkable, or its societal or legal foundations are eroded. In such circumstances, the Court may well overturn a precedent on those bases, but not because of the *existence* of criticism *per se*.

[249] Trial judges are particularly well-placed to observe and comment on such matters. They “apply the procedure in a great variety of cases and thus have much firsthand experience bearing on its advantages and disadvantages” (*Pearson v. Callahan*, 555 U.S. 223 (2009), at p. 231). For example, in *Tolofson*, in deciding whether to overturn *McLean*, La Forest J. reviewed a series of trial decisions which questioned the outcome demanded by the precedent.

(ii) Divergence From Foreign Jurisprudence

[250] The fact that a precedent is inconsistent with foreign jurisprudence is not a reason to overturn it. Foreign jurisprudence is not binding and its persuasive significance needs to be considered in a structured, careful way.

[251] That said, foreign jurisprudence can be instructive. For example, it can be useful to demonstrate: (a) that complexity causing unworkability could be ameliorated by adopting an alternative approach; (b) that changing the law would not have unforeseeable repercussions, as other jurisdictions have implemented the change without such consequences (see, e.g., *Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd. v. Saint John Shipbuilding Ltd.*, [1997] 3 S.C.R. 1210); (c) that

contribuent à l'évolution du droit. Cependant, la force de précédent ne saurait reposer sur la popularité. Le *stare decisis* constitue un élément fondamental de la légitimité du pouvoir judiciaire. Notre Cour ne peut infirmer un précédent simplement parce que de nombreuses voix, même bien informées, expriment leur désaccord avec nos décisions (*Vavilov*, par. 274, les juges Abella et Karakatsanis, motifs concordants).

[248] Cela dit, les critiques judiciaires ou doctrinales d'un précédent peuvent être très convaincantes lorsqu'elles démontrent que le précédent a été rendu *per incuriam*, qu'il est inapplicable ou que ses fondements sociétaux ou juridiques sont érodés. Dans de telles circonstances, la Cour peut fort bien infirmer un précédent pour ces motifs, mais non en raison de la *seule existence* de ces critiques.

[249] Les juges de première instance sont particulièrement bien placés pour faire des observations et des commentaires sur ces questions. Ils [TRADUCTION] « appliquent la procédure dans un large éventail de causes et possèdent donc une grande expérience de première main sur ses avantages et inconvénients » (*Pearson c. Callahan*, 555 U.S. 223 (2009), p. 231). Par exemple, dans *Tolofson*, en décidant s'il y avait lieu d'infirmer *McLean*, le juge La Forest a examiné une série de décisions de première instance dans lesquelles le résultat exigé par le précédent était remis en question.

(ii) Différences avec la jurisprudence étrangère

[250] Le fait qu'un précédent soit incompatible avec la jurisprudence étrangère n'est pas une raison de l'infirmer. La jurisprudence étrangère n'est pas contraignante et sa valeur persuasive doit être examinée de manière structurée et avec soin.

[251] Cela dit, la jurisprudence étrangère peut s'avérer instructive. Par exemple, elle peut être utile pour démontrer : a) que l'adoption d'une autre approche pourrait réduire la complexité causant l'inapplicabilité; b) que le fait de modifier le droit n'aurait pas de repercussions imprévisibles étant donné que d'autres pays l'ont fait sans qu'il y ait de telles conséquences (voir, p. ex., *Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd. c. Saint John Shipbuilding Ltd.*, [1997] 3 R.C.S. 1210);

reform is better undertaken by the legislature, given the difficulties that other jurisdictions have encountered when courts changed the law (see, e.g., *Hodgson*, at paras. 28-29); or (d) support for other arguments within our horizontal *stare decisis* framework (see, e.g., *Robinson*, at para. 35).

(iii) That the Precedent Was “Wrongly” Decided

[252] Phrases like “plainly wrong” and “manifest error” are, too often, pejorative descriptors used as a façade to disguise mere disagreement (*Queensland*, at p. 603). If a panel of this Court can simply disregard any decision with which it disagrees, then *stare decisis* would cease in any meaningful way to exist and the criticisms of Professor Craig, referred to above, would be well-founded. The doctrine has consequence only to the extent that it sustains decisions that judges themselves would not render. *Stare decisis* has no role to play with respect to judgments mirroring what a judge would have decided independent of the impugned precedent (*Kimble v. Marvel Entertainment, LLC*, 576 U.S. 446 (2015), at p. 455; see also, on this point, *Willers*, at para. 7; *R. v. Knuller (Publishing, Printing and Promotions) Ltd.*, [1973] A.C. 435 (H.L.), cited in *R. v. Cunningham*, [1982] A.C. 566 (H.L.), at pp. 581-82; *Queensland*, at pp. 597-99 and 602-4, per Gibbs and Stephen J.J., concurring). True analytical “error” in a precedent will manifest itself as unworkability or erosion by subsequent legal change (see, e.g., *Ranville*).

[253] That the Court believes that one of its own cases was wrongly decided is not a proper basis for overturning precedent. Were this so, each iteration of the Court’s membership could remake the law as they saw fit. In our common law tradition, this cannot be the case.

(iv) Age of the Precedent

[254] The age of a precedent is not relevant to whether the Court may overturn it. There is no magic “best before” date after which it becomes open season

c) qu’il est préférable que la réforme soit réalisée par le législateur compte tenu du fait que d’autres pays ont éprouvé des difficultés lorsque les tribunaux ont modifié le droit (voir, p. ex., *Hodgson*, par. 28-29); ou d) d’autres arguments pertinents applicables dans notre cadre d’analyse en matière de *stare decisis* horizontal (voir, p. ex., *Robinson*, par. 35).

(iii) Le précédent est « erroné »

[252] Des expressions telles que [TRADUCTION] « manifestement erroné » et « erreur manifeste » sont, trop souvent, des formules péjoratives utilisées pour masquer un simple désaccord (*Queensland*, p. 603). Si une formation de la Cour pouvait simplement ignorer toute décision avec laquelle elle n’est pas d’accord, le *stare decisis* cesserait de quelque manière utile d’exister et les critiques de la professeure Craig, évoquées plus haut, seraient alors fondées. Le principe n’a de sens que dans la mesure où il confirme la validité de décisions que d’autres juges n’auraient pas eux-mêmes rendues. Le *stare decisis* n’a aucun rôle à jouer quand les jugements reflètent la décision que le juge aurait rendue indépendamment du précédent contesté (*Kimble c. Marvel Entertainment, LLC*, 576 U.S. 446 (2015), p. 455; voir aussi, sur ce point, *Willers*, par. 7; *R. c. Knuller (Publishing, Printing and Promotions) Ltd.*, [1973] A.C. 435 (H.L.), cité dans *R. c. Cunningham*, [1982] A.C. 566 (H.L.), p. 581-582; *Queensland*, p. 597-599 et 602-604, les juges Gibbs et Stephen, motifs concordants). Une véritable « erreur » d’analyse dans un précédent se traduira par l’inapplicabilité du précédent ou par son érosion du fait d’un changement juridique subséquent (voir, p. ex., *Ranville*).

[253] Le fait que la Cour estime que l’une de ses propres décisions est erronée ne constitue pas un motif valable pour infirmer un précédent. Si c’était le cas, chaque nouvelle formation de la Cour pourrait refaire le droit comme bon lui semble. Dans notre tradition de common law, il ne saurait en être ainsi.

(iv) Âge du précédent

[254] L’âge d’un précédent n’est pas pertinent lorsqu’il s’agit de savoir si la Cour peut l’infirmer. Il n’y a pas de « date de péremption » magique à partir

for the Court to revisit precedent, nor is there any arbitrary period before which it cannot be reconsidered.

[255] The Court has been inconsistent on the relevance of the “age” of a precedent. Sometimes, the Court has suggested that it should not overturn a precedent because it is recent (see, e.g., *Fraser*, at para. 57; *Prokofiew*, at para. 66, per Fish J., dissenting; *R. v. Nedelcu*, 2012 SCC 59, [2012] 3 S.C.R. 311, at para. 115, per LeBel J., dissenting; *R. v. Cody*, 2017 SCC 31, [2017] 1 S.C.R. 659, at para. 3). Other times, the Court has suggested that it should be more difficult to overturn longstanding precedents because they have engendered reliance (see, e.g., *Hawkins*; *Friedmann Equity Developments Inc.*, at para. 47). This inconsistency suggests that the precedent’s age is not what is impelling the decision of whether it ought to be overturned.

[256] That said, unworkability and foundational erosion require time to materialize. In this sense, newer precedents are less likely to be overturned.

(v) The Presence or Absence of a “Strong Majority”

[257] Whether a decision is the product of a “firm” or “strong” majority should not be relevant to the *stare decisis* framework. The precedential weight of a decision does not depend on how many judges signed onto it — once a majority is achieved, it becomes a binding decision (see, e.g., *Ross v. The Queen* (1895), 25 S.C.R. 564, per Strong C.J.; see also *Neuman v. M.N.R.*, [1998] 1 S.C.R. 770, at para. 27). The majority decision in *Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 SCC 37, [2009] 2 S.C.R. 567 — set out by four judges — is of no less precedential weight than is *R. v. Khawaja*, 2012 SCC 69, [2012] 3 S.C.R. 555 — a unanimous decision. Dissenting reasons may assist future panels to identify unworkability or foundational erosion. But how many judges dissent should not be relevant to how “easily” a precedent can be overturned.

de laquelle la Cour peut réexaminer un précédent, ni de période arbitraire avant laquelle il est impossible de le faire.

[255] La Cour a fait preuve d’un certain manque de cohérence quant à la pertinence de l’« âge » d’un précédent. Dans certains cas, elle a suggéré qu’elle ne devrait pas infirmer un précédent puisqu’il était récent (voir, p. ex., *Fraser*, par. 57; *Prokofiew*, par. 66, le juge Fish, dissident; *R. c. Nedelcu*, 2012 CSC 59, [2012] 3 R.C.S. 311, par. 115, le juge LeBel, dissident; *R. c. Cody*, 2017 CSC 31, [2017] 1 R.C.S. 659, par. 3). Dans d’autres, elle a suggéré qu’il devrait être plus difficile d’infirmer des précédents de longue date parce qu’ils font autorité (voir, p. ex., *Hawkins*; *Friedmann Equity Developments Inc.*, par. 47). Cette incohérence tend à indiquer que l’âge du précédent ne constitue pas un facteur déterminant lorsque vient le temps de décider s’il devrait être infirmé.

[256] Cela dit, l’inapplicabilité et l’érosion des fondements mettent un certain temps à se réaliser. En ce sens, les précédents plus récents sont moins susceptibles d’être infirmés.

(v) La présence ou l’absence d’une « forte majorité »

[257] Le fait qu’une décision ait été rendue par une majorité « claire » ou « forte » ne devrait pas être pertinent dans le cadre d’analyse relatif au *stare decisis*. Le poids d’une décision comme précédent ne dépend pas du nombre de juges qui y ont souscrit — à partir du moment où il y a une majorité, la décision devient contraignante (voir, p. ex., *Ross c. The Queen* (1895), 25 R.C.S. 564, le juge en chef Strong; voir aussi *Neuman c. M.R.N.*, [1998] 1 R.C.S. 770, par. 27). La décision majoritaire rendue dans *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 CSC 37, [2009] 2 R.C.S. 567, — rédigée par quatre juges — n’a pas moins de poids comme précédent que *R. c. Khawaja*, 2012 CSC 69, [2012] 3 R.C.S. 555, — une décision unanime. Les motifs dissidents peuvent aider les futures formations à reconnaître un précédent inapplicable ou un précédent dont les fondements sont érodés. Toutefois, le nombre de juges dissidents ne devrait pas être un facteur pertinent quant à la « facilité » avec laquelle un précédent peut être infirmé.

[258] In so saying, we recognize that this Court has alluded to the relevance of a “firm” or “strong” majority when considering whether to overturn a precedent (see, e.g., *Fraser*, at para. 57; *Craig*, at para. 24; *Nedelcu*, at para. 114; *Nishi*, at para. 23; *Mounted Police Association of Ontario v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 1, [2015] 1 S.C.R. 3, at paras. 167 and 211, per Rothstein J., dissenting; *R. v. Nur*, 2015 SCC 15, [2015] 1 S.C.R. 773, at para. 59; *Teva Canada Ltd.*, at para. 139, per Côté and Rowe JJ., dissenting; *Vavilov*, at para. 255, per Abella and Karakatsanis JJ., concurring).

[259] It is time to close this door. A decision of the Court is no less a precedent when there is dissent, regardless of how many judges disagree with the majority. To say otherwise is to suggest that what really matters is the composition of the Court as it changes over time. This would not be a principled basis on which to decide the law. Indeed, it would undermine the rule of law and the legitimacy of judicial authority.

- (d) *Differences in Applying Stare Decisis in Cases Involving Statutory Interpretation, Common Law, and Constitutional Precedents*

[260] This framework for horizontal *stare decisis* is intended to apply to all statutory interpretation, common law, and constitutional precedents of the Court. However, it is important to acknowledge differences between these types of precedents.

- (i) Statutory Interpretation

[261] As the meaning of a statute is fixed at the time of enactment, it is not open to this Court to overturn precedent on the basis that a statute’s meaning has changed over time (*Big M Drug Mart Ltd.*, at pp. 334-35; *Clark*, at pp. 703-4; *McLean v. British Columbia (Securities Commission)*, 2013 SCC 67, [2013] 3 S.C.R. 895, at para. 46). It is not open to parties to argue, as they do in the present case, that social change has altered the meaning of a particular provision of the *Criminal Code*. If the passage of time renders the statute inconsistent with contemporary

[258] Cela dit, nous reconnaissons que notre Cour a fait allusion à la pertinence d’une majorité « claire » ou « forte » lorsqu’elle s’est demandé s’il y avait lieu d’infirmier un précédent (voir, p. ex., *Fraser*, par. 57; *Craig*, par. 24; *Nedelcu*, par. 114; *Nishi*, par. 23; *Association de la police montée de l’Ontario c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 1, [2015] 1 R.C.S. 3, par. 167 et 211, le juge Rothstein, dissident; *R. c. Nur*, 2015 CSC 15, [2015] 1 R.C.S. 773, par. 59; *Teva Canada Ltée*, par. 139, les juges Côté et Rowe, dissidents; *Vavilov*, par. 255, les juges Abella et Karakatsanis, motifs concordants).

[259] Il est temps de fermer cette porte. Une décision de la Cour n’est pas moins un précédent lorsqu’il y a dissidence, peu importe le nombre de juges en désaccord avec la majorité. Prétendre le contraire revient à suggérer que ce qui compte vraiment, c’est la composition de la Cour au fil du temps. Il ne s’agirait pas là d’un fondement raisonné permettant de décider du droit. En effet, cela minerait la primauté du droit et la légitimité de l’autorité judiciaire.

- d) *Différences dans l’application du stare decisis en cas de précédents portant sur l’interprétation statutaire, la common law et le droit constitutionnel*

[260] Ce cadre d’analyse en matière de *stare decisis* horizontal doit s’appliquer à tous les précédents de la Cour portant sur l’interprétation statutaire, la common law et le droit constitutionnel. Cependant, il est important de reconnaître certaines différences entre ces types de précédents.

- (i) Interprétation statutaire

[261] Comme le sens d’une loi est fixé au moment de son édicition, il n’est pas loisible à la Cour d’infirmier un précédent au motif que le sens de la loi a changé au fil du temps (*Big M Drug Mart Ltd.*, p. 334-335; *Clark*, p. 703-704; *McLean c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, 2013 CSC 67, [2013] 3 R.C.S. 895, par. 46). Les parties ne peuvent pas faire valoir, comme elles le font en l’espèce, qu’un changement social a modifié le sens d’une disposition particulière du *Code criminel*. Si l’écoulement du temps a rendu la loi incompatible avec la réalité

social reality, it is the legislature that must remedy the statute's deficiencies; it is not for the courts to do so.

[262] This does not mean that the Court can never revisit a precedent based on statutory interpretation. Rather, it means that to do so it must be shown that the Court misconstrued the legislature's intent. For example, unworkability can indicate that the Court failed properly to comprehend legislative intent, as legislatures are presumed to have intended to pass workable laws (see *Ranville*). A party should not, as did the Crown in this case, seek to overturn a precedent simply by re-litigating the interpretation undertaken by a different panel (*Big M Drug Mart Ltd.*, at pp. 334-35).

(ii) Common Law

[263] The Court must ensure that the common law develops in line with societal change (*Salituro*, at p. 670). If such changes render a common law rule inconsistent with contemporary social reality, the Court can and should reform the common law to accord with those changed realities.

[264] That said, given the institutional limitations of the courts with respect to public policy, they should be inclined to change the common law only incrementally (*Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd.*, at para. 93, per McLachlin J. (as she then was), dissenting in part, but not on this point; *Hodgson*, at para. 29; *Salituro*, at p. 670). Legislatures have the capacity to study and assess consequences of major legal changes. By contrast, courts have limited capacity to comprehend the collateral effects that may flow from changing the law (*Watkins*). The courts' approach to developing the common law needs to be mindful of these realities.

(iii) Constitutional Law

[265] Constitutional precedents must remain workable and responsive to the realities of contemporary society (see, e.g., *Reference re Same-Sex Marriage*,

sociale contemporaine, il appartient au législateur, et non aux tribunaux, de remédier à ces lacunes.

[262] Cela ne signifie pas que la Cour ne peut jamais réexaminer un précédent en se fondant sur l'interprétation d'une loi. Cela veut plutôt dire que, pour ce faire, il faut démontrer que la Cour a mal interprété l'intention du législateur. Par exemple, l'inapplicabilité peut indiquer que la Cour n'a pas bien compris l'intention du législateur étant donné que ce dernier est présumé avoir voulu adopter des lois applicables (voir *Ranville*). Une partie ne devrait pas, comme l'a fait la Couronne en l'espèce, chercher à faire infirmer un précédent simplement en rouvrant un litige portant sur l'interprétation d'une loi qui a déjà été tranché par une autre formation (*Big M Drug Mart Ltd.*, p. 334-335).

(ii) Common law

[263] La Cour doit veiller à ce que la common law évolue au rythme des changements sociétaux (*Salituro*, p. 670). Si de tels changements rendent une règle de common law incompatible avec la réalité sociale contemporaine, la Cour peut et devrait réformer la common law pour l'adapter à l'évolution des réalités.

[264] Cela dit, vu les limites institutionnelles des tribunaux en ce qui a trait à la politique publique, ils ne devraient être disposés à modifier la common law que de façon progressive (*Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd.*, par. 93, la juge McLachlin (plus tard juge en chef), dissidente en partie, mais non sur ce point; *Hodgson*, par. 29; *Salituro*, p. 670). Le législateur a la capacité d'étudier et d'évaluer les conséquences des changements juridiques majeurs. En revanche, les tribunaux ont une capacité limitée pour appréhender les effets collatéraux susceptibles de découler d'une modification du droit (*Watkins*). Les tribunaux doivent être conscients de ces réalités lorsqu'ils élaborent la common law.

(iii) Droit constitutionnel

[265] Les précédents constitutionnels doivent demeurer applicables et adaptés aux réalités de la société contemporaine (voir, p. ex., *Renvoi relatif au*

2004 SCC 79, [2004] 3 S.C.R. 698, at paras. 22 and 30; *Reference re Employment Insurance Act (Can.)*, ss. 22 and 23, 2005 SCC 56, [2005] 2 S.C.R. 669, at paras. 9-10; *Comeau*, at paras. 33 and 52; *Reference re Code of Civil Procedure (Que.)*, art. 35, 2021 SCC 27, [2021] 2 S.C.R. 291, at paras. 53-54). Unlike statutes, the meaning of a constitutional provision is “capable of growth” and may be revisited on the basis of societal change (*Quebec (Attorney General) v. 9147-0732 Québec inc.*, 2020 SCC 32, [2020] 3 S.C.R. 426, at para. 8, quoting *British Columbia (Attorney General) v. Canada (Attorney General)*, [1994] 2 S.C.R. 41, at p. 88). This Court can also overturn unworkable constitutional precedents (see *Kapp*, at paras. 21-22).

[266] The ability to revisit constitutional precedent is not an unbridled licence to reinterpret the Constitution. Interpretation of the Constitution must be anchored in the historical context of the provision in issue and the natural limits of the text (*R. v. Blais*, 2003 SCC 44, [2003] 2 S.C.R. 236, at para. 40; *Hislop*, at para. 94).

(5) Conclusion: *Stare Decisis*

[267] To summarize, this Court can only overturn its own precedents if that precedent (1) was rendered *per incuriam*, (2) is unworkable, or (3) has had its foundation eroded by significant societal or legal change. All *per incuriam* decisions should be overturned. But an unworkable or eroded precedent may be upheld if overturning the decision would result in unforeseeable change or expand criminal liability.

[268] Litigants should now use this test when asking this Court to overturn a precedent. They need to clearly establish that a missing authority affected the decision, thereby rendering it *per incuriam*. Or they must come armed with evidence establishing unworkability or foundational erosion. They should no longer argue that a precedent should be overturned because it is (1) subject to judicial or academic criticism, (2) diverges from foreign jurisprudence, (3) is “wrong”

mariage entre personnes du même sexe, 2004 CSC 79, [2004] 3 R.C.S. 698, par. 22 et 30; *Renvoi relatif à la Loi sur l’assurance-emploi (Can.)*, art. 22 et 23, 2005 CSC 56, [2005] 2 R.C.S. 669, par. 9-10; *Comeau*, par. 33 et 52; *Renvoi relatif au Code de procédure civile (Qc)*, art. 35, 2021 CSC 27, [2021] 2 R.C.S. 291, par. 53-54). Contrairement aux lois, le sens d’une disposition constitutionnelle est « susceptibl[e] d’évoluer » et peut être réexaminé en raison d’un changement sociétal (*Québec (Procureure générale) c. 9147-0732 Québec inc.*, 2020 CSC 32, [2020] 3 R.C.S. 426, par. 8, citant *Colombie-Britannique (Procureur général) c. Canada (Procureur général)*, [1994] 2 R.C.S. 41, p. 88). La Cour peut également infirmer des précédents constitutionnels inapplicables (voir *Kapp*, par. 21-22).

[266] Le pouvoir de réexaminer un précédent constitutionnel n’équivaut cependant pas à un droit absolu de réinterpréter la Constitution. L’interprétation de la Constitution doit être ancrée dans le contexte historique de la disposition en cause et dans les limites naturelles du texte (*R. c. Blais*, 2003 CSC 44, [2003] 2 R.C.S. 236, par. 40; *Hislop*, par. 94).

(5) Conclusion : *stare decisis*

[267] En résumé, la Cour ne peut renverser l’un de ses propres précédents que si celui-ci (1) a été rendu *per incuriam*, (2) est inapplicable, ou (3) a vu son fondement érodé par un changement sociétal ou juridique important. Toutes les décisions rendues *per incuriam* devraient être infirmées. Cependant, la validité d’un précédent inapplicable ou érodé peut être confirmée si le fait d’infirmar la décision entraînerait des changements imprévisibles ou élargirait la responsabilité criminelle.

[268] Les parties devraient dorénavant utiliser ce test lorsqu’elles demandent à la Cour d’infirmar un précédent. Elles doivent clairement démontrer que le fait qu’une autorité était manquante a influé sur la décision, la rendant ainsi *per incuriam*. Ou alors, elles doivent se présenter munies d’éléments de preuve établissant l’inapplicabilité de la décision ou l’érosion de ses fondements. Elles ne devraient plus faire valoir qu’il y a lieu d’infirmar un précédent

in the eyes of some, (4) is a new or old precedent, or (5) was decided by a narrow majority.

[269] With this framework in mind, we will now apply it to the facts of this case. As we explain below, there is no basis for overturning *Hutchinson*.

C. *None of the Circumstances for Overturning Precedent Apply to Hutchinson*

[270] In this section, we apply the horizontal *stare decisis* framework arising from long-standing jurisprudence of this Court to *Hutchinson*, the precedent impugned by our colleague, the Crown, and certain interveners to this appeal. We conclude that none of the circumstances that may warrant overturning precedent apply to *Hutchinson*. Accordingly, the *ratio decidendi* of *Hutchinson* must govern this appeal.

[271] Our application of the horizontal *stare decisis* framework proceeds in four parts. First, we reject our colleague's suggestion that *Hutchinson* was rendered *per incuriam*. Second, we conclude that the Crown has failed to show *Hutchinson* is unworkable. Third, we demonstrate that no foundational erosion has occurred with respect to *Hutchinson* and explain, in particular, why any relevant societal change that may have transpired since *Hutchinson* is for Parliament to reconcile, not the courts. Finally, in the alternative, we discuss why we would decline to exercise our discretion to overturn *Hutchinson*, even if overturning precedent were warranted here.

(1) *Hutchinson* Was Not Rendered *Per Incuriam*

[272] Any suggestion that *Hutchinson* was rendered *per incuriam* is meritless. The Crown's position, at its

parce qu'il (1) fait l'objet de critiques judiciaires ou doctrinales, (2) comporte des différences avec la jurisprudence étrangère, (3) est « erroné » aux yeux de certaines personnes, (4) est un précédent récent ou ancien, ou (5) a été rendu par une faible majorité.

[269] Ayant à l'esprit ce cadre d'analyse, nous allons maintenant appliquer celui-ci aux faits de la présente affaire. Comme nous l'expliquons plus loin, rien ne permet d'infirmier l'arrêt *Hutchinson*.

C. *Aucune des circonstances justifiant de renverser un précédent ne s'applique à l'arrêt Hutchinson*

[270] Dans cette section, nous appliquons le cadre d'analyse en matière de *stare decisis* horizontal — lequel découle de la jurisprudence de longue date de notre Cour — à l'arrêt *Hutchinson*, le précédent contesté par notre collègue, la Couronne, ainsi que par certains intervenants dans le cadre du présent pourvoi. Nous concluons qu'aucune des circonstances pouvant justifier de renverser un précédent ne s'applique à *Hutchinson*. Par conséquent, la *ratio decidendi* de *Hutchinson* doit régir le présent pourvoi.

[271] Notre application du cadre d'analyse en matière de *stare decisis* horizontal comporte quatre parties. Premièrement, nous rejetons la suggestion de notre collègue selon laquelle l'arrêt *Hutchinson* a été rendu *per incuriam*. Deuxièmement, nous concluons que la Couronne n'a pas démontré que *Hutchinson* est inapplicable. Troisièmement, nous démontrons que *Hutchinson* n'a pas vu ses fondements érodés et nous expliquons, en particulier, pourquoi il appartient au Parlement, et non aux tribunaux, de pallier tout changement sociétal pertinent qui a pu se produire depuis le prononcé de cet arrêt. Enfin, à titre subsidiaire, nous examinons les raisons pour lesquelles nous refuserions d'exercer notre pouvoir discrétionnaire d'infirmier *Hutchinson*, même si cela était justifié en l'espèce.

(1) *L'arrêt Hutchinson* n'a pas été rendu *per incuriam*

[272] Toute suggestion selon laquelle l'arrêt *Hutchinson* a été rendu *per incuriam* est sans fondement.

highest, is that excluding condom use from consent under s. 273.1(1) is “inconsistent” with long-standing sexual assault jurisprudence, such as *R. v. Ewanchuk*, [1999] 1 S.C.R. 330, and *R. v. J.A.*, 2011 SCC 28, [2011] 2 S.C.R. 440. Notably, the Crown does *not* say, as our colleague does, at para. 87, that *Hutchinson* “does not consider this Court’s jurisprudence on consent” (emphasis added). And for good reason; this is wrong. The *Hutchinson* majority cited *Ewanchuk* repeatedly (at paras. 1, 4, 17 and 27), while using the term “consent” no less than 124 times in its reasons for judgment. Further, *J.A.* is explicitly cited by the *Hutchinson* minority, at para. 86, where it notes that “the relevant time for determining . . . consent is when the activity occurred”. Since *J.A.* was cited by the minority, it is implausible that the majority could have neglected to consider the case. We believe this point obvious, unless our colleague is suggesting that the majority did not read the minority’s opinion.

[273] As such, the Crown cannot demonstrate (nor has it even attempted to) that the *Hutchinson* panel *ignored* binding precedent, much less that the result would have been different had it considered an allegedly overlooked authority. The reason for this is simple: all relevant authorities were expressly considered by the *Hutchinson* Court. Further, as we have already noted, the failure to consider binding precedent would be grounds for overturning *Hutchinson*, *not* a basis for reading its *ratio* so narrowly that it may be “distinguished”, as our colleague purports to do. In fact, some of the interveners in this appeal fairly recognize that *Hutchinson* has a role to play within this Court’s jurisprudence on sexual assault law (I.F., Barbra Schlifer Commemorative Clinic, at para. 21; I.F., HIV & AIDS Legal Clinic Ontario and HIV Legal Network, at para. 10). Yet our colleague steadfastly refuses to acknowledge that this Court’s sexual assault jurisprudence includes within its ambit not only decisions such as *Ewanchuk* and *J.A.*, which emphasized the importance of affirmative consent, but also *R. v. Cuerrier*, [1998] 2 S.C.R. 371, and *Mabior*, which

La Couronne soutient, tout au plus, que le fait d’exclure l’utilisation du condom du consentement au sens du par. 273.1(1) est [TRADUCTION] « incompatible » avec la jurisprudence de longue date en matière d’agression sexuelle, notamment les arrêts *R. c. Ewanchuk*, [1999] 1 R.C.S. 330, et *R. c. J.A.*, 2011 CSC 28, [2011] 2 R.C.S. 440. Nous soulignons que la Couronne *ne* prétend *pas*, contrairement à ce que prétend notre collègue au par. 87, que *Hutchinson* « n’a pas pris en compte la jurisprudence de notre Cour sur le consentement » (nous soulignons). Il y a une bonne raison à cela : c’est faux. Dans *Hutchinson*, la majorité a cité *Ewanchuk* à plusieurs reprises (aux par. 1, 4, 17 et 27), tout en utilisant le terme « consentement » pas moins de 104 fois dans ses motifs. En outre, dans *Hutchinson*, les juges minoritaires ont, au par. 86, explicitement cité *J.A.*, lorsqu’ils font remarquer que « le moment pertinent pour déterminer s’il y a eu consentement [. . .] est celui où s’est déroulée [l’]activité ». Comme *J.A.* a été cité par les juges minoritaires, il est invraisemblable que la majorité ait pu omettre d’en tenir compte. Cela nous semble évident, à moins que notre collègue ne suggère que la majorité n’a pas lu l’opinion des juges minoritaires.

[273] Par conséquent, la Couronne ne peut démontrer (ni n’a même tenté de le faire) que la formation ayant rendu la décision dans *Hutchinson* a fait *abstraction* d’un précédent contraignant, et encore moins qu’elle aurait tiré une conclusion différente si elle avait pris en considération une autorité dont elle n’aurait pas tenu compte. La raison en est simple : la Cour, dans *Hutchinson*, a expressément pris en considération toutes les autorités pertinentes. De plus, comme nous l’avons déjà fait remarquer, le fait de ne pas avoir tenu compte d’un précédent contraignant justifierait d’infirmier l’arrêt *Hutchinson*, mais *pas*, comme notre collègue prétend le faire, d’interpréter sa *ratio* de façon si restreinte qu’il serait possible de « distinguer » cette affaire de celle qui nous occupe. En fait, certains intervenants dans le présent dossier reconnaissent à juste titre que *Hutchinson* a un rôle à jouer dans la jurisprudence de notre Cour portant sur le droit en matière d’agression sexuelle (m. interv., Barbra Schlifer Commemorative Clinic, par. 21; m. interv., HIV & AIDS Legal Clinic Ontario et Réseau juridique VIH, par. 10). Pourtant, notre collègue refuse

were designed to ensure legal certainty and avoid over-criminalization of individuals living with HIV.

[274] To fasten the scarlet letter of *per incuriam* to a decision of this Court requires more than mere disagreement. In our view, the requisite stringent threshold for doing so is not met here. Accordingly, we see no possible basis on which to overturn *Hutchinson* as *per incuriam*.

(2) *Hutchinson* Is Not Unworkable

[275] The Crown has also failed to demonstrate that *Hutchinson* is unworkable. Far from creating uncertainty, the *raison d'être* of *Hutchinson* was to provide a bright line rule for interpreting “the sexual activity in question” under s. 273.1(1). The *Hutchinson* rule consigns *all* forms of deception involving contraception, including condom use or non-use, to the fraud analysis under s. 265(3)(c). By contrast, re-interpreting s. 273.1(1) in the manner our colleague suggests — i.e., by distinguishing between two nearly identical forms of “physicality” — would re-introduce the modified “essential features” approach advanced by the *Hutchinson* minority and *explicitly rejected* by the majority (*Hutchinson*, at para. 45). We have already explained why this method of examining consent is confusing and may lead to over-criminalization, particularly amongst already marginalized communities. The majority, per McLachlin C.J. and Cromwell J., wisely made a similar point in *Hutchinson*, at paras. 45 and 46, holding that such an approach is the very antithesis of workability:

[The minority] introduce a variation on [the “essential features”] approach but one which, as we see it, is equally uncertain. Under their approach, the “sexual activity in

fermement de reconnaître que la jurisprudence de notre Cour en matière d’agression sexuelle englobe non seulement des décisions telles que *Ewanchuk* et *J.A.*, dans lesquelles était soulignée l’importance du consentement explicite, mais aussi *R. c. Cuerrier*, [1998] 2 R.C.S. 371, et *Mabior*, lesquelles avaient pour but d’assurer la certitude juridique et d’éviter la surcriminalisation des personnes vivant avec le VIH.

[274] Pour apposer l’étiquette *per incuriam* à un arrêt de la Cour, il faut plus qu’un simple désaccord. À notre avis, le seuil élevé requis pour ce faire n’est pas atteint en l’espèce. Par conséquent, nous ne voyons pas comment il est possible d’infirmier *Hutchinson* au motif qu’il a été rendu *per incuriam*.

(2) L’arrêt *Hutchinson* n’est pas inapplicable

[275] La Couronne n’a pas non plus démontré que l’arrêt *Hutchinson* est inapplicable. Cette décision, loin de créer de l’incertitude, avait pour raison d’être de fournir une règle de démarcation très nette pour interpréter « l’activité sexuelle » au sens du par. 273.1(1). La règle énoncée dans *Hutchinson* soumet *toutes* les formes de tromperie liées à la contraception, y compris l’utilisation ou la non-utilisation du condom, à l’analyse relative à la fraude en application de l’al. 265(3)c). En revanche, réinterpréter le par. 273.1(1) de la manière proposée par notre collègue — c.-à-d. en établissant une distinction entre deux formes presque identiques de « caractère physique » — reviendrait à réintroduire l’approche modifiée fondée sur les « caractéristiques essentielles » avancée par les juges minoritaires dans *Hutchinson*, approche *explicitement rejetée* par la majorité (*Hutchinson*, par. 45). Nous avons déjà expliqué pourquoi cette méthode visant à examiner le consentement porte à confusion et peut entraîner une surcriminalisation, en particulier au sein de communautés déjà marginalisées. La juge en chef McLachlin et le juge Cromwell, s’exprimant au nom de la majorité, ont judicieusement exprimé un point de vue semblable dans *Hutchinson*, par. 45 et 46, estimant qu’une telle approche est l’antithèse même de l’applicabilité :

Les juges [minoritaires] proposent une variante de [l’]approche [fondée sur les « caractéristiques essentielles »], mais cette variante est selon nous tout aussi

question” extends to “how” the sexual touching occurs, but not to the consequences of the sexual activity. But it is not clear what the “how” of the act includes, or whether agreement is undermined by only deception or also by a complainant’s unilateral mistake. Presumably, it extends to any physical aspect of the sexual activity to which the complainant has not agreed in advance — a vast swath of conduct indeed. And again, the line is blurry; many aspects of the sexual activity can be characterized as both part of the “how” and part of the consequences. . . .

These approaches would also result in the criminalization of acts that should not attract the heavy hand of the criminal law. We have already noted the difficulty of seeing why the presence of a sexually transmitted infection would not be a “component” of the sexual activity or part of “how” the sexual touching occurs. Under the . . . “essential features” test, a man who pierces a condom may be found guilty of sexual assault; why would a woman who lies about birth control measures not be equally guilty? Under [the minority’s] test, the quality or effectiveness of a condom changes the sexual activity that takes place; why would it not follow that an individual might be prosecuted for using an expired condom or a particular brand of condom? Anomalies abound. The “how the physical act was carried out” test appears not to capture a woman who lies about taking birth control pills, but it might well capture a woman who lies about using a diaphragm. [Underlining added.]

[276] Neither the Crown nor our colleague have pointed to a plenary body of case law that demonstrates the *ratio* from *Hutchinson* has proven unworkable. That is because such case law does not exist. As we have already demonstrated (at paras. 145-56, above) the post-*Hutchinson* jurisprudence discloses no workability problems. At most, it may be said that a tiny fraction of reviewing judges simply *disagree* with *Hutchinson*. Indeed, our colleague is entitled to disagree with *Hutchinson*. However, horizontal *stare decisis* ensures that precedents like *Hutchinson* continue to bind this Court, notwithstanding putative

incertaine. Suivant l’approche de nos collègues, « l’activité sexuelle » englobe la « façon » dont les contacts sexuels se déroulent, mais non les conséquences de cette activité. Toutefois, il est difficile de déterminer avec clarté ce qui est inclus dans la « façon » dont l’acte se déroule, ou encore si l’accord ne peut être vicié que par suite d’une tromperie ou s’il peut également l’être par une erreur unilatérale du plaignant. On peut supposer qu’elle s’étend à tout aspect physique de l’activité sexuelle auquel le plaignant n’aurait pas au préalable consenti — certainement un très large éventail de comportements. Ici encore, la ligne est floue; de nombreux aspects de l’activité sexuelle peuvent être considérés comme relevant à la fois de la « façon » et des conséquences . . .

Ces approches ont également pour effet de criminaliser des actes qui ne devraient pas exposer leurs auteurs aux lourdes conséquences du droit criminel. Comme nous l’avons déjà souligné, il est difficile de voir en quoi la présence d’une infection transmissible sexuellement ne pourrait pas constituer une « composante » de l’activité sexuelle ou un aspect de la « façon » dont les contacts sexuels se déroulent. Suivant l’analyse fondée sur les « caractéristiques essentielles » [. . .], un homme qui perce un condom peut être déclaré coupable d’agression sexuelle; pourquoi une femme qui ment au sujet des mesures contraceptives qu’elle prend ne serait pas jugée tout aussi coupable? Selon l’analyse préconisée par les juges [minoritaires], la qualité ou l’efficacité d’un condom modifie l’activité sexuelle qui se déroule; pourquoi alors un homme ne pourrait-il pas être poursuivi pour avoir utilisé un condom périmé ou une marque particulière de condom? Les exemples d’anomalies abondent. Le critère fondé sur la « façon dont l’acte physique s’est déroulé » ne semble pas s’appliquer à la femme qui ment en affirmant prendre un contraceptif oral, mais il pourrait fort bien s’appliquer à celle qui prétend mensongèrement utiliser un diaphragme. [Nous soulignons.]

[276] Ni la Couronne ni notre collègue n’ont invoqué un nombre suffisant de décisions démontrant que la *ratio* de l’arrêt *Hutchinson* est inapplicable. Il en est ainsi parce qu’une telle jurisprudence n’existe pas. Comme nous l’avons déjà démontré (aux par. 145-156, ci-dessus), la jurisprudence postérieure à *Hutchinson* ne révèle aucun problème d’applicabilité. On peut dire tout au plus qu’une infime partie des juges d’appel sont tout simplement *en désaccord* avec *Hutchinson*. Certes, notre collègue a elle-même le droit d’être en désaccord avec cet arrêt. Toutefois, le *stare decisis* horizontal fait en sorte que des précédents comme

disagreement amongst lower courts — and even individual members of the Court itself — as to their “correctness”. In this way, the *proper* application of *stare decisis* stabilizes our legal system and safeguards the rule of law.

[277] Likewise, and as we have already noted, the academic criticism levied against *Hutchinson*, distilled to its essence, suggests that it was wrongly decided. The writings cited by our colleague and the Crown do not identify any unworkability arising from *Hutchinson* that might warrant overturning it. Indeed, the authors point toward cases (the very same cases erroneously cited by our colleague) that do not actually impugn *Hutchinson* in a manner that would justify overturning it (see, e.g., Gotell and Grant, at pp. 459 and 464-71). To repeat: the existence of criticism alone is insufficient to justify departing from a precedent delivered by a conscientious panel of this Court.

[278] In short, *Hutchinson* provides a clear, workable framework for analyzing consent to “the sexual activity in question” in s. 273.1(1). Beyond bald assertions, neither our colleague nor the Crown has demonstrated that lower courts have had any difficulty applying *Hutchinson*. No legitimate argument has been put forth to overturn *Hutchinson* on the ground of unworkability. In our respectful view, this is because no such argument exists.

(3) There Is No Foundational Erosion Undermining *Hutchinson*

[279] Finally, the Crown has not shown any foundational erosion that would undermine the precedential force of *Hutchinson*. As we will explain, any societal change that may have occurred since *Hutchinson* cannot change Parliament’s legislative intent as authoritatively interpreted by the *Hutchinson* Court. Further, the Crown has not pointed to any legal change that could warrant overturning *Hutchinson*.

Hutchinson continuent de lier la Cour, malgré un possible désaccord au sein des tribunaux inférieurs — et même chez certains juges de notre Cour elle-même — quant à leur « justesse ». De cette manière, l’application *appropriée* du *stare decisis* assure la stabilité de notre système juridique et garantit la primauté du droit.

[277] De même, et comme nous l’avons déjà souligné, les critiques doctrinales formulées à l’encontre de l’arrêt *Hutchinson* suggèrent essentiellement qu’il est erroné. Or, les ouvrages cités par notre collègue et par la Couronne ne font mention d’aucun problème d’applicabilité que poserait *Hutchinson* et qui pourrait justifier de le renverser. Dans les faits, les auteurs renvoient à des décisions (les mêmes que celles citées à tort par notre collègue) qui ne remettent pas véritablement en cause *Hutchinson* d’une manière qui justifierait de le renverser (voir, p. ex., Gotell et Grant, p. 459 et 464-471). Répétons-le : l’existence de critiques ne suffit pas à elle seule à justifier que l’on s’écarte d’un précédent établi par une formation consciencieuse de notre Cour.

[278] En résumé, l’arrêt *Hutchinson* fournit un cadre clair et applicable pour analyser le consentement à « l’activité sexuelle » prévu au par. 273.1(1). Mises à part de simples affirmations sans fondement, il n’a été démontré ni par notre collègue ni par la Couronne que les tribunaux inférieurs avaient eu de la difficulté à appliquer *Hutchinson*. Aucun argument légitime n’a été avancé pour infirmer cet arrêt au motif qu’il est inapplicable. Avec égards, il en est ainsi puisqu’un tel argument n’existe pas.

(3) Il n’y a pas d’érosion des fondements minant *Hutchinson*

[279] Enfin, la Couronne n’a pas démontré une érosion des fondements qui minerait la force de précédent de l’arrêt *Hutchinson*. Comme nous l’expliquons, tout changement sociétal susceptible de s’être produit après le prononcé de *Hutchinson* ne peut pas modifier l’intention législative du Parlement telle qu’elle a été interprétée de manière définitive par la Cour dans cet arrêt. De plus, la Couronne n’a évoqué aucun changement juridique qui pourrait justifier d’infirmer *Hutchinson*.

(a) *Societal Change Cannot Undermine Hutchinson*

[280] It may fairly be argued that social attitudes regarding sexual violence, or the prevalence of certain sexual behaviours, has shifted since the release of *Hutchinson* in 2014. However, as we have explained, precedents which authoritatively interpret a statute are not susceptible to shifting social mores or trends. The *Hutchinson* Court determined the meaning of the words “the sexual activity in question” as Parliament intended. In doing so, the *Hutchinson* majority was alive to Parliament’s “concerns about sexual violence against women and children” and, in particular, the pressing need to protect ss. 7 and 15 *Charter* rights in the context of sexualized violence (para. 27). The fact that the issue of “stealthings”, for example, may now be more prevalent or prominent in the public consciousness does nothing to erode the precedential foundation of *Hutchinson*, which interpreted the meaning of s. 273.1(1) of the *Criminal Code*. The statutory interpretation set out therein therefore reflects Parliament’s intent at the time of enactment. If the passage of time has rendered this statutory provision inconsistent with contemporary social reality, it is for the legislature — not the courts — to further study and, if necessary, to remedy any alleged deficiency.

(b) *There Is No Legal Change Attenuating Hutchinson*

[281] Finally, we see no constitutional or jurisprudential developments post-*Hutchinson* that would attenuate its precedential value.

[282] This Court’s recent sexual assault jurisprudence builds upon foundational precedents like *Ewanchuk* and *J.A.* (see, e.g., *R. v. G.F.*, 2021 SCC 20, [2021] 1 S.C.R. 801; *Goldfinch; Barton*), which were duly considered by the *Hutchinson* Court. Crucially, however, these recent cases do not purport to displace

a) *Un changement sociétal ne saurait miner Hutchinson*

[280] On peut à juste titre soutenir que les attitudes sociales à l’égard de la violence sexuelle, ou la fréquence de certains comportements sexuels, ont changé depuis le prononcé de l’arrêt *Hutchinson* en 2014. Cependant, comme nous l’avons expliqué, les précédents dans lesquels une loi est interprétée de manière définitive ne sont pas susceptibles d’être influencés par l’évolution des mœurs ou des tendances sociales. Dans *Hutchinson*, la Cour a déterminé le sens que le Parlement avait voulu donner à l’expression « l’activité sexuelle ». Ce faisant, la majorité dans cette affaire était consciente des « préoccupations du législateur à l’égard de la violence faite aux femmes et aux enfants » et, en particulier, du besoin pressant de protéger les droits garantis par les art. 7 et 15 de la *Charte* dans le contexte de la violence à caractère sexuel (par. 27). Le fait que le problème du « furtivage », par exemple, soit maintenant plus courant ou occupe une place plus importante dans la conscience collective n’érode en rien les fondements comme précédent de *Hutchinson*, dans lequel la Cour a interprété le sens du par. 273.1(1) du *Code criminel*. L’interprétation statutaire déterminée dans cet arrêt reflète donc l’intention du Parlement au moment de l’édiction. Si l’écoulement du temps a rendu cette disposition législative incompatible avec la réalité sociale contemporaine, il appartient au législateur — et non aux tribunaux — d’examiner de façon plus approfondie toute lacune reprochée et, si nécessaire, d’y remédier.

b) *Aucun changement juridique n’atténue Hutchinson*

[281] Enfin, selon nous, aucune évolution constitutionnelle ou jurisprudentielle postérieure à l’arrêt *Hutchinson* n’est susceptible d’atténuer sa valeur de précédent.

[282] La jurisprudence récente de la Cour en matière d’agression sexuelle s’appuie sur des précédents fondamentaux tels que *Ewanchuk* et *J.A.* (voir, p. ex., *R. c. G.F.*, 2021 CSC 20, [2021] 1 R.C.S. 801; *Goldfinch; Barton*), lesquels ont été dûment examinés par la Cour dans *Hutchinson*. Point crucial toutefois,

Hutchinson's clear and categorical interpretation of "the sexual activity in question" under s. 273.1(1) as excluding condom use. To the contrary, as we have discussed, in *Goldfinch* and *Barton* this Court expressly endorsed the interpretation of s. 273.1(1) set out in *Hutchinson*.

[283] In sum, the Crown has failed to demonstrate any foundational erosion that would warrant departing from *Hutchinson*.

(4) Even if *Hutchinson* Could Be Overturned, This Court Should Exercise Its Discretion to Uphold It

[284] In the alternative, even if *Hutchinson* were unworkable or if its precedential foundation had eroded, there are at least two compelling reasons to uphold it.

[285] First, overturning *Hutchinson* would raise concerns regarding the retrospective expansion of criminal liability. In *Hutchinson*, this Court explicitly excluded contraceptive use from the scope of consent contemplated in s. 273.1(1). However, our colleague now purports to re-interpret s. 273.1(1) to include condom use in the consent analysis in certain circumstances, thus broadening the ambit of criminal liability for sexual assault beyond that set out in *Hutchinson*. As we explained above, and as Dickson C.J. (dissenting, but not on this point) underscored in *Bernard*, an expansion of criminal liability weighs heavily against overturning precedent. Even if it were open to our colleague to overturn *Hutchinson* (which it is not), the radical approach to the consent analysis she proposes would give us pause. More to the point, and as the *Hutchinson* majority recognized, while s. 273.1 signals Parliament's emphasis on positive affirmation of consent, there is "no suggestion that Parliament intended to expand the notion of 'sexual activity' by including not only the sexual act for which consent is required, but also potentially infinite collateral conditions, such as the state of the condom" (para. 27 (emphasis added)). Yet this is precisely what our colleague's re-interpretation of s. 273.1(1) would do,

ces décisions récentes n'entendent pas écarter l'interprétation claire et catégorique qui a été établie dans l'arrêt *Hutchinson* selon laquelle l'utilisation du condom est exclue de « l'activité sexuelle » visée au par. 273.1(1). Au contraire, comme nous l'avons souligné, notre Cour a expressément entériné l'interprétation du par. 273.1(1) énoncée dans *Hutchinson* dans *Goldfinch* et *Barton*.

[283] En somme, la Couronne n'a pas réussi à démontrer que les fondements de l'arrêt *Hutchinson* ont été érodés d'une manière qui justifierait que l'on s'en écarte.

(4) Même si *Hutchinson* pouvait être infirmé, notre Cour devrait exercer son pouvoir discrétionnaire pour confirmer sa validité

[284] Subsidiairement, même si l'arrêt *Hutchinson* était inapplicable ou si ses fondements comme précédent étaient érodés, il existe au moins deux raisons impérieuses de confirmer sa validité.

[285] Premièrement, infirmer l'arrêt *Hutchinson* soulèverait des préoccupations quant à l'élargissement rétrospectif de la responsabilité criminelle. Dans *Hutchinson*, la Cour a explicitement exclu l'utilisation des moyens de contraception de la portée du consentement prévu au par. 273.1(1). Cependant, notre collègue souhaite maintenant réinterpréter le par. 273.1(1) pour inclure, dans certaines circonstances, l'utilisation du condom dans l'analyse relative au consentement, élargissant ainsi l'étendue de la responsabilité criminelle pour agression sexuelle au-delà de celle énoncée dans *Hutchinson*. Comme nous l'avons expliqué ci-dessus, et comme l'a souligné le juge en chef Dickson (dissident, mais non sur ce point) dans *Bernard*, un élargissement de la responsabilité criminelle milite fortement contre le renversement d'un précédent. Même s'il était loisible à notre collègue d'infirmer *Hutchinson* (ce qui n'est pas le cas), l'approche radicale qu'elle préconise pour l'analyse du consentement nous donnerait à réfléchir. Plus précisément, et comme la majorité l'a reconnu dans *Hutchinson*, alors que l'art. 273.1 indique l'accent mis par le Parlement sur la manifestation explicite du consentement, rien « n'indique que le législateur entendait élargir la notion d'"activité

contrary to Parliament’s intent as ascertained by this Court in *Hutchinson*.

[286] Second, overturning *Hutchinson* may lead to unforeseeable consequences. Suddenly re-orienting the law to expand the scope of consent would be a major legal change engaging potentially wide-reaching policy issues. Where, as here, there is no constitutional infirmity with the impugned provision, it is not for the Court “to second-guess the wisdom of policy choices made by our legislators” (*Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123, at p. 1199). Parliament may see fit to legislate a distinction between, for instance, the act of surreptitiously removing a condom to ejaculate inside one’s sexual partner, and the act of lying about having had a vasectomy to do the same. Our colleague would characterize the former as a consent violation, and the latter as fraud vitiating consent previously obtained. But, for all the foregoing reasons, the interpretation of s. 273.1(1) set out by the *Hutchinson* Court precludes her from doing so. Whether this distinction should form part of Canadian sexual assault law is a matter for Parliament — and not our colleague — to decide.

(5) Conclusion on Horizontal *Stare Decisis* Applied to *Hutchinson*

[287] The seriousness of overturning a precedent of this Court cannot be overstated. We are not persuaded that any proper basis exists on which to overturn *Hutchinson*. Since it cannot be distinguished, *Hutchinson* must govern the case at bar. In the following section, we apply the two-step consent analysis mandated by *Hutchinson* to the facts of this appeal.

sexuelle” pour qu’elle vise non seulement l’acte sexuel à l’égard duquel le consentement est requis, mais également une liste potentiellement infinie de conditions accessoires, tel l’état du condom » (par. 27 (nous soulignons)). Pourtant, c’est précisément l’effet que produirait la réinterprétation que fait notre collègue du par. 273.1(1), contrairement à l’intention du Parlement telle qu’établie par notre Cour dans *Hutchinson*.

[286] Deuxièmement, infirmer l’arrêt *Hutchinson* pourrait entraîner des conséquences imprévisibles. Le fait de réorienter soudainement le droit pour élargir la portée du consentement constituerait un changement juridique majeur qui pourrait soulever de vastes questions de politique. Lorsque, comme en l’espèce, la disposition contestée ne présente pas de faille constitutionnelle, il n’appartient pas à la Cour « d’évaluer après coup la sagesse des choix politiques de notre législateur » (*Renvoi relatif à l’art. 193 et à l’al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123, p. 1199). Le Parlement peut juger bon d’établir par voie législative une distinction entre, par exemple, l’acte de retirer furtivement un condom pour éjaculer à l’intérieur de son partenaire sexuel, et l’acte de mentir sur le fait d’avoir subi une vasectomie dans le but de faire de même. Notre collègue qualifierait le premier acte de violation du consentement, et le second de fraude viciant un consentement obtenu auparavant. Toutefois, pour tous les motifs qui précèdent, l’interprétation du par. 273.1(1) énoncée par la Cour dans *Hutchinson* l’en empêche. Il appartient au Parlement — et non à notre collègue — de décider si cette distinction devrait faire partie du droit canadien en matière d’agression sexuelle.

(5) Conclusion quant à l’application du *stare decisis* horizontal à *Hutchinson*

[287] On ne saurait trop insister sur l’impact du fait de renverser un précédent de notre Cour. Nous ne sommes pas convaincus qu’il existe un motif valable pour renverser l’arrêt *Hutchinson*. Comme il n’est pas possible de distinguer *Hutchinson*, cet arrêt doit régir la présente affaire. Dans la section suivante, nous appliquons aux faits du présent pourvoi l’analyse en deux étapes du consentement que prescrit *Hutchinson*.

D. Application of *Hutchinson* to This Appeal

[288] In our view, Bennett J.A. in the court below properly applied *Hutchinson* and the principles applicable on no-evidence motions. Like Bennett J.A., applying the two-step consent analysis mandated by the *Hutchinson* Court, we conclude that: (1) condom use cannot be analyzed under s. 273.1(1) as part of “the sexual activity in question”; and (2) there was some evidence that the complainant’s consent to unprotected sex may have been vitiated by fraud within the meaning of s. 265(3)(c).

(1) The Two-Step Analysis of Consent Mandated by *Hutchinson*

[289] We are bound — as is our colleague — to apply the two-step analytical framework set out in *Hutchinson* to determine whether valid consent existed at the time of the impugned sexual activity between Mr. Kirkpatrick and the complainant.

[290] The first step is to determine whether the evidence establishes that there was no “voluntary agreement of the complainant to engage in the sexual activity in question” under s. 273.1(1). If the complainant voluntarily agreed to the sexual activity within the meaning of s. 273.1 (or a reasonable doubt was raised), the court should then turn to the second step.

[291] The second step is to consider whether any of the enumerated circumstances in ss. 265(3) or 273.1(2) are present, such that the complainant’s voluntary agreement to the sexual activity in question did not constitute consent in law. Section 265(3) defines circumstances, including fraud at subs. (c), under which the law recognizes the complainant did not consent, notwithstanding their apparent agreement to participate in sexual activity (*Hutchinson*, at para. 55; *Ewanchuk*, at para. 36).

[292] At this juncture, it is critical to recall the low threshold on a no-evidence motion. It is not the trial judge’s role at this preliminary stage to test the

D. Application de l’arrêt *Hutchinson* au présent pourvoi

[288] À notre avis, la juge Bennett de la Cour d’appel a appliqué correctement l’arrêt *Hutchinson* et les principes applicables aux requêtes pour absence de preuve. À l’instar de la juge Bennett, en appliquant l’analyse en deux étapes du consentement prescrite par la Cour dans *Hutchinson*, nous concluons que : (1) l’utilisation du condom ne peut pas être analysée au regard du par. 273.1(1) comme faisant partie de « l’activité sexuelle »; et (2) il y avait une certaine preuve que le consentement de la plaignante à des rapports sexuels sans protection a pu être vicié par la fraude au sens de l’al. 265(3)c).

(1) L’analyse en deux étapes du consentement prescrite par *Hutchinson*

[289] Nous sommes tenus — comme notre collègue — d’appliquer le cadre d’analyse en deux étapes énoncé dans *Hutchinson* pour déterminer s’il y avait un consentement valide concomitant à l’activité sexuelle en cause entre M. Kirkpatrick et la plaignante.

[290] La première étape consiste à décider si la preuve démontre l’absence d’« accord volontaire [de la] plaignant[e] à l’activité sexuelle » aux termes du par. 273.1(1). Si la plaignante a donné son accord volontaire à l’activité sexuelle au sens de l’art. 273.1 (ou si un doute raisonnable a été soulevé), le tribunal doit alors passer à la deuxième étape.

[291] La deuxième étape consiste à se demander si l’une des circonstances énumérées aux par. 265(3) ou 273.1(2) est présente, de sorte que l’accord volontaire de la plaignante à l’activité sexuelle ne constituait pas un consentement en droit. Le paragraphe 265(3) définit les circonstances, y compris la fraude à l’al. c), dans lesquelles la loi reconnaît que la plaignante n’a pas consenti, malgré son accord apparent à l’activité sexuelle (*Hutchinson*, par. 55; *Ewanchuk*, par. 36).

[292] À ce stade, il est essentiel de rappeler le seuil peu élevé applicable à une requête pour absence de preuve. Il n’appartient pas au juge du procès, à cette

quality or reliability of the evidence, measure the credibility of the witnesses, draw inferences from facts, or weigh the evidence to determine if he or she would be satisfied of the guilt of the accused. The task is simply to determine whether, *if the Crown's evidence is believed*, it would be reasonable for a trier of fact to infer guilt (S. N. Lederman, A. W. Bryant and M. K. Fuerst, *Sopinka, Lederman & Bryant: The Law of Evidence in Canada* (5th ed. 2018), at §5.27; *R. v. Arcuri*, 2001 SCC 54, [2001] 2 S.C.R. 828, at para. 30). It is this generous threshold by which we must assess the evidence that was before the trial judge in the present case.

[293] We will now address each step of the *Hutchinson* framework in turn, applying the requisite evidentiary threshold on a no-evidence motion.

(a) *Step One: Consent to the Sexual Activity in Question*

[294] We have already explained, at length, that *Hutchinson* categorically eliminates condom use from the definition of “the sexual activity in question” under s. 273.1(1). *Hutchinson* thus precludes us from assessing Mr. Kirkpatrick’s admitted failure to wear a condom in determining whether there was voluntary agreement to the sexual activity in question. We need say no more on this point.

[295] The sole question at this stage is whether there is any evidence that the complainant consented to the impugned sexual intercourse with Mr. Kirkpatrick. At trial, the complainant’s evidence was that she consented to all physical sex acts in which the parties engaged on the night in question. Accordingly, we agree with the trial judge and Bennett J.A. of the Court of Appeal that there is some evidence of consent to “the sexual activity in question” at the first step of the *Hutchinson* framework under s. 273.1.

[296] Therefore, the analysis for the no-evidence motion can then proceed to whether there is any

étape préliminaire, de vérifier la qualité ou la fiabilité de la preuve, d’évaluer la crédibilité des témoins, de tirer des inférences factuelles ou de soupeser la preuve afin de déterminer s’il serait convaincu de la culpabilité de l’accusé. Sa fonction consiste simplement à déterminer si, *en supposant que la preuve de la Couronne soit crue*, il serait raisonnable pour un juge des faits d’inférer la culpabilité (S. N. Lederman, A. W. Bryant et M. K. Fuerst, *Sopinka, Lederman & Bryant: The Law of Evidence in Canada* (5^e éd. 2018), §5.27; *R. c. Arcuri*, 2001 CSC 54, [2001] 2 R.C.S. 828, par. 30). C’est en fonction de ce seuil peu élevé que nous devons évaluer la preuve dont disposait le juge du procès en l’espèce.

[293] Nous examinons maintenant, à tour de rôle, chaque étape du cadre établi dans l’arrêt *Hutchinson*, en appliquant le seuil de preuve requis dans le cas d’une requête pour absence de preuve.

a) *Première étape : consentement à l’activité sexuelle*

[294] Nous avons déjà expliqué, de façon détaillée, que l’arrêt *Hutchinson* élimine catégoriquement l’utilisation du condom de la définition de « l’activité sexuelle » prévue au par. 273.1(1). Nous ne pouvons donc pas prendre en considération l’omission avouée de M. Kirkpatrick de porter un condom afin de décider s’il y a eu accord volontaire à l’activité sexuelle. Nous n’avons rien de plus à dire à ce sujet.

[295] À cette étape, la seule question qui se pose est celle de savoir s’il existe une preuve que la plaignante a consenti aux rapports sexuels en cause avec M. Kirkpatrick. Au procès, il est ressorti de la preuve de la plaignante qu’elle avait consenti à tous les actes sexuels physiques auxquels les parties se sont livrées cette nuit-là. Par conséquent, nous sommes d’accord avec le juge du procès et la juge Bennett de la Cour d’appel qu’il existe une certaine preuve de consentement à « l’activité sexuelle », première étape du cadre d’analyse relatif à l’art. 273.1 énoncé dans *Hutchinson*.

[296] Par conséquent, l’analyse applicable à la requête pour absence de preuve peut alors passer

evidence of fraud on behalf of Mr. Kirkpatrick that may have vitiated the complainant’s apparent consent.

(b) *Step Two: Fraud Vitiating Consent*

[297] *Hutchinson* confirmed that fraud capable of vitiating consent to sexual activity has two elements: (1) dishonesty by the accused; and (2) deprivation or a risk of deprivation in the form of serious bodily harm to the complainant flowing from the accused’s dishonesty (para. 67; see also *Mabior*, at para. 104).

[298] As we will explain, we agree with Bennett J.A. that there was at least “some evidence” before the trial judge on both elements, such that the trial judge erred in granting Mr. Kirkpatrick’s no-evidence motion.

(i) Dishonesty

[299] Dishonesty under s. 265(3)(c) “can include non-disclosure of important facts” (*Cuerrier*, at para. 116). In *Mabior*, this Court clarified that “a clear misrepresentation or a lie in response to a clear question” is not necessary to establish dishonesty (para. 61). Rather, a failure to disclose information will amount to dishonesty where the complainant would not have consented had they known the undisclosed information, such as the fact that the accused is HIV-positive (para. 104). Prior conversations between sexual partners and the circumstances surrounding their sexual encounter may be relevant to determining whether one party’s alleged failure to disclose amounts to dishonesty (para. 64).

[300] We conclude that Mr. Kirkpatrick’s failure to disclose he was not wearing a condom constituted at least “some evidence” of dishonesty sufficient to preclude a directed acquittal. We agree with Bennett J.A.

à la question de savoir s’il existe une preuve que M. Kirkpatrick a commis une fraude ayant pu vicier le consentement apparent de la plaignante.

b) *Deuxième étape : fraude viciant le consentement*

[297] L’arrêt *Hutchinson* a confirmé que la fraude susceptible de vicier le consentement à l’activité sexuelle comporte deux éléments : (1) la malhonnêteté de l’accusé; et (2) la privation ou le risque de privation pour la plaignante résultant de la malhonnêteté de l’accusé et prenant la forme de lésions corporelles graves (par. 67; voir aussi *Mabior*, par. 104).

[298] Comme nous l’expliquons plus loin, nous sommes d’accord avec la juge Bennett pour dire que le juge du procès disposait d’au moins [TRADUCTION] « une certaine preuve » à l’égard des deux éléments, de sorte qu’il a commis une erreur en accueillant la requête pour absence de preuve présentée par M. Kirkpatrick.

(i) Malhonnêteté

[299] La malhonnêteté visée à l’al. 265(3)c) « peut comprendre la non-divulgaration de faits importants » (*Cuerrier*, par. 116). Dans l’arrêt *Mabior*, la Cour a précisé qu’« une déclaration nettement trompeuse ou un mensonge en réponse à une question claire » n’est pas nécessaire pour établir la malhonnêteté (par. 61). L’omission de révéler un renseignement équivaut plutôt à une malhonnêteté lorsque le plaignant n’aurait pas donné son consentement s’il avait connu le renseignement non révélé, comme par exemple le fait que l’accusé est séropositif (par. 104). Les conversations antérieures entre les partenaires sexuels et les circonstances entourant leurs rapports sexuels peuvent être pertinentes lorsqu’il s’agit de décider si le fait que l’une des parties aurait omis de révéler un renseignement équivaut à de la malhonnêteté (par. 64).

[300] Nous concluons que le fait que M. Kirkpatrick n’ait pas révélé qu’il ne portait pas de condom constituait minimalement « une certaine preuve » de malhonnêteté suffisante pour empêcher le prononcé

that the trial judge misapplied *Mabior* by looking for specific deception on Mr. Kirkpatrick's part prior to the second round of sexual intercourse (C.A. reasons, at para. 117). The complainant testified that she had repeatedly communicated to Mr. Kirkpatrick that condom use was a condition of her consent. The first time they had sex, the complainant testified that she "asked him if he had any condoms with him and if he didn't have any condoms, it was okay because I have brought condoms with me" (A.R., vol. II, at p. 20). Afterwards, the complainant testified that she asked the appellant "if he used a condom and he said that he did and I asked to see it" (A.R., vol. II, at p. 21). If we accept — as we must at this preliminary stage — the complainant's evidence, Mr. Kirkpatrick would have been well aware that her consent was conditional on condom use. Nevertheless, when they had sex for the second time, mere hours later, Mr. Kirkpatrick failed to disclose that he was not wearing a condom. In our view, in the context of a no-evidence motion, this constitutes some evidence of dishonesty by omission, as contemplated in *Mabior*.

[301] We would reject Mr. Kirkpatrick's submission that this reasoning imposes a positive duty to disclose condom use in all situations where a partner has advised of its importance. To the contrary, it is rooted firmly in the factual record. On the complainant's evidence, days before their sexual encounter she told Mr. Kirkpatrick she would never consent to sexual intercourse without a condom. According to the complainant, she reminded Mr. Kirkpatrick about this condition twice: once before the first round of intercourse, when she asked if he was wearing a condom, and once again afterwards, when she asked to see the condom. The complainant further testified that, prior to the second round of intercourse, Mr. Kirkpatrick turned away from her in the direction of the bedside table from which he had obtained a condom the first time. In our view, the foregoing provides at least some evidence that the complainant would not have consented had Mr. Kirkpatrick told her he was not

d'un acquittement. Nous convenons avec la juge Bennett que le juge du procès a mal appliqué l'arrêt *Mabior* en cherchant à savoir si M. Kirkpatrick avait usé d'une tromperie précise avant la seconde relation sexuelle (motifs de la C.A., par. 117). La plaignante a témoigné avoir mentionné à plusieurs reprises à M. Kirkpatrick que son consentement était conditionnel à l'utilisation d'un condom. Elle a témoigné que la première fois qu'ils ont eu des rapports sexuels, elle [TRADUCTION] « lui [a] demandé s'il avait des condoms et lui [a] dit que s'il n'en avait pas, [elle] en a[vait] apporté avec [elle] » (d.a., vol. II, p. 20). Ensuite, elle a témoigné avoir demandé à l'appellant [TRADUCTION] « s'il avait porté un condom, ce à quoi il a répondu par l'affirmative, et [elle] lui [a] demandé à voir le condom » (d.a., vol. II, p. 21). Si nous acceptons — comme nous devons le faire à ce stade préliminaire — le témoignage de la plaignante, M. Kirkpatrick savait très bien que le consentement de celle-ci était conditionnel à l'utilisation d'un condom. Pourtant, lors de leur seconde relation sexuelle, seulement quelques heures plus tard, M. Kirkpatrick n'a pas révélé qu'il ne portait pas de condom. À notre avis, dans le contexte d'une requête pour absence de preuve, cela constitue une certaine preuve de malhonnêteté par omission, comme le prévoit *Mabior*.

[301] Nous rejetons l'argument de M. Kirkpatrick selon lequel ce raisonnement impose une obligation positive de révéler l'utilisation du condom dans toutes les situations où un partenaire en a souligné l'importance. Au contraire, ce raisonnement est fermement enraciné dans le dossier factuel. Selon le témoignage de la plaignante, quelques jours avant les rapports sexuels, elle a mentionné à M. Kirkpatrick qu'elle ne consentirait jamais à de tels rapports sans condom. Elle a affirmé avoir rappelé cette condition à M. Kirkpatrick à deux reprises : une fois avant la première relation sexuelle, lorsqu'elle lui a demandé s'il portait un condom, et une fois de plus après, lorsqu'elle a demandé à voir le condom. La plaignante a en outre témoigné qu'avant la seconde relation sexuelle, M. Kirkpatrick s'est retourné du côté de la table de chevet où il avait pris un condom la première fois. À notre avis, ce qui précède fournit au moins une certaine preuve que la plaignante n'aurait pas

wearing a condom, despite her clear stipulation that he wear one, before penetrating her on the second occasion. Despite this conclusion, we wish to be clear. We do not mean to suggest that non-disclosure of one's failure to wear a condom will always be criminal. Our conclusion is intertwined with the particular facts of this case.

[302] Further, it must be recalled that no conclusive factual findings are made on a no-evidence motion. At re-trial, the Crown will need to establish not only the *actus reus* of fraud vitiating consent under s. 265(3)(c), but that Mr. Kirkpatrick had the requisite *mens rea* for fraud. This will require the Crown to prove that Mr. Kirkpatrick subjectively *knew* that he was behaving dishonestly, and that his dishonesty would lead to a deprivation, or risk of deprivation, to the complainant (*Cuerrier*, at para. 114). Whether the Crown succeeds in doing so is a matter for the trial judge.

(ii) Deprivation

[303] In our view, Bennett J.A. was correct to find some evidence of a risk of deprivation to the complainant in this case, namely, a risk of pregnancy (C.A. reasons, at para. 119).

[304] In *Hutchinson*, at paras. 70-71, the majority held that “[d]epriving a woman of the choice whether to become pregnant or increasing the risk of pregnancy” may constitute a sufficiently serious deprivation for the purposes of fraud vitiating consent under s. 265(3)(c). The complainant in this case testified that Mr. Kirkpatrick ejaculated inside her vagina. Upon realizing that he had not been wearing a condom, the complainant expressed concern to him about becoming pregnant. There was no evidence before the trial judge to suggest that the complainant was on birth control or otherwise incapable of becoming pregnant. Mr. Kirkpatrick fairly concedes that it is “undisputed that risk of pregnancy meets the second element of fraud” (A.F., at para. 52). We see no basis on which to interfere with Bennett J.A.’s conclusion on this point. Accordingly, applying the proper standard

consenti si M. Kirkpatrick lui avait dit qu’il ne portait pas de condom avant de la pénétrer la deuxième fois, alors qu’elle avait clairement exigé qu’il en porte un. Malgré cette conclusion, nous tenons à être bien compris. Nous ne soutenons pas par là que le fait de ne pas révéler ne pas porter de condom sera toujours criminel. Notre conclusion est inextricablement liée aux faits particuliers du présent dossier.

[302] De plus, il faut rappeler qu’aucune conclusion de fait définitive n’est tirée dans le cadre d’une requête pour absence de preuve. Lors du nouveau procès, la Couronne devra établir que non seulement M. Kirkpatrick a commis l’*actus reus* de la fraude viciant le consentement prévue à l’al. 265(3)c), mais aussi qu’il avait la *mens rea* requise pour la fraude. Pour ce faire, la Couronne devra prouver que M. Kirkpatrick *savait*, subjectivement, qu’il se comportait de manière malhonnête et que sa malhonnêteté conduirait à une privation, ou à un risque de privation, pour la plaignante (*Cuerrier*, par. 114). Il appartiendra au juge du procès de décider si la Couronne y parvient.

(ii) Privation

[303] À notre avis, la juge Bennett a eu raison de conclure qu’il y avait une certaine preuve d’un risque de privation pour la plaignante en l’espèce, à savoir un risque de grossesse (motifs de la C.A., par. 119).

[304] Aux paragraphes 70-71 de l’arrêt *Hutchinson*, la majorité a conclu que « [l]e fait de priver une femme de la faculté de choisir si elle veut ou non devenir enceinte, ou celui d’accroître les risques qu’elle le devienne » peut constituer une privation suffisamment grave représentant une fraude viciant le consentement suivant l’al. 265(3)c). En l’espèce, la plaignante a témoigné que M. Kirkpatrick avait éjaculé dans son vagin. Lorsqu’elle s’est aperçue qu’il n’avait pas porté de condom, elle lui a fait part de son inquiétude de devenir enceinte. Le juge du procès ne disposait d’aucune preuve qui suggérait que la plaignante utilisait un moyen de contraception ou était autrement incapable de devenir enceinte. Monsieur Kirkpatrick concède à juste titre qu’il [TRADUCTION] « n’est pas contesté que le risque de grossesse correspond au deuxième élément de la fraude » (m.a., par. 52). Nous ne voyons

of proof applicable on a no-evidence motion, there was at least some evidence of a risk of deprivation through the risk of pregnancy.

[305] In light of the foregoing, there is no need to discuss Bennett J.A.'s finding, at para. 119, that the side effects of HIV prophylactic treatment allegedly pursued by the complainant may constitute evidence of deprivation. We leave this issue for another day, with the benefit of a full evidentiary record and comprehensive argument on this important issue.

(2) Conclusion on the Two-Step Consent Framework

[306] In sum, at the first step of the *Hutchinson* framework, there is some evidence that the complainant voluntarily agreed to the sexual activity in question under s. 273.1(1).

[307] However, at the second step, there is also some evidence that the complainant's apparent consent may have been vitiated by fraud. In our view, Bennett J.A.'s conclusion that the trial judge misapplied the *Mabior* test for dishonesty is sound. On the low threshold of a no-evidence motion, there was at least some evidence of dishonesty by omission and risk of deprivation through the risk of pregnancy.

[308] Accordingly, a new trial is required to determine whether the complainant's consent was in fact vitiated through fraud and, consequently, whether Mr. Kirkpatrick committed sexual assault within the meaning of s. 265(3)(c).

[309] We would add a final point on the subject of re-trial. We agree with our colleague that one is warranted, in light of the legal error we have identified in the trial judge's fraud analysis. However, given the pending re-trial, we believe it is inappropriate for this

aucune raison de modifier la conclusion de la juge Bennett sur ce point. Par conséquent, suivant la norme de preuve applicable à une requête pour absence de preuve, il y avait au moins une certaine preuve d'un risque de privation en raison du risque de grossesse.

[305] À la lumière de ce qui précède, il n'est pas nécessaire d'analyser la conclusion tirée par la juge Bennett, au par. 119, selon laquelle les effets secondaires du traitement prophylactique contre le VIH que la plaignante aurait reçu peuvent constituer une preuve de privation. Nous reportons à une autre occasion cet examen, lorsque nous disposerons d'un dossier de preuve complet et d'arguments détaillés sur cette importante question.

(2) Conclusion sur le cadre d'analyse en deux étapes du consentement

[306] En somme, la première étape du cadre d'analyse énoncé dans l'arrêt *Hutchinson* est remplie : il y a une certaine preuve que la plaignante a donné son accord volontaire à l'activité sexuelle aux termes du par. 273.1(1).

[307] Cependant, à la deuxième étape, il y a aussi une certaine preuve que le consentement apparent de la plaignante a pu être vicié par la fraude. À notre avis, la conclusion de la juge Bennett selon laquelle le juge du procès a mal appliqué le test de la malhonnêteté énoncé dans l'arrêt *Mabior* est bien fondée. Suivant le seuil peu élevé applicable à une requête pour absence de preuve, il y avait au moins une certaine preuve de malhonnêteté par omission et de risque de privation en raison du risque de grossesse.

[308] Par conséquent, un nouveau procès doit être tenu afin de déterminer si le consentement de la plaignante a effectivement été vicié par la fraude et, ce faisant, si M. Kirkpatrick a commis une agression sexuelle au sens de l'al. 265(3)(c).

[309] Nous aimerions formuler un dernier commentaire au sujet du nouveau procès. Nous sommes d'accord avec notre collègue pour dire qu'il est justifié d'en tenir un, compte tenu de l'erreur de droit que nous avons relevée dans l'analyse du juge du procès relative

Court to draw inferences in favour of either party from the evidence at the first trial. We take particular issue with our colleague’s inference, at para. 58, that Mr. Kirkpatrick engaged in “stealthing”, a term never put to the complainant or discussed at trial. We affirm that it is not our role at this preliminary stage to make any finding relevant to Mr. Kirkpatrick’s culpability for the offence alleged, or to draw any inference that may impinge upon the presumption of his innocence at re-trial.

III. Disposition

[310] For all the foregoing reasons, we would dismiss the appeal. In the result, we affirm the Court of Appeal’s order setting aside the acquittal and ordering a new trial.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellant: Cote & Evans Trial Lawyers, Surrey.

Solicitor for the respondent: Attorney General of British Columbia, Vancouver.

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

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

Solicitors for the interveners the HIV & AIDS Legal Clinic Ontario and the HIV Legal Network: Lincoln Alexander School of Law, Toronto; HIV & AIDS Legal Clinic Ontario, Toronto.

Solicitors for the intervener the Barbra Schlifer Commemorative Clinic: Birenbaum Law, Toronto.

à la fraude. Cependant, comme il y aura un nouveau procès, nous sommes d’avis qu’il est inopportun que notre Cour tire des inférences en faveur de l’une ou l’autre des parties à partir de la preuve présentée au premier procès. Nous sommes plus particulièrement réfractaires à l’inférence que notre collègue tire au par. 58, selon laquelle M. Kirkpatrick s’est livré à la pratique du « furtivage », un terme qui n’a jamais été mentionné à la plaignante ni analysé lors du procès. Nous affirmons qu’il ne nous appartient pas, à ce stade préliminaire, de tirer une quelconque conclusion relativement à la culpabilité de M. Kirkpatrick quant à l’infraction reprochée, ou encore de faire une quelconque inférence qui pourrait porter atteinte à la présomption d’innocence lors du nouveau procès.

III. Dispositif

[310] Pour l’ensemble de ces raisons, nous sommes d’avis de rejeter le pourvoi. Par conséquent, nous confirmons l’ordonnance de la Cour d’appel annulant l’acquittal et ordonnant la tenue d’un nouveau procès.

Pourvoi rejeté.

Procureurs de l’appelant : Cote & Evans Trial Lawyers, Surrey.

Procureur de l’intimée : Procureur général de la Colombie-Britannique, Vancouver.

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

Procureur de l’intervenant le procureur général de l’Alberta : Procureur général de l’Alberta, Calgary.

Procureurs des intervenants HIV & AIDS Legal Clinic Ontario et le Réseau juridique VIH : Lincoln Alexander School of Law, Toronto; HIV & AIDS Legal Clinic Ontario, Toronto.

Procureurs de l’intervenante Barbra Schlifer Commemorative Clinic : Birenbaum Law, Toronto.

Solicitors for the intervener the West Coast Legal Education and Action Fund Association: Sugden, McFee & Roos, Vancouver; West Coast Legal Education and Action Fund Association, Vancouver.

Solicitors for the intervener the Women's Legal Education and Action Fund Inc.: Mahon & Company, Vancouver.

Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario): Daniel Brown Law, Toronto; Markson Law, Toronto.

Procureurs de l'intervenante West Coast Legal Education and Action Fund Association : Sugden, McFee & Roos, Vancouver; West Coast Legal Education and Action Fund Association, Vancouver.

Procureurs de l'intervenant le Fonds d'action et d'éducation juridique pour les femmes : Mahon & Company, Vancouver.

Procureurs de l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario) : Daniel Brown Law, Toronto; Markson Law, Toronto.

ISSN 0045-4230

If undelivered, return to:
Library
Supreme Court of Canada
Ottawa, Ontario
Canada K1A 0J1

En cas de non-livraison, retourner à :
Bibliothèque
Cour suprême du Canada
Ottawa (Ontario)
Canada K1A 0J1

Available from:
Library
Supreme Court of Canada
Ottawa, Ontario – Canada K1A 0J1
scr-rs@scs-csc.ca

En vente auprès de :
Bibliothèque
Cour suprême du Canada
Ottawa (Ontario) – Canada K1A 0J1
scr-rs@scs-csc.ca