Canada Supreme Court Reports

Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada

Part 1, 2022 Vol. 3

1er cahier, 2022 Vol. 3

Cited as [2022] 3 S.C.R. 3-346

Renvoi [2022] 3 R.C.S. 3-346

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 / Arrêtiste en chef
GENEVIÈVE DOMEY

Senior Counsel / Avocate-conseil
EMILY K. MOREAU

Legal Counsel / Conseillers juridiques

MARYAM ARZANI
AUDREY-ANNE BERGERON
LAURENCE CARON
VALERIE DESJARLAIS
BENJAMIN FLIGHT
ANNE DES ORMEAUX
ANDRÉ GOLDENBERG
LEE ANN GORMAN
LAUREN KOSHURBA
KAREN LEVASSEUR
JENNA-DAWN SHERVILL
IDA SMITH
JACQUELINE STENCEL
ANDREA SUURLAND
LESLI TAKAHASHI
CAMERON TAYLOR
DIANE THERRIEN
TRAVIS WEAGANT
CRAIG WILLIAMS

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

Jurilinguists / Jurilinguistes

DAVID AUBRY
STÉPHANIE-CLAUDE BOUCHARD
MARIE-CHRISTIANE BOUCHER
JULIE BOULANGER
LAURENCE ENDALE
LÉANDRE PELLETIER-PÉPIN
AUDRA POIRIER
MARIE RODRIGUE

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

Technical Revisors / Réviseurs techniques
MYRIAM DUMAIS-DESROSIERS
SAMUEL DUVAL
CHARLOTTE LAFONTAINE-DESPRÉS
RACHELLE RIOUX

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.

© Her Majesty the Queen in Right of Canada, 2022.

© Sa Majesté la Reine du Chef du Canada, 2022.

Canada
Supreme Court
Reports

Recueil des arrêts
de la Cour suprême
du Canada

Volume 3, 2022

3e volume, 2022

CONTENTS

R. *v.* Nahanee 3

Criminal law — Sentencing — Sentencing procedure — Guilty plea — Contested sentencing hearing — Judge imposing sentence that exceeded range proposed by Crown — Whether framework for departure from joint submissions following guilty plea applies to contested sentencing hearings following guilty plea — Whether sentencing judges required to give notice to parties and provide further opportunity for submissions if they intend to impose sentence in excess of range proposed by Crown.

R. *v.* Ndhlovu 52

Constitutional law — Charter of Rights — Right to liberty — Fundamental justice — Remedy — Section 490.012 of Criminal Code requiring mandatory registration on national sex offender registry of offenders found guilty of designated sexual offences — Section 490.013(2.1) of Criminal Code requiring lifetime registration for offenders convicted of more than one designated offence — Whether provisions infringe right to liberty of offenders — If so, whether infringement justified — Appropriate remedy if right to liberty unjustifiably infringed — Constitution Act, 1982, s. 52(1) — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7 — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 490.012, 490.013(2.1) — Sex Offender Information Registration Act, S.C. 2004, c. 10.

R. *v.* Sharma 147

Constitutional law — Charter of Rights — Right to equality — Discrimination based on race — Right to liberty — Fundamental justice — Sentencing — Aboriginal offenders — Conditional sentences — Aboriginal offender pleading guilty to importing cocaine and seeking conditional sentence — Offender challenging constitutionality of Criminal Code provisions making conditional sentences unavailable for certain serious offences and categories of serious offences — Sentencing judge holding conditional sentence unavailable for offender and dismissing Charter challenge — Court of Appeal striking down impugned provisions on basis that they are overbroad and discriminate against Aboriginal offenders — Whether unavailability of conditional sentence infringes offender's Charter-protected rights — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7,

Continued on next page

SOMMAIRE

R. *c.* Nahanee 3

Droit criminel — Détermination de la peine — Procédure de détermination de la peine — Plaidoyer de culpabilité — Audience de détermination de la peine contestée — Infliction par la juge d'une peine excédant la fourchette de peines proposée par la Couronne — Le cadre établi afin de décider s'il y a lieu de s'écarter de recommandations conjointes faisant suite à un plaidoyer de culpabilité s'applique-t-il aux audiences de détermination de la peine contestées faisant suite à un plaidoyer de culpabilité? — Les juges de la peine sont-ils tenus d'aviser les parties et de leur donner une possibilité de présenter des observations additionnelles s'ils entendent infliger une peine excédant la fourchette de peines proposée par la Couronne?

R. *c.* Ndhlovu 52

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à la liberté — Justice fondamentale — Réparation — Article 490.012 du Code criminel exigeant l'inscription obligatoire des délinquants déclarés coupables d'infractions sexuelles désignées au registre national des délinquants sexuels — Paragraphe 490.013(2.1) du Code criminel exigeant l'inscription à perpétuité des délinquants déclarés coupables de plus d'une infraction désignée — Les dispositions portent-elles atteinte au droit à la liberté des délinquants? — Dans l'affirmative, l'atteinte est-elle justifiée? — Réparation appropriée en cas d'atteinte injustifiée au droit à la liberté — Loi constitutionnelle de 1982, art. 52(1) — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7 — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 490.012, 490.013(2.1) — Loi sur l'enregistrement de renseignements sur les délinquants sexuels, L.C. 2004, c. 10.

R. *c.* Sharma 147

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à l'égalité — Discrimination fondée sur la race — Droit à la liberté — Justice fondamentale — Détermination de la peine — Délinquants autochtones — Emprisonnement avec sursis — Délinquante autochtone plaidant coupable à une accusation d'importation de cocaïne et réclamant une peine d'emprisonnement avec sursis — Contestation par la délinquante de la constitutionnalité des dispositions du Code criminel qui rendent l'emprisonnement avec sursis inaccessible pour certaines infractions et catégories d'infractions graves — Juge chargé de la détermination de la peine concluant que la délinquante ne peut pas obtenir un sursis à l'emprisonnement et rejetant la contestation fondée sur la Charte — Dispositions contestées invalidées par la Cour d'appel au motif qu'elles ont une portée excessive et sont

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

15(1) — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 718.2(e), 742.1(c), 742.1(e)(ii).

R. *v.* Doxtator..... 263

Criminal law — Charge to jury — Included offences — Accused and co-accused convicted of first degree murder by jury — Accused appealing conviction on basis that failure of trial judge to leave included offences with jury with respect to co-accused undermined his defence and tainted verdict — Majority of Court of Appeal holding that trial judge should have left included offences with jury in case of co-accused and that failure to do so narrowed jury instructions in case of accused and weakened his position — Majority setting aside conviction and ordering new trial — Dissenting judge finding that trial judge's error did not negatively impact accused's charge as trial judge told jury to consider each accused separately and to consider accused before co-accused — Conviction restored.

Peace River Hydro Partners *v.* Petrowest Corp. ... 265

Bankruptcy and insolvency — Court-ordered receivership — Enforceability of arbitration agreement — Receiver commencing civil action for payment of amounts allegedly owed to debtors under agreements that include mandatory arbitration clauses — Defendants seeking stay of proceedings of receiver's action under provincial arbitration legislation on basis that arbitration clauses govern dispute — Receiver opposing stay and arguing that court authorized to assert centralized judicial control over matter under federal bankruptcy and insolvency legislation — Whether receiver's action should be stayed — Bankruptcy and Insolvency Act, R.S.C. 1985, c. B-3, ss. 183(1), 243(1) — Arbitration Act, R.S.B.C. 1996, c. 55, s. 15.

SOMMAIRE (Fin)

discriminatoires à l'égard des délinquants autochtones — L'impossibilité d'obtenir un sursis à l'emprisonnement porte-t-elle atteinte aux droits de la délinquante protégés par la Charte? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 15(1) — Code criminel, LR.C. 1985, c. C-46, art. 718.2e), 742.1c), 742.1e)(ii).

R. *c.* Doxtator..... 263

Droit criminel — Exposé au jury — Infractions incluses — Accusé et coaccusée déclarés coupables par un jury de meurtre au premier degré — Appel formé par l'accusé contre la déclaration de culpabilité au motif que l'omission du juge du procès de laisser à l'appréciation du jury les infractions incluses dans le cas de la coaccusée ont miné sa défense et vicié le verdict — Conclusion des juges majoritaires de la Cour d'appel portant que le juge du procès aurait dû laisser les infractions incluses à l'appréciation du jury pour ce qui est de la coaccusée et que l'omission de le faire a restreint les directives données au jury dans le cas de l'accusé et affaibli sa position — Annulation par les juges majoritaires de la déclaration de culpabilité et nouveau procès ordonné — Conclusion du juge dissident portant que l'erreur du juge du procès n'a pas eu d'effet préjudiciable sur l'exposé concernant l'accusé étant donné que le juge du procès a dit au jury de considérer chaque accusé séparément et de juger l'accusé avant la coaccusée — Déclaration de culpabilité rétablie.

Peace River Hydro Partners *c.* Petrowest Corp. ... 265

Faillite et insolvabilité — Mise sous séquestre ordonnée par le tribunal — Caractère exécutoire d'une convention d'arbitrage — Action civile intentée par le séquestre à l'égard du paiement de sommes qui auraient été dues aux débitrices en vertu de conventions comportant des clauses d'arbitrage obligatoires — Défenderesses sollicitant, en vertu de la loi provinciale sur l'arbitrage, la suspension de l'action du séquestre au motif que les clauses d'arbitrage régissent le différend — Opposition à cette demande par le séquestre et argument invoqué par celui-ci selon lequel le tribunal est autorisé à exercer un contrôle judiciaire centralisé sur l'affaire en vertu de la loi fédérale sur la faillite et l'insolvabilité — Y a-t-il lieu de suspendre l'action du séquestre? — Loi sur la faillite et l'insolvabilité, L.R.C. 1985, c. B-3, art. 183(1), 243(1) — Arbitration Act, R.S.B.C. 1996, c. 55, art. 15.

Kerry Alexander Nahanee *Appellant*

v.

His Majesty The King *Respondent*

and

Director of Public Prosecutions, Attorney General of Ontario, Attorney General of Alberta, Criminal Lawyers' Association (Ontario), Trial Lawyers Association of British Columbia, Saskatchewan Trial Lawyers Association Inc., Canadian Council of Criminal Defence Lawyers, Criminal Defence Lawyers Association of Manitoba and Independent Criminal Defence Advocacy Society *Interveners*

Indexed as: R. *v.* Nahanee

2022 SCC 37

File No.: 39599.

2022: March 16; 2022: October 27.

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 — Sentencing — Sentencing procedure — Guilty plea — Contested sentencing hearing — Judge imposing sentence that exceeded range proposed by Crown — Whether framework for departure from joint submissions following guilty plea applies to contested sentencing hearings following guilty plea — Whether sentencing judge required to give notice to parties and provide further opportunity for submissions if they intend to impose sentence in excess of range proposed by Crown.

Kerry Alexander Nahanee *Appelant*

c.

Sa Majesté le Roi *Intimé*

et

Directrice des poursuites pénales, procureur général de l'Ontario, procureur général de l'Alberta, Criminal Lawyers' Association (Ontario), Trial Lawyers Association of British Columbia, Saskatchewan Trial Lawyers Association Inc., Conseil canadien des avocats de la défense, Criminal Defence Lawyers Association of Manitoba et Independent Criminal Defence Advocacy Society *Intervenants*

Répertorié : R. *c.* Nahanee

2022 CSC 37

N° du greffe : 39599.

2022 : 16 mars; 2022 : 27 octobre.

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 — Détermination de la peine — Procédure de détermination de la peine — Plaidoyer de culpabilité — Audience de détermination de la peine contestée — Infliction par la juge d'une peine excédant la fourchette de peines proposée par la Couronne — Le cadre établi afin de décider s'il y a lieu de s'écarter de recommandations conjointes faisant suite à un plaidoyer de culpabilité s'applique-t-il aux audiences de détermination de la peine contestées faisant suite à un plaidoyer de culpabilité? — Les juges de la peine sont-ils tenus d'aviser les parties et de leur donner une possibilité de présenter des observations additionnelles s'ils entendent infliger une peine excédant la fourchette de peines proposée par la Couronne?

At age 19, N began sexually assaulting his 13-year-old niece shortly after she moved in with him and his parents. The assaults continued on a frequent basis over a five-year timeframe. At age 27, N sexually assaulted another niece, who was 15 years old, when she stayed overnight at the home N shared with his parents. N pleaded guilty to two counts of sexual assault. At the sentencing hearing, the Crown sought a global sentence of four to six years, while N sought a global sentence of three to three and a half years. The sentencing judge imposed a global sentence of eight years. N appealed, submitting, among other grounds, that the sentencing judge erred by failing to alert counsel that she planned to impose a sentence in excess of that sought by Crown counsel. The Court of Appeal dismissed N's appeal.

Held (Karakatsanis and Côté JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per Wagner C.J. and Moldaver, Brown, Rowe, Martin, Kasirer and Jamal JJ.: The public interest test adopted in *R. v. Anthony-Cook*, 2016 SCC 43, [2016] 2 S.C.R. 204, which instructs judges not to depart from a joint sentencing submission unless the proposed sentence would bring the administration of justice into disrepute or is otherwise contrary to the public interest, must remain confined to joint submissions. It does not, and should not, apply to contested sentencing hearings following a guilty plea. However, if the sentencing judge presiding over a contested sentencing hearing is of a mind to impose a harsher sentence than what the Crown has proposed, they should notify the parties and give them an opportunity to make further submissions, failing which they run the risk of having the harsher sentence overturned on appeal.

The public interest test set out in *Anthony-Cook* exists to protect a specific agreed-upon sentence proposed by the Crown and the defence to a judge in exchange for an accused's guilty plea. Its stringency is designed to protect the unique benefits that flow from joint submissions. Unlike joint submissions, contested sentencings following a guilty plea do not offer, to the same degree, the benefits that *Anthony-Cook* sought to protect: certainty and efficiency. Contested sentencing hearings are characterized by a lack of agreement on a specific sentence, and therefore cannot offer the same degree of certainty as joint submissions. In addition, contested sentencing hearings are significantly

À l'âge de 19 ans, N a commencé à agresser sexuellement sa nièce de 13 ans peu après qu'elle eut emménagé chez lui et ses parents. Les agressions ont continué à survenir fréquemment au cours d'une période de cinq ans. Alors qu'il était âgé de 27 ans, N a agressé sexuellement une autre de ses nièces, qui avait 15 ans, lorsque cette dernière passait la nuit dans la maison où N habitait avec ses parents. N a plaidé coupable relativement à deux chefs d'agression sexuelle. À l'audience de détermination de la peine, la Couronne a réclamé une peine globale de quatre à six ans d'emprisonnement, tandis que N a réclamé une peine globale de trois à trois ans et demi d'emprisonnement. La juge de la peine a infligé une peine globale de huit ans d'emprisonnement. N a interjeté appel, faisant valoir notamment que la juge de la peine avait fait erreur en omettant d'aviser les avocats qu'elle projetait d'infliger une peine supérieure à celle réclamée par le procureur de la Couronne. La Cour d'appel a rejeté l'appel formé par N.

Arrêt (les juges Karakatsanis et Côté sont dissidentes) : Le pourvoi est rejeté.

Le juge en chef Wagner et les juges Moldaver, Brown, Rowe, Martin, Kasirer et Jamal : Le critère de l'intérêt public adopté dans l'arrêt *R. c. Anthony-Cook*, 2016 CSC 43, [2016] 2 R.C.S. 204, qui donne aux juges instruction de ne pas s'écarter d'une recommandation conjointe quant à la peine à moins que la peine proposée ne soit susceptible de déconsidérer l'administration de la justice ou ne soit d'une autre façon contraire à l'intérêt public, doit demeurer restreint aux recommandations conjointes. Il ne s'applique pas, et ne devrait pas s'appliquer, aux audiences de détermination de la peine contestées faisant suite à un plaidoyer de culpabilité. Cependant, si le juge de la peine présidant une audience de détermination de la peine contestée est d'avis d'infliger une peine plus sévère que celle proposée par la Couronne, il doit en aviser les parties et leur donner la possibilité de présenter des observations additionnelles, à défaut de quoi le juge court le risque de voir cette peine plus sévère être infirmée en appel.

Le critère de l'intérêt public énoncé dans l'arrêt *Anthony-Cook* s'applique afin de protéger une peine précise dont ont convenu la Couronne et la défense en échange du plaidoyer de culpabilité de l'accusé et qu'elles proposent à un juge. La rigueur de ce critère vise à protéger les avantages particuliers découlant des recommandations conjointes. Contrairement à de telles recommandations, les audiences de détermination de la peine contestées faisant suite à un plaidoyer de culpabilité n'offrent pas, au même degré, les avantages que l'arrêt *Anthony-Cook* visait à protéger : la certitude et l'efficacité. Les audiences de détermination de la peine contestées se caractérisent par une absence

less efficient than joint submissions. Although both save the justice system and its participants the time, stress, and cost of a trial, a contested sentencing requires the parties to prepare for and provide comprehensive submissions at a sentencing hearing.

If the public interest test applied to both joint submissions and contested sentencing hearings following a guilty plea, joint submissions would lose much of their attraction. They would no longer offer an unparalleled certainty as to the length of the accused's sentence, since contested sentencing hearings would offer a similar certainty. In addition, contested sentencing hearings would offer an added benefit to the accused that joint submissions would not: the possibility of a lower sentence. If joint submissions were frequently replaced with contested sentencing hearings, this would result in more lengthy and time-consuming sentencing hearings, thereby placing an even greater strain on a justice system that is already overburdened. Furthermore, if the public interest test applied to contested sentencing hearings, the sentencing judge's role to craft fit sentences that are proportionate to the gravity of the offence and the offender's degree of responsibility would be partially usurped and offloaded onto the Crown. The sentencing judge's discretion would be limited, as the lengths of sentences would be effectively capped at the Crown's proposed upper range.

Sentencing judges presiding over contested sentencing hearings are required to notify parties and provide an opportunity for further submissions if they plan to impose a harsher sentence than what the Crown has proposed. A sentencing judge should let the parties know as soon as possible if they are concerned that the Crown's proposed sentence is, or may be, too lenient and they are contemplating exceeding it. Adequate notice does not require the judge to set out in detail what it is that they find troublesome with the Crown's proposed sentence; they should, however, do so whenever possible. It is enough for a judge to advise the parties that, in their view, the sentence proposed by the Crown appears too lenient, having regard to the seriousness of the offence and/or the degree of responsibility of the

d'accord sur une peine précise, et elles ne peuvent donc pas offrir le même degré de certitude que les recommandations conjointes. De plus, les audiences de détermination de la peine contestées sont beaucoup moins efficaces que les recommandations conjointes. Bien que les deux fassent épargner au système de justice et à ses participants le temps, le stress et les coûts d'un procès, une audience de détermination de la peine contestée oblige les parties à se préparer pour celle-ci et à y présenter des observations exhaustives.

Si le critère de l'intérêt public s'appliquait tant aux recommandations conjointes qu'aux audiences de détermination de la peine contestées faisant suite à un plaidoyer de culpabilité, les recommandations conjointes perdraient beaucoup de leur attrait. Elles n'offriraient plus une certitude sans pareil en ce qui concerne la durée de la peine de l'accusé, puisqu'une audience de détermination de la peine contestée procurerait une certitude similaire. En outre, les audiences de détermination de la peine contestées offriraient à l'accusé un avantage supplémentaire que ne comportent pas les recommandations conjointes : la possibilité d'une peine plus clémente. Si les recommandations conjointes étaient fréquemment remplacées par des audiences de détermination de la peine contestées, cela donnerait lieu à des audiences de détermination de la peine plus longues et chronophages, ce qui accentuerait encore davantage la pression sur un système de justice déjà surchargé. De surcroît, si le critère de l'intérêt public s'appliquait aux audiences de détermination de la peine contestées, le rôle qui incombe aux juges de la peine de façonner des peines proportionnelles à la gravité de l'infraction et au degré de responsabilité du délinquant serait en partie usurpé et transféré à la Couronne. Le pouvoir discrétionnaire du juge de la peine serait limité, car la durée des peines serait dans les faits plafonnée à l'extrémité supérieure de la fourchette de peines proposée par la Couronne.

Les juges présidant des audiences de détermination de la peine contestées sont tenus d'aviser les parties et de leur donner la possibilité de présenter des observations additionnelles s'ils projettent d'infliger une peine plus sévère que celle proposée par la Couronne. Le juge de la peine devrait indiquer le plus tôt possible aux parties qu'il est préoccupé du caractère trop clément ou possiblement trop clément de la peine proposée par la Couronne, et qu'il envisage d'infliger une peine plus sévère. Pour qu'un avis soit suffisant, il n'est pas nécessaire que le juge expose en détail en quoi la peine proposée par la Couronne le préoccupe; il devrait cependant le faire chaque fois que c'est possible. Il suffit que le juge avise les parties que, selon lui, la peine proposée par la Couronne paraît trop

accused. The opportunity for further submissions should not be relied on by the parties as a chance to pull a rabbit out of the hat; it is critical that both the Crown and the accused initially provide as much relevant information as possible in support of their respective positions. Additional submissions, they should respond to the concerns raised by the sentencing judge, including matters that the parties considered irrelevant or simply overlooked in their initial submissions.

The sentencing judge's failure to provide notice and the opportunity for further submissions is not a breach of procedural fairness but an error in principle that will only justify appellate intervention where it appears from the judge's decision that such an error had an impact on the sentence. In these circumstances, the appellant must demonstrate that there was information that they could have provided, if given the opportunity to do so, and it must appear to the appellate court that this information would have impacted the sentence. In assessing impact, the focus should be on whether the missing information is material to the sentence at issue. Appellate intervention is also warranted where the sentencing judge failed to provide reasons, or provided unclear or insufficient reasons, for imposing the harsher sentence. Lastly, an appellate court may intervene if the sentencing judge relied on flawed or unsupportable reasoning for imposing the harsher sentence, such as the erroneous consideration of an aggravating factor or misapprehension of relevant authorities.

In the instant case, although the sentencing judge failed to provide notice that she was planning to exceed the Crown range and to provide an opportunity for further submissions, there was no impact on the sentence. N has not demonstrated that he had information to provide to the sentencing judge that would have impacted his sentence. The sentencing judge provided adequate reasons for why she exceeded the Crown range and her reasons for exceeding the Crown range, when read as a whole, were not erroneous. Furthermore, the eight-year sentence was not demonstrably unfit.

Per Karakatsanis and Côté JJ. (dissenting): There is agreement with the majority that the public interest test from *Anthony-Cook* is reserved for joint submissions. There

clémente, eu égard à la gravité de l'infraction et/ou au degré de responsabilité de l'accusé. La possibilité de présenter des observations additionnelles ne devrait pas être utilisée par une partie pour sortir un lapin de son chapeau; il est essentiel que la Couronne et l'accusé fournissent au départ le plus de renseignements pertinents possible au soutien de leurs positions respectives. Pour ce qui est des observations additionnelles, elles devraient répondre aux préoccupations soulevées par le juge de la peine, y compris celles que les parties n'ont pas considérées comme pertinentes ou ont tout simplement négligées dans leurs observations initiales.

L'omission du juge de la peine de donner un avis et la possibilité de présenter des observations additionnelles ne constitue pas un manquement à l'équité procédurale, mais plutôt une erreur de principe qui ne justifie l'intervention d'une cour d'appel que lorsqu'il appert du jugement de première instance qu'une telle erreur a eu une incidence sur la détermination de la peine. Dans de telles circonstances, l'appelant doit démontrer l'existence de renseignements qu'il aurait pu fournir si on lui avait donné la possibilité de le faire, et la cour d'appel doit estimer que ces renseignements auraient eu une incidence sur la peine. Dans l'appréciation de l'incidence, l'accent doit porter sur la question de savoir si les renseignements manquants sont importants à l'égard de la peine en litige. Une intervention en appel est également justifiée dans les cas où le juge de la peine n'a pas exposé de motifs, ou a exposé des motifs vagues ou insuffisants, au soutien de sa décision d'infliger la peine plus sévère. Enfin, la cour d'appel peut intervenir si le juge s'est fondé sur un raisonnement déficient ou indéfendable pour infliger la peine plus sévère, par exemple en considérant erronément un facteur aggravant ou en interprétant mal des autorités pertinentes.

En l'espèce, bien que la juge de la peine n'ait pas avisé les parties qu'elle projetait d'excéder la fourchette de peines proposée par la Couronne et ne leur ait pas donné la possibilité de présenter des observations additionnelles, cela n'a eu aucune incidence sur la peine. N n'a pas démontré qu'il disposait de renseignements qui auraient pu être fournis à la juge de la peine et qui auraient eu une incidence sur sa peine. La juge a exposé des motifs suffisants pour justifier sa décision d'excéder la fourchette de peines proposée par la Couronne et, considérés dans leur ensemble, les motifs pour lesquels la juge de la peine a excédé la fourchette de peines proposée par la Couronne n'étaient pas erronés. En outre, la peine de huit ans d'emprisonnement n'était pas manifestement non indiquée.

Les juges Karakatsanis et Côté (dissidentes) : Il y a accord avec les juges majoritaires pour dire que le critère de l'intérêt public tiré de l'arrêt *R. c. Anthony-Cook* est

is further agreement that a sentencing judge considering a harsher sentence than that proposed by the Crown is required to advise the parties and invite further submissions. The disagreement with the majority lies with the question of remedy when a judge fails to follow this procedure.

At a contested sentencing hearing where a sentencing judge is planning to impose a harsher sentence than that proposed by the Crown, the failure to advise counsel or invite further submissions is a breach of procedural fairness because it denies the parties adequate notice of the case to meet and the right to be heard. The flawed procedure impacts the parties' ability to make meaningful submissions, which might have addressed the judge's concerns. This creates a heightened risk that the judge will impose a sentence without all of the relevant information that might have been provided. If the parties knew the judge was considering a harsher sentence than proposed by the Crown, either party could seek to provide further information, evidence or argument to address the judge's concerns, or provide additional authorities not previously brought to the judge's attention. Given the adversarial nature of sentencing proceedings, it is unrealistic to expect that the parties will initially adduce all potentially relevant information. If counsel were expected to adduce all relevant information, in an effort to pre-empt every potential concern of the sentencing judge, this would result in more lengthy and time-consuming sentencing hearings, thereby placing an even greater strain on the justice system.

Procedural fairness is an independent right. It is neither appropriate nor helpful to try to fit the analysis of procedural unfairness into the framework for appellate intervention set out in *R. v. Lacasse*, 2015 SCC 64, [2015] 3 S.C.R. 1089, and *R. v. Friesen*, 2020 SCC 9, [2020] 1 S.C.R. 424. The decisions in *Lacasse* and *Friesen* do not detract from the Court's longstanding recognition that procedural unfairness is an independent basis for reviewing decisions affecting an individual's rights and interests. The inquiry into procedural fairness is distinct from the inquiry into whether a sentence is unfit or whether there has been an error in principle that impacted the sentence. Procedural fairness asks whether the sentence arrived at was the product of a fair procedure. A breach of procedural fairness impacts the right to a fair hearing and confidence in the process,

réservé aux recommandations conjointes. Il y a également accord sur le fait que le juge de la peine qui envisage d'infliger une peine plus sévère que celle proposée par la Couronne doit en aviser les parties et les inviter à présenter des observations additionnelles. Le désaccord avec les juges majoritaires porte sur la question de la réparation à accorder lorsque le juge ne suit pas cette procédure.

Lors d'une audience de détermination de la peine contestée dans laquelle le juge projette de s'écarter des observations des parties et d'infliger une peine plus sévère que celle proposée par la Couronne, l'omission du juge d'aviser les avocats ou de les inviter à présenter des observations additionnelles à cet égard constitue un manquement à l'équité procédurale, parce qu'elle prive les parties d'un avis adéquat de la preuve à réfuter et du droit d'être entendues. Une telle procédure déficiente influe sur la capacité des parties de présenter des observations utiles, qui pourraient répondre aux préoccupations du juge. Il s'ensuit un risque accru que le juge inflige une peine sans disposer de tous les renseignements pertinents qui auraient pu lui être fournis. Si les parties savent que le juge envisage d'infliger une peine plus sévère que celle proposée par la Couronne, l'une ou l'autre partie pourrait demander à fournir des renseignements, éléments de preuve ou arguments supplémentaires pour répondre aux préoccupations du juge, ou lui présenter des autorités additionnelles qui n'ont pas été portées à son attention auparavant. Vu la nature contradictoire des procédures de détermination de la peine, il est irréaliste de s'attendre à ce que les parties présentent au départ toute l'information potentiellement pertinente. Si l'on exigeait des avocats qu'ils produisent toute l'information pertinente en vue de prévoir toute préoccupation potentielle du juge de la peine, cela se traduirait par des audiences de détermination de la peine plus longues et chronophages, ce qui accroîtrait davantage la pression sur le système de justice.

L'équité procédurale constitue un droit distinct. Il n'est ni indiqué ni utile d'essayer d'intégrer l'analyse de l'iniquité procédurale au cadre d'intervention en appel établi dans les arrêts *R. c. Lacasse*, 2015 CSC 64, [2015] 3 R.C.S. 1089, et *R. c. Friesen*, 2020 CSC 9, [2020] 1 R.C.S. 424. Les décisions rendues dans ces affaires n'ont pas pour effet d'atténuer la reconnaissance de longue date par notre Cour du fait que l'iniquité procédurale constitue un motif distinct de révision des décisions qui affectent les droits et intérêts d'un particulier. L'analyse de l'équité procédurale se distingue de celle de la question de savoir si une peine n'est pas indiquée ou si une erreur de principe a eu une incidence sur la peine. L'analyse de l'équité procédurale consiste à se demander si la peine qui a été infligée est le résultat d'une procédure équitable. Un manquement

regardless of whether or not the result is consistent with the purposes, principles and objectives of sentencing.

Where a sentencing judge imposes a harsher sentence than the Crown proposes without providing notice or inviting further submissions, the breach of procedural fairness may impact the sentence precisely because it is not possible to say whether further submissions would have impacted the sentence. In these circumstances, it is necessary to set the decision aside and conduct the sentencing afresh in order to restore fairness and the appearance of fairness to the proceedings. Thus, it is not necessary for the accused to demonstrate that the breach of procedural fairness caused actual prejudice. Where a court of appeal determines that there has been a breach of procedural fairness requiring the sentencing decision to be set aside, it must perform its own sentencing analysis without deference to the decision of first instance. Irrespective of the outcome of sentencing afresh, it is essential that fairness and the appearance of fairness have been restored.

In the instant case, there was a breach of the duty of procedural fairness that requires the sentencing decision to be set aside. The sentencing judge imposed a harsher sentence than that proposed by the Crown without providing the requisite notice or opportunity for further submissions. Even accepting that N might not have put forward substantively new information in response to an invitation for further submissions, he would have nevertheless been able to make further submissions tailored to the sentencing judge's concerns. Additionally, it is not known how the Crown would have responded to support its recommendation or how this could have addressed the sentencing judge's concerns. The appeal should be allowed and the matter referred back to the Court of Appeal to perform its own sentencing analysis to determine a fit sentence.

Cases Cited

By Moldaver J.

Distinguished: *R. v. Anthony-Cook*, 2016 SCC 43, [2016] 2 S.C.R. 204; **referred to:** *R. v. R.R.B.*, 2013 BCCA 224, 338 B.C.A.C. 106; *R. v. Blake-Samuels*, 2021 ONCA 77, 69 C.R. (7th) 274; *R. v. Jacobson*, 2019 NWTSC 9, [2019] 5 W.W.R. 172; *R. v. Scott*, 2016 NLCA 16, 376 Nfld. & P.E.I.R. 167; *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309; *R. v. Wong*,

à l'équité procédurale a une incidence sur le droit à une audience équitable et sur la confiance dans le processus, indépendamment du fait que le résultat soit conforme ou non à l'objet, aux principes et aux objectifs de la détermination de la peine.

Dans les cas où un juge inflige une peine plus sévère que celle proposée par la Couronne sans avoir avisé les parties ou les avoir invitées à présenter des observations additionnelles, ce manquement à l'équité procédurale peut avoir une incidence sur la peine précisément parce qu'il est impossible de dire si ces observations auraient eu une incidence sur la peine. Dans de telles circonstances, il est nécessaire d'annuler la décision et de déterminer à nouveau la peine afin de rétablir l'équité et l'apparence d'équité de la procédure. Il n'est donc pas nécessaire que l'accusé démontre que le manquement à l'équité procédurale a causé un préjudice concret. Dans les cas où la cour d'appel juge qu'il y a eu un manquement à l'équité procédurale requérant l'annulation de la décision sur la peine, elle doit procéder à sa propre analyse de détermination de la peine sans faire montre de déférence envers la décision rendue en première instance. Peu importe l'issue de la nouvelle détermination de la peine, il est essentiel que l'équité et l'apparence d'équité aient été rétablies.

Dans la présente affaire, il y a eu un manquement à l'obligation d'équité procédurale qui requiert l'annulation de la décision sur la peine. La juge a infligé une peine plus sévère que celle proposée par la Couronne sans donner aux parties l'avis requis ou la possibilité nécessaire de présenter des observations additionnelles. Même en supposant que N n'aurait peut-être pas fourni de nouveaux renseignements substantiels en réponse à une invitation de présenter des observations additionnelles, il aurait néanmoins été en mesure de formuler des observations adaptées aux préoccupations de la juge de la peine. En outre, on ne sait pas comment la Couronne aurait répondu afin de soutenir sa recommandation ou de quelle manière sa recommandation aurait pu satisfaire aux préoccupations de la juge. Le pourvoi devrait être accueilli et l'affaire renvoyée à la Cour d'appel pour qu'elle procède à sa propre analyse en vue de déterminer une peine indiquée.

Jurisprudence

Citée par le juge Moldaver

Distinction d'avec l'arrêt : *R. c. Anthony-Cook*, 2016 CSC 43, [2016] 2 R.C.S. 204; **arrêts mentionnés :** *R. c. R.R.B.*, 2013 BCCA 224, 338 B.C.A.C. 106; *R. c. Blake-Samuels*, 2021 ONCA 77, 69 C.R. (7th) 274; *R. c. Jacobson*, 2019 NWTSC 9, [2019] 5 W.W.R. 172; *R. c. Scott*, 2016 NLCA 16, 376 Nfld. & P.E.I.R. 167; *R. c.*

2018 SCC 25, [2018] 1 S.C.R. 696; *R. v. Shyback*, 2018 ABCA 331, 366 C.C.C. (3d) 197; *R. v. Lacasse*, 2015 SCC 64, [2015] 3 S.C.R. 1089, *R. v. Friesen*, 2020 SCC 9, [2020] 1 S.C.R. 424; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817; *Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2007 SCC 9, [2007] 1 S.C.R. 350; *R. v. Rodgers*, 2006 SCC 15, [2006] 1 S.C.R. 554; *Ruby v. Canada (Solicitor General)*, 2002 SCC 75, [2002] 4 S.C.R. 3; *A. (L.L.) v. B. (A.)*, [1995] 4 S.C.R. 536; *Cardinal v. Director of Kent Institution*, [1985] 2 S.C.R. 643; *R. v. McDonald*, 2018 ONCA 369, 360 C.C.C. (3d) 494; *R. v. Sidhu*, 2022 ABCA 66, 411 C.C.C. (3d) 329; *R. v. Mohiadin*, 2021 ONCA 122; *R. v. Sheppard*, 2002 SCC 26, [2002] 1 S.C.R. 869.

By Karakatsanis J. (dissenting)

R. v. Anthony-Cook, 2016 SCC 43, [2016] 2 S.C.R. 204; *R. v. Lacasse*, 2015 SCC 64, [2015] 3 S.C.R. 1089; *R. v. Friesen*, 2020 SCC 9, [2020] 1 S.C.R. 424; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Harkat*, 2014 SCC 37, [2014] 2 S.C.R. 33; *R. v. S. (R.D.)*, [1997] 3 S.C.R. 484; *A. (L.L.) v. B. (A.)*, [1995] 4 S.C.R. 536; *Lowry and Lepper v. The Queen*, [1974] S.C.R. 195; *R. v. Rodgers*, 2006 SCC 15, [2006] 1 S.C.R. 554; *R. v. Zinck*, 2003 SCC 6, [2003] 1 S.C.R. 41; *Supermarchés Jean Labrecque Inc. v. Flamand*, [1987] 2 S.C.R. 219; *R. v. Mian*, 2014 SCC 54, [2014] 2 S.C.R. 689; *R. v. Blake-Samuels*, 2021 ONCA 77, 69 C.R. (7th) 274; *R. v. Huon*, 2010 BCCA 143; *R. v. G.W.C.*, 2000 ABCA 333, 277 A.R. 20; *R. v. Scott*, 2016 NLCA 16, 376 Nfld. & P.E.I.R. 167; *Sable Offshore Energy Inc. v. Ameron International Corp.*, 2013 SCC 37, [2013] 2 S.C.R. 623; *Rush & Tompkins Ltd. v. Greater London Council*, [1988] 3 All E.R. 737; *R. v. Delchev*, 2015 ONCA 381, 126 O.R. (3d) 267; *R. v. Burback*, 2012 ABCA 30, 522 A.R. 352; *R. v. Ehaloak*, 2017 NUCA 4; *R. v. Parranto*, 2021 SCC 46, [2021] 3 S.C.R. 366; *R. v. M. (C.A.)*, [1996] 1 S.C.R. 500; *R. v. Walker*, 2019 ONCA 765, 381 C.C.C. (3d) 259; *Cardinal v. Director of Kent Institution*, [1985] 2 S.C.R. 643; *R. v. Tran*, [1994] 2 S.C.R. 951; *R. v. Curragh Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 537; *Newfoundland Telephone Co. v. Newfoundland (Board of Commissioners of Public Utilities)*, [1992] 1 S.C.R. 623; *Kane v. Board of Governors (University of British Columbia)*, [1980] 1 S.C.R. 1105; *Mobil Oil Canada Ltd. v. Canada-Newfoundland Offshore Petroleum Board*, [1994] 1 S.C.R. 202; *R. v. Papadopoulos* (2005), 196 O.A.C. 335; *Drapeau v. R.*, 2020 QCCA 796; *R. v. Sipos*, 2014 SCC 47, [2014] 2 S.C.R. 423.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 718.1, 718.2(a)(ii), (a)(ii.1), (a)(iii), (a)(iii.1), 718.3(1).

Lyons, [1987] 2 R.C.S. 309; *R. c. Wong*, 2018 CSC 25, [2018] 1 R.C.S. 696; *R. c. Shyback*, 2018 ABCA 331, 366 C.C.C. (3d) 197; *R. c. Lacasse*, 2015 CSC 64, [2015] 3 R.C.S. 1089; *R. c. Friesen*, 2020 CSC 9, [2020] 1 R.C.S. 424; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817; *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CSC 9, [2007] 1 R.C.S. 350; *R. c. Rodgers*, 2006 CSC 15, [2006] 1 R.C.S. 554; *Ruby c. Canada (Solliciteur général)*, 2002 CSC 75, [2002] 4 R.C.S. 3; *A. (L.L.) c. B. (A.)*, [1995] 4 R.C.S. 536; *Cardinal c. Directeur de l'Établissement Kent*, [1985] 2 R.C.S. 643; *R. c. McDonald*, 2018 ONCA 369, 360 C.C.C. (3d) 494; *R. c. Sidhu*, 2022 ABCA 66, 411 C.C.C. (3d) 329; *R. c. Mohiadin*, 2021 ONCA 122; *R. c. Sheppard*, 2002 CSC 26, [2002] 1 R.C.S. 869.

Citée par la juge Karakatsanis (dissidente)

R. c. Anthony-Cook, 2016 CSC 43, [2016] 2 R.C.S. 204; *R. c. Lacasse*, 2015 CSC 64, [2015] 3 R.C.S. 1089; *R. c. Friesen*, 2020 CSC 9, [2020] 1 R.C.S. 424; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Harkat*, 2014 CSC 37, [2014] 2 R.C.S. 33; *R. c. S. (R.D.)*, [1997] 3 R.C.S. 484; *A. (L.L.) c. B. (A.)*, [1995] 4 R.C.S. 536; *Lowry et Lepper c. La Reine*, [1974] R.C.S. 195; *R. c. Rodgers*, 2006 CSC 15, [2006] 1 R.C.S. 554; *R. c. Zinck*, 2003 CSC 6, [2003] 1 R.C.S. 41; *Supermarchés Jean Labrecque Inc. c. Flamand*, [1987] 2 R.C.S. 219; *R. c. Mian*, 2014 CSC 54, [2014] 2 R.C.S. 689; *R. c. Blake-Samuels*, 2021 ONCA 77, 69 C.R. (7th) 274; *R. c. Huon*, 2010 BCCA 143; *R. c. G.W.C.*, 2000 ABCA 333, 277 A.R. 20; *R. c. Scott*, 2016 NLCA 16, 376 Nfld. & P.E.I.R. 167; *Sable Offshore Energy Inc. c. Ameron International Corp.*, 2013 CSC 37, [2013] 2 R.C.S. 623; *Rush & Tompkins Ltd. c. Greater London Council*, [1988] 3 All E.R. 737; *R. c. Delchev*, 2015 ONCA 381, 126 O.R. (3d) 267; *R. c. Burback*, 2012 ABCA 30, 522 A.R. 352; *R. c. Ehaloak*, 2017 NUCA 4; *R. c. Parranto*, 2021 CSC 46, [2021] 3 R.C.S. 366; *R. c. M. (C.A.)*, [1996] 1 R.C.S. 500; *R. c. Walker*, 2019 ONCA 765, 381 C.C.C. (3d) 259; *Cardinal c. Directeur de l'Établissement Kent*, [1985] 2 R.C.S. 643; *R. c. Tran*, [1994] 2 R.C.S. 951; *R. c. Curragh Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 537; *Newfoundland Telephone Co. c. Terre-Neuve (Board of Commissioners of Public Utilities)*, [1992] 1 R.C.S. 623; *Kane c. Conseil d'administration (Université de la Colombie-Britannique)*, [1980] 1 R.C.S. 1105; *Mobil Oil Canada Ltd. c. Office Canada-Terre-Neuve des hydrocarbures extracôtiers*, [1994] 1 R.C.S. 202; *R. c. Papadopoulos* (2005), 196 O.A.C. 335; *Drapeau c. R.*, 2020 QCCA 796; *R. c. Sipos*, 2014 CSC 47, [2014] 2 R.C.S. 423.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 718.1, 718.2(a)(ii), (a)(ii.1), (a)(iii), (a)(iii.1), 718.3(1).

Authors Cited

Ruby, Clayton C. *Sentencing*, 10th ed. Toronto: LexisNexis, 2020.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Willcock, Fenlon and Griffin JJ.A.), 2021 BCCA 13, 69 C.R. (7th) 246, [2021] B.C.J. No. 47 (QL), 2021 CarswellBC 72 (WL), affirming a decision of Smith Prov. Ct. J., 2020 BCPC 41, [2020] B.C.J. No. 403 (QL), 2020 CarswellBC 625 (WL). Appeal dismissed, Karakatsanis and Côté JJ. dissenting.

Hollis A. Lucky, *Michael Sobkin* and *James A. Nadel*, for the appellant.

Matthew G. Scott and *Mila Shah*, for the respondent.

John Walker and *Jessica Lawn*, for the intervener the Director of Public Prosecutions.

Jennifer Epstein and *Katherine Beaudoin*, for the intervener the Attorney General of Ontario.

Rajbir Dhillon, for the intervener the Attorney General of Alberta.

R. Craig Bottomley and *Arash Ghiassi*, for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario).

Rebecca A. McConchie and *Elsa Wyllie*, for the intervener the Trial Lawyers Association of British Columbia.

Evan J. Roitenberg and *Thomas Hynes*, for the interveners the Saskatchewan Trial Lawyers Association Inc. and the Canadian Council of Criminal Defence Lawyers.

David Ireland and *Andrew Synyshyn*, for the intervener the Criminal Defence Lawyers Association of Manitoba.

Tony C. Paisana and *Kate Oja*, for the intervener the Independent Criminal Defence Advocacy Society.

Doctrine et autres documents cités

Ruby, Clayton C. *Sentencing*, 10th ed., Toronto, LexisNexis, 2020.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (les juges Willcock, Fenlon et Griffin), 2021 BCCA 13, 69 C.R. (7th) 246, [2021] B.C.J. No. 47 (QL), 2021 CarswellBC 72 (WL), qui a confirmé une décision de la juge Smith, 2020 BCPC 41, [2020] B.C.J. No. 403 (QL), 2020 CarswellBC 625 (WL). Pourvoi rejeté, les juges Karakatsanis et Côté sont dissidentes.

Hollis A. Lucky, *Michael Sobkin* et *James A. Nadel*, pour l'appelant.

Matthew G. Scott et *Mila Shah*, pour l'intimé.

John Walker et *Jessica Lawn*, pour l'intervenante la Directrice des poursuites pénales.

Jennifer Epstein et *Katherine Beaudoin*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Rajbir Dhillon, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

R. Craig Bottomley et *Arash Ghiassi*, pour l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario).

Rebecca A. McConchie et *Elsa Wyllie*, pour l'intervenante Trial Lawyers Association of British Columbia.

Evan J. Roitenberg et *Thomas Hynes*, pour les intervenants Saskatchewan Trial Lawyers Association Inc. et le Conseil canadien des avocats de la défense.

David Ireland et *Andrew Synyshyn*, pour l'intervenante Criminal Defence Lawyers Association of Manitoba.

Tony C. Paisana et *Kate Oja*, pour l'intervenante Independent Criminal Defence Advocacy Society.

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

MOLDAVER J. —

I. Introduction

[1] Where the Crown and the defence propose a specific agreed-upon sentence to a judge in exchange for an accused's guilty plea, a stringent test, known as the "public interest" test, exists to protect that submission. The test, adopted by this Court in *R. v. Anthony-Cook*, 2016 SCC 43, [2016] 2 S.C.R. 204, instructs judges not to depart from a joint submission unless the proposed sentence would bring the administration of justice into disrepute, or is otherwise contrary to the public interest. Sentencing judges must not reject a joint submission lightly. They should only do so where the proposed sentence would be viewed by reasonable and informed persons as a breakdown in the proper functioning of the justice system.

[2] The stringency of this test is designed to protect the unique benefits that flow from joint submissions. It provides the parties with a high degree of certainty that the sentence jointly proposed will be the sentence imposed, and it avoids the need for lengthy, costly, and contentious trials. As a rule, joint submission sentencing hearings are expeditious and straightforward. They save precious time, resources, and expenses which can be channeled into other court matters. In short, they enable the justice system to function efficiently and effectively.

[3] The appellant, Mr. Nahanee, asks the Court to extend the *Anthony-Cook* public interest test from joint submissions — where the Crown and the defence agree on every aspect of the sentence — to contested sentencing hearings, where they do not. In his particular case, he proposes that the public

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

LE JUGE MOLDAVER —

I. Introduction

[1] Lorsque la Couronne et la défense proposent à un juge une peine particulière dont elles ont convenu en échange du plaidoyer de culpabilité de l'accusé, un critère rigoureux, appelé critère de l'« intérêt public », s'applique afin protéger cette recommandation. Ce critère, adopté par notre Cour dans l'arrêt *R. c. Anthony-Cook*, 2016 CSC 43, [2016] 2 R.C.S. 204, donne aux juges instruction de ne pas s'écarter d'une recommandation conjointe, à moins que la peine proposée ne soit susceptible de déconsidérer l'administration de la justice ou ne soit d'une autre façon contraire à l'intérêt public. Les juges chargés de prononcer les peines (ci-après « juges de la peine ») ne doivent pas rejeter trop facilement une recommandation conjointe. Ils ne devraient le faire que dans les cas où des personnes renseignées et raisonnables estimeraient que la peine proposée fait échec au bon fonctionnement du système de justice.

[2] La rigueur de ce critère vise à protéger les avantages particuliers découlant des recommandations conjointes. Ce processus procure aux parties un degré élevé de certitude que la peine proposée conjointement sera infligée, en plus d'éviter le besoin de tenir des procès longs, coûteux et acrimonieux. En règle générale, les audiences de détermination de la peine basées sur des recommandations conjointes sont simples et expéditives. Elles permettent d'épargner de l'argent, ainsi que du temps et d'autres précieuses ressources qui peuvent être consacrées à d'autres instances devant les tribunaux. Bref, elles permettent au système de justice de fonctionner de manière efficace et efficiente.

[3] L'appelant, M. Nahanee, demande à la Cour d'étendre l'application du critère de l'intérêt public établi dans *Anthony-Cook* à l'égard des recommandations conjointes — où la Couronne et la défense s'entendent sur tous les aspects de la peine — aux audiences de détermination de la peine contestées,

interest test apply where the Crown and the defence have put forward different sentencing ranges to the judge following a guilty plea, on the understanding that the Crown would not ask for a sentence that exceeds the high end of its sentencing range and the defence would not ask for a sentence that falls below the low end of its sentencing range. He submits that this extension of *Anthony-Cook* is an incremental change in the law. With respect, I disagree.

[4] In my opinion, the public interest test adopted by this Court in *Anthony-Cook* does not, and should not, apply to contested sentencing hearings following a guilty plea, regardless of the amount of prior negotiation between the parties culminating in the plea. In such cases, however, if the sentencing judge is of a mind to impose a harsher sentence, in any respect, than what the Crown has proposed, they should notify the parties and give them an opportunity to make further submissions — failing which, they run the risk of having the harsher sentence overturned on appeal for any one of the following three errors in principle:

(i) the appellant establishes that there was information they or the Crown could have provided to the sentencing judge that would have impacted the sentence;

(ii) the sentencing judge failed to provide adequate reasons for imposing the harsher sentence, thereby foreclosing meaningful appellate review; or

(iii) the sentencing judge provided erroneous or flawed reasons for imposing the harsher sentence.

[5] In the instant case, the sentencing judge imposed a global sentence of eight years on Mr. Nahanee for repeated sexual assaults of his two teenage nieces. This sentence exceeded the upper end of the sentencing range proposed by the Crown by two years.

où elles ne s'entendent pas. Dans son cas particulier, avance-t-il, cela signifierait que le critère de l'intérêt public s'applique lorsque la Couronne et la défense proposent différentes fourchettes de peines au juge à la suite d'un plaidoyer de culpabilité, étant entendu que la Couronne ne réclamerait pas une peine qui excède l'extrémité supérieure de sa fourchette de peines et que la défense ne réclamerait pas une peine qui se situe en deçà de l'extrémité inférieure de sa fourchette de peines. Il soutient que cette extension de la portée de l'arrêt *Anthony-Cook* représente un changement graduel du droit. Avec égards, je ne suis pas de cet avis.

[4] Selon moi, le critère de l'intérêt public adopté par notre Cour dans l'arrêt *Anthony-Cook* ne s'applique pas, et ne devrait pas s'appliquer, aux audiences de détermination de la peine contestées faisant suite à un plaidoyer de culpabilité, quelle que soit l'ampleur des négociations qui ont eu lieu entre les parties et ont abouti au plaidoyer. Dans de tels cas, cependant, si le juge de la peine est d'avis d'infliger une peine plus sévère, sur quelque aspect que ce soit, que ce que propose la Couronne, il doit en aviser les parties et leur donner la possibilité de présenter des observations additionnelles — à défaut de quoi le juge court le risque de voir cette peine plus sévère être infirmée en appel pour l'une ou l'autre des trois erreurs de principe suivantes :

(i) l'appelant établit qu'il existait des renseignements que la Couronne ou lui auraient pu fournir au juge de la peine et qui auraient eu une incidence sur la peine;

(ii) le juge de la peine n'a pas exposé de motifs suffisants au soutien de sa décision d'infliger la peine plus sévère, faisant ainsi obstacle à un examen valable en appel;

(iii) le juge de la peine a exposé des motifs erronés ou déficients au soutien de sa décision d'infliger la peine plus sévère.

[5] Dans le présent cas, la juge de la peine a infligé à M. Nahanee une peine globale de huit ans d'emprisonnement pour des agressions sexuelles répétées à l'endroit de ses deux nièces adolescentes. Cette peine excédait de deux ans l'extrémité supérieure de

The sentencing judge did not provide notice that she planned to exceed the upper end of the Crown range, nor did she provide an opportunity for further submissions. Nonetheless, in my view, Mr. Nahanee has not shown that there was information he could have provided that would have impacted on the sentence; nor do the reasons of the sentencing judge disclose error. I would accordingly dismiss the appeal.

II. Background

[6] Mr. Nahanee and the Crown agreed on the facts at the sentencing. The agreed statement of facts included information about the sexual assaults that formed the basis of Mr. Nahanee's guilty pleas, as well as admissions about other sexual assaults on the victims that did not form part of his guilty pleas.

A. *Offences Against E.N.*

[7] At age 19, Mr. Nahanee began sexually assaulting his 13-year-old niece, E.N., shortly after she moved in with him and his parents, at a time when her mother was struggling with addiction. In her first year at her grandparents', E.N. awoke repeatedly to Mr. Nahanee digitally penetrating her vagina. Later that year, Mr. Nahanee forced her to engage in unprotected sexual intercourse. As she got older, she was able to resist the assaults by kicking him away. Regardless, he continued returning to her bedroom night after night.

[8] E.N. lost track of the number of assaults because they happened so frequently. The final assault, to which Mr. Nahanee admitted, fell outside the five-year timeframe captured by his guilty plea. Now 21 years old, E.N. returned to visit her grandparents. While she was sleeping next to her boyfriend, Mr. Nahanee put his hands under her shorts and tried to remove her underwear. She kicked him away.

la fourchette de peines proposée par la Couronne. La juge de la peine n'a pas avisé la Couronne et la défense qu'elle projetait de dépasser l'extrémité supérieure de la fourchette de peines de la Couronne et ne leur a pas donné la possibilité de présenter des observations additionnelles. J'estime néanmoins que M. Nahanee n'a pas démontré qu'il existait des renseignements qu'il aurait pu fournir et qui auraient eu une incidence sur la peine; les motifs de la juge de la peine ne révèlent pas non plus d'erreur. Par conséquent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

II. Contexte

[6] Monsieur Nahanee et la Couronne se sont entendus sur les faits aux fins de détermination de la peine. L'exposé conjoint des faits comportait des renseignements sur les agressions sexuelles à l'origine des plaidoyers de culpabilité inscrits par M. Nahanee, ainsi que des aveux au sujet d'autres agressions sexuelles perpétrées contre les victimes et qui n'étaient pas visées par ses plaidoyers de culpabilité.

A. *Les infractions commises contre E.N.*

[7] À l'âge de 19 ans, M. Nahanee a commencé à agresser sexuellement sa nièce de 13 ans, E.N., peu après qu'elle eut emménagé chez lui et ses parents, à une époque où la mère de la nièce était aux prises avec des problèmes de dépendance. Durant la première année de E.N. chez ses grands-parents, elle était réveillée de façon répétée par M. Nahanee qui lui pénétrait le vagin avec les doigts. Plus tard au cours de la même année, M. Nahanee l'a forcée à avoir des rapports sexuels non protégés. À mesure qu'elle vieillissait, E.N. pouvait lui résister en le repoussant à coups de pied. Malgré cela, il revenait dans sa chambre nuit après nuit.

[8] E.N. ne pouvait se rappeler combien il y avait eu d'agressions, car elles se produisaient si fréquemment. La dernière agression, qu'a admise M. Nahanee, est survenue à l'extérieur de la période de cinq ans visée par son plaidoyer de culpabilité. Alors âgée de 21 ans, E.N. était revenue rendre visite à ses grands-parents. Pendant qu'elle dormait à côté de son petit ami, M. Nahanee a passé ses mains sous son short et a essayé de lui retirer son sous-vêtement. Elle l'a repoussé à coups de pied.

[9] Mr. Nahanee's actions took an immeasurable toll on E.N.'s life. E.N. struggled with self-esteem. Her schooling, friendships, and family relationships suffered. She felt unable to disclose the abuse to her family for fear that it would tear them apart. Moreover, she felt that she had nowhere else to go. In her later high school years, she found herself physically and emotionally exhausted from losing sleep every night while fending off Mr. Nahanee's attacks. Years of abuse left her feeling disgusted with herself and not worthy of healthy relationships.

[10] E.N. reported the assaults to the police after she learned that her younger cousin, S.R., reported to the police that Mr. Nahanee had sexually assaulted her. Shortly thereafter, when E.N. disclosed to her grandmother how Mr. Nahanee had abused her for many years, she was met with disbelief.

B. *Offences Against S.R.*

[11] Five days after the final assault on 21-year-old E.N., Mr. Nahanee, now age 27, sexually assaulted S.R., his 15-year-old niece. S.R. was staying overnight with her grandparents because her mother thought it would be safer for her to sleep there, rather than returning home by bus late at night. While S.R. was asleep in the same room as three of her younger cousins, she awoke to find Mr. Nahanee pushing his fingers inside her vagina. He then proceeded to have unprotected sexual intercourse with her.

[12] S.R. reported the sexual assault to the police about an hour later. The DNA sample obtained during S.R.'s examination at the hospital revealed that the semen found in her vagina came from Mr. Nahanee. The chances that the DNA was not his were found to be 1 in 81 quintillion.

[13] The assault had immediate and long-term physical and emotional effects on S.R. She suffered

[9] Les actes de M. Nahanee ont eu un impact incommensurable sur la vie d'E.N. Elle a souffert de manque d'estime de soi. Son éducation, ses amitiés et ses rapports familiaux en ont subi les contrecoups. Elle se sentait incapable de dévoiler aux membres de sa famille les mauvais traitements qu'elle subissait de crainte que cela ne les déchire. De plus, elle croyait ne pas avoir d'autre endroit où aller. Durant ses dernières années d'école secondaire, elle était physiquement et émotivement épuisée en raison du manque de sommeil que lui causait le fait que chaque nuit elle devait repousser les attaques de M. Nahanee. Du fait de ces années de mauvais traitements, elle était dégoûtée d'elle-même et avait le sentiment qu'elle ne méritait pas de vivre des relations saines.

[10] E.N. a dénoncé les agressions à la police après avoir appris que sa cousine S.R., plus jeune qu'elle, avait signalé à la police que M. Nahanee l'avait agressée sexuellement. Peu après, lorsque E.N. a révélé à sa grand-mère comment M. Nahanee avait abusé d'elle pendant de nombreuses années, elle a été accueillie avec incrédulité.

B. *Les infractions commises contre S.R.*

[11] Cinq jours après la dernière agression contre E.N., qui était alors âgée de 21 ans, M. Nahanee, maintenant âgé de 27 ans, a agressé sexuellement S.R., sa nièce de 15 ans. Cette dernière passait la nuit chez ses grands-parents parce que sa mère croyait qu'il serait plus sûr pour elle de dormir là, au lieu de retourner chez elle tard le soir en autobus. Pendant que S.R. dormait dans la même chambre que trois de ses cousins plus jeunes, elle s'est réveillée alors que M. Nahanee lui enfonçait les doigts dans le vagin. Il a ensuite eu des rapports sexuels non protégés avec elle.

[12] S.R. a dénoncé l'agression sexuelle à la police environ une heure plus tard. Un échantillon d'ADN recueilli au cours de l'examen de S.R. à l'hôpital a révélé que le sperme trouvé dans son vagin provenait de M. Nahanee. La probabilité que l'échantillon d'ADN ne soit pas le sien était d'une sur 81 quintillions.

[13] L'agression a eu sur S.R. des effets immédiats et à long terme sur les plans physique et émotionnel.

from anxiety, night terrors, and flashbacks. Shortly after the assault, she had suicidal thoughts. She was also fearful for the safety of other children in her grandmother's home.

[14] In addition to the one incident described by S.R., which formed the basis of his guilty plea, Mr. Nahanee acknowledged that S.R. told her grandmother that there had been prior uncharged sexual assaults against S.R. As with E.N., her grandmother had disbelieved S.R. She accused S.R. of being vindictive and having mental health problems. S.R. was ostracized from much of the family for reporting to the police the assault that formed the basis of Mr. Nahanee's plea.

III. Procedural History

A. *Reasons for Sentence, British Columbia Provincial Court, 2020 BCPC 41 (Smith Prov. Ct. J.)*

[15] At the sentencing hearing, the Crown sought a global sentence of four to six years, while Mr. Nahanee sought a global sentence of three to three and a half years.

[16] Smith Prov. Ct. J. sentenced Mr. Nahanee to six years' imprisonment for the assaults on E.N., to be served consecutively to four years' imprisonment for the assault on S.R. Taking into account the principle of totality, she reduced the sentences to five and three years respectively, to be served consecutively, for a global sentence of eight years.

[17] In arriving at this sentence, Smith Prov. Ct. J. gave primary consideration to the objectives of denunciation and deterrence, given that Mr. Nahanee's offences involved the abuse of victims under the age of 18. In her view, four aggravating factors codified in the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, applied to all of the offences: abuse of a family member (s. 718.2(a)(ii)); abuse of a person under the age of 18 (s. 718.2(a)(ii.1)); abuse of a position of trust

Elle a souffert d'anxiété, de terreurs nocturnes et de retours en arrière. Peu après l'agression, elle a eu des idées suicidaires. Elle craignait également pour la sécurité des autres enfants chez sa grand-mère.

[14] En plus de l'événement décrit par S.R., lequel était à la base du plaidoyer de culpabilité de M. Nahanee, ce dernier a reconnu que S.R. avait dit à sa grand-mère avoir été l'objet auparavant d'autres agressions sexuelles qui n'avaient pas donné lieu à des accusations. Tout comme dans le cas de E.N., la grand-mère n'a pas cru S.R. Elle a accusé celle-ci d'être vindicative et d'avoir des problèmes de santé mentale. S.R. a été ostracisée par une grande partie de la famille parce qu'elle avait dénoncé à la police l'agression qui était à la base du plaidoyer de M. Nahanee.

III. Historique procédural

A. *Motifs relatifs à la peine, Cour provinciale de la Colombie-Britannique, 2020 BCPC 41 (la juge Smith)*

[15] À l'audience de détermination de la peine, la Couronne a réclamé une peine globale de quatre à six ans d'emprisonnement, tandis que M. Nahanee a réclamé une peine globale de trois à trois ans et demi d'emprisonnement.

[16] La juge Smith a condamné M. Nahanee à six ans d'emprisonnement pour les agressions commises contre E.N., à purger consécutivement aux quatre ans d'emprisonnement pour l'agression contre S.R. Tenant compte du principe de totalité, elle a réduit les peines à cinq et à trois ans respectivement, à purger consécutivement, le tout constituant une peine globale de huit ans d'emprisonnement.

[17] Pour arriver à cette peine, la juge Smith a accordé une attention particulière aux objectifs de dénonciation et de dissuasion, étant donné que les infractions de M. Nahanee constituaient des mauvais traitements à l'égard de victimes âgées de moins de 18 ans. À son avis, quatre facteurs aggravants inscrits dans le *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, s'appliquaient à toutes les infractions : mauvais traitement d'un membre de la famille (sous-al. 718.2a)(ii));

(s. 718.2(a)(iii)); and the offences had a significant impact on the victims (s. 718.2(a)(iii.1)).

[18] Other aggravating factors common to both cases included that: the assaults involved unprotected intercourse, exposing the victims to a risk of pregnancy and sexually transmitted infections; both complainants were highly vulnerable while asleep; and the assaults occurred in a place where the victims had sought safety — their grandmother's house. In E.N.'s case, there were eight instances of sexual intercourse. In S.R.'s case, other aggravating features included that: there was a 12-year age difference between S.R. and Mr. Nahanee; the assault was "not an isolated incident" (sentencing reasons, at para. 91); it was brazenly committed while other children slept nearby; and Mr. Nahanee had initially attempted to shift blame onto S.R.

[19] Mitigating factors in both cases included that: Mr. Nahanee entered a guilty plea; he was relatively young; and he had no criminal record. He also had a good work history, a supportive family in the community, and abided by his bail conditions. Although Mr. Nahanee demonstrated limited insight into the gravity of his crimes, Smith Prov. Ct. J. found that his expression of remorse was genuine and that he voiced a need and willingness to undergo treatment in the future.

[20] Smith Prov. Ct. J. considered Mr. Nahanee's Indigenous background at length. She reviewed the *Gladue* report, the evidence of Mr. Nahanee's mother, and Mr. Nahanee's background, and found that none of the personal mitigating factors often present in cases of Indigenous offenders existed here. Hence, there was no basis to reduce his blameworthiness on account of his Indigeneity. Although Smith Prov. Ct. J. took into account his family's historic experiences,

mauvais traitement à l'égard d'une personne âgée de moins de 18 ans (sous-al. 718.2a)(ii.1)); abus de la confiance de la victime (sous-al. 718.2a)(iii)); et les infractions ont eu un effet important sur les victimes (sous-al. 718.2a)(iii.1)).

[18] Parmi les autres facteurs aggravants communs aux deux affaires figuraient les facteurs suivants : les agressions ont comporté des rapports sexuels non protégés, exposant les victimes au risque de tomber enceintes et de contracter des infections transmises sexuellement; les deux plaignantes étaient très vulnérables pendant qu'elles dormaient; et les agressions étaient survenues à un endroit où les victimes étaient venues trouver refuge — la maison de leur grand-mère. Dans le cas de E.N., il y a eu huit rapports sexuels. Dans le cas de S.R., les autres facteurs aggravants comprenaient les facteurs suivants : la différence d'âge entre S.R. et M. Nahanee était de 12 ans; l'agression n'était [TRADUCTION] « pas un incident isolé » (motifs de détermination de la peine, par. 91); elle a été commise de façon éhontée alors que d'autres enfants dormaient à proximité; et M. Nahanee a essayé au départ de jeter le blâme sur S.R.

[19] Au nombre des facteurs atténuants présents dans les deux cas, mentionnons les suivants : M. Nahanee a inscrit un plaidoyer de culpabilité; il était relativement jeune; et il ne possédait pas de casier judiciaire. Il avait en outre de bons antécédents professionnels, il pouvait compter dans la communauté sur une famille qui le soutenait et il respectait les conditions de sa mise en liberté sous caution. Bien que M. Nahanee ait fait montre d'une conscience limitée de la gravité de ses crimes, la juge Smith a conclu que les remords qu'il avait exprimés étaient sincères et qu'il avait manifesté le besoin et la volonté de suivre un traitement à l'avenir.

[20] La juge Smith a longuement considéré les origines autochtones de M. Nahanee. Elle a examiné le rapport *Gladue*, le témoignage de la mère de M. Nahanee et les origines de M. Nahanee, et elle a conclu qu'aucun des facteurs personnels atténuants qu'on rencontre souvent dans le cas des délinquants autochtones n'était présent en l'espèce. En conséquence, il n'y avait pas de raison de réduire sa culpabilité morale du fait de son autochtonité. Bien que la

including his grandparents' and father's attendance at residential schools, this was partly offset by the fact that both victims were Indigenous females who were more vulnerable to sexual assault than non-Indigenous women.

B. *British Columbia Court of Appeal, 2021 BCCA 13, 69 C.R. (7th) 246 (Willcock, Fenlon and Griffin JJ.A.)*

[21] The Court of Appeal unanimously dismissed Mr. Nahanee's sentence appeal. The court did not accept Mr. Nahanee's submissions that the sentencing judge erred by: (1) failing to alert counsel that she planned to impose a sentence in excess of that sought by Crown counsel; (2) imposing a demonstrably unfit sentence; (3) incorrectly applying statutory and common law aggravating factors; and (4) failing to properly consider his Indigenous heritage. Only the first ground of appeal is at issue in this Court.

[22] With respect to this ground, the Court of Appeal found that it was bound by its own precedent in *R. v. R.R.B.*, 2013 BCCA 224, 338 B.C.A.C. 106, which held that, while it is preferable for a judge to notify parties that they plan to impose a sentence greater than that sought by the Crown and invite further submissions, failure to do so does not amount to reversible error. Nor did the court agree with Mr. Nahanee that *R.R.B.* had been overtaken by *Anthony-Cook*, such that the public interest test should apply to the negotiated sentencing ranges in his case. In the court's view, *R.R.B.* was distinguishable because, like Mr. Nahanee's case, it dealt with a contested sentencing rather than a joint submission, which was the sole focus of *Anthony-Cook*.

juge Smith ait tenu compte des expériences vécues par la famille de M. Nahanee, y compris le fait que ses grands-parents et son père avaient fréquenté des pensionnats, ce facteur était en partie annulé par le fait que les deux victimes étaient des femmes autochtones qui étaient plus vulnérables aux agressions sexuelles que les femmes non autochtones.

B. *Cour d'appel de la Colombie-Britannique, 2021 BCCA 13, 69 C.R. (7th) 246 (les juges Willcock, Fenlon et Griffin)*

[21] La Cour d'appel a rejeté à l'unanimité l'appel formé par M. Nahanee contre sa peine. La cour n'a pas accepté les prétentions de M. Nahanee selon lesquelles la juge de la peine avait fait erreur : (1) en omettant d'aviser les avocats qu'elle projetait d'infliger une peine supérieure à celle réclamée par le procureur de la Couronne; (2) en infligeant une peine manifestement non indiquée; (3) en appliquant incorrectement les facteurs aggravants prévus par la loi et par la common law; et (4) en ne tenant pas compte adéquatement de ses origines autochtones. Seul le premier moyen d'appel est en litige devant notre Cour.

[22] En ce qui concerne ce moyen, la Cour d'appel a conclu qu'elle était liée par son propre précédent sur la question, l'arrêt *R. c. R.R.B.*, 2013 BCCA 224, 338 B.C.A.C. 106, dans lequel elle avait statué que, bien qu'il soit préférable pour le juge d'aviser les parties qu'il projette d'infliger une peine supérieure à celle réclamée par la Couronne et d'inviter les parties à présenter des observations additionnelles, l'omission de le faire n'équivaut pas à une erreur susceptible d'annulation. La Cour d'appel n'a pas non plus retenu l'argument de M. Nahanee selon lequel l'arrêt *R.R.B.* avait été supplanté par l'arrêt *Anthony-Cook*, et qu'en conséquence le critère de l'intérêt public devrait s'appliquer aux fourchettes de peines négociées dans son cas. De l'avis de la cour, l'arrêt *R.R.B.* était distinguable parce que, tout comme le cas de M. Nahanee, il portait sur une audience de détermination de la peine contestée plutôt que sur une recommandation conjointe, l'unique aspect en cause dans l'arrêt *Anthony-Cook*.

[23] In the court's view, had the trial judge been obliged to notify counsel and invite further submissions, the failure to do so would only amount to a reversible error if Mr. Nahanee could show he was prejudiced. In this regard, the evidence Mr. Nahanee said he would have introduced at trial — that his second guilty plea, to the offence against E.N., was only entered after he was assured of the Crown's sentencing position — was before the judge. The judge was told by defence counsel that Mr. Nahanee entered his second guilty plea following "extensive resolution discussions" that included "a thorough statement of facts and [the] Crown's sentencing [position]" (C.A. reasons, at para. 56). There was no prejudice to Mr. Nahanee warranting interference with his sentence.

[23] Selon la cour, si la juge de première instance avait eu l'obligation d'aviser les avocats et de les inviter à présenter des observations additionnelles, l'omission de le faire n'équivaudrait à une erreur susceptible d'annulation que si M. Nahanee pouvait démontrer qu'il avait subi un préjudice. À cet égard, la juge disposait de la preuve que M. Nahanee aurait, selon ses dires, présenté au procès — à savoir que son second plaidoyer de culpabilité, portant sur l'infraction commise contre E.N., n'avait été inscrit qu'après qu'il avait été assuré de la position de la Couronne au sujet de la peine. L'avocat de la défense a dit à la juge que M. Nahanee avait inscrit son second plaidoyer de culpabilité à la suite de [TRADUCTION] « longues discussions en vue d'un règlement » qui comprenaient « un exposé détaillé des faits et la position de la Couronne au sujet de la peine » (motifs de la C.A., par. 56). Monsieur Nahanee n'avait subi aucun préjudice justifiant une intervention à l'égard de la peine qui lui avait été infligée.

IV. Issues

[24] This appeal raises three issues:

A. Does the *Anthony-Cook* framework for departure from joint submissions following a guilty plea apply to contested sentencing hearings following a guilty plea?

B. Are sentencing judges required to give notice to the parties and provide an opportunity for further submissions if they plan to impose a harsher sentence than the Crown proposes?

C. Does Mr. Nahanee's sentence warrant intervention?

V. Analysis

A. *Anthony-Cook Does Not Apply to Contested Sentencing Hearings Following a Guilty Plea*

[25] *Anthony-Cook* set out a stringent public interest test which must be met before sentencing judges can

IV. Questions en litige

[24] Le présent pourvoi soulève trois questions :

A. Le cadre établi dans l'arrêt *Anthony-Cook* afin de décider s'il y a lieu de s'écarter de recommandations conjointes faisant suite à un plaidoyer de culpabilité s'applique-t-il aux audiences de détermination de la peine contestées faisant suite à un plaidoyer de culpabilité?

B. Les juges de la peine sont-ils tenus d'aviser les parties et de leur donner une possibilité de présenter des observations additionnelles s'ils projettent d'infliger une peine plus sévère que celle proposée par la Couronne?

C. La peine infligée à M. Nahanee justifie-t-elle une intervention?

V. Analyse

A. *L'arrêt Anthony-Cook ne s'applique pas aux audiences de détermination de la peine contestées faisant suite à un plaidoyer de culpabilité*

[25] L'arrêt *Anthony-Cook* a établi un critère rigoureux fondé sur l'intérêt public auquel il doit être

reject a joint submission following a guilty plea. At para. 34, the Court stated that:

> Rejection [of a joint submission] denotes a submission so unhinged from the circumstances of the offence and the offender that its acceptance would lead reasonable and informed persons, aware of all the relevant circumstances, including the importance of promoting certainty in resolution discussions, to believe that the proper functioning of the justice system had broken down.

[26] This test sets a very high bar by design. It is meant to encourage agreement between the parties, which saves court time at sentencing. The test also incentivizes guilty pleas, sparing victims and the justice system the need for costly, time-consuming trials (*Anthony-Cook*, at paras. 35 and 40). Accused persons benefit because they have a very high degree of certainty that the sentence jointly proposed will be the sentence they receive; and the Crown benefits because it is assured of a guilty plea on terms it is prepared to accept (paras. 36-39). Both parties also benefit by not having to prepare for a trial or a contested sentencing hearing.

[27] To be clear, a joint submission covers off every aspect of the sentence proposed. To the extent that the parties may agree to most, but not all, aspects of the sentence — be it the length or type of the sentence, or conditions, terms, or ancillary orders attached to it — the submission will not constitute a joint submission. The public interest test does not apply to bits and pieces of a sentence upon which the parties are in agreement; it applies across the board, or not at all. Apart from the logistical problems of applying two different tests to parts of the same proposed sentence, at the end of the day, there is only one composite sentence. Arriving at a sentence involves an assessment of all of its component parts. Isolating one or two parts of the sentence and subjecting them

satisfait avant que les juges de la peine ne puissent rejeter une recommandation conjointe faisant suite à un plaidoyer de culpabilité. Au paragraphe 34 de cette décision, notre Cour a déclaré ce qui suit :

> Le rejet [d'une recommandation conjointe] dénote une recommandation à ce point dissociée des circonstances de l'infraction et de la situation du contrevenant que son acceptation amènerait les personnes renseignées et raisonnables, au fait de toutes les circonstances pertinentes, y compris l'importance de favoriser la certitude dans les discussions en vue d'un règlement, à croire que le système de justice avait cessé de bien fonctionner.

[26] Ce critère place à dessein la barre très haut. Il vise à encourager les ententes entre les parties, ce qui permet aux tribunaux de sauver du temps d'audience à l'étape de la détermination de la peine. Ce critère constitue également une incitation à inscrire des plaidoyers de culpabilité, ce qui épargne aux victimes et au système de justice la nécessité de tenir des procès coûteux et chronophages (*Anthony-Cook*, par. 35 et 40). Les accusés en bénéficient parce qu'ils ont un très haut degré de certitude que la peine proposée conjointement sera celle qui leur sera infligée; la Couronne en bénéficie parce qu'elle a l'assurance d'un plaidoyer de culpabilité à des conditions qu'elle est prête à accepter (par. 36-39). Les deux parties en bénéficient également du fait qu'elles n'ont pas à se préparer pour un procès ou pour une audience de détermination de la peine contestée.

[27] Il importe de préciser qu'une recommandation conjointe est une recommandation qui traite de tous les aspects de la peine proposée. Dans la mesure où les parties s'entendent sur la plupart, mais non sur tous les aspects de la peine — qu'il s'agisse du type de la peine ou de sa durée, ou encore des conditions, modalités ou ordonnances accessoires l'assortissant —, la recommandation ne constitue alors pas une recommandation conjointe. Le critère de l'intérêt public ne s'applique pas qu'à certains aspects d'une peine sur lesquels les parties s'entendent; il s'applique à toute la peine, ou pas du tout. Outre les problèmes logistiques que soulèverait l'application de deux critères différents à des éléments de la même peine proposée, le fait est qu'en définitive il n'y a qu'une

to a different test is antithetical to this determination, and may well undermine it.

[28] Mr. Nahanee asks this Court to extend the public interest test to contested sentencing hearings following a guilty plea, which generally will have come about after some negotiation between the Crown and the accused. He submits that the benefits of resolution discussions identified in *Anthony-Cook* apply equally to joint and contested submissions on sentence.

[29] With respect, I do not accept Mr. Nahanee's position. While recognizing that a contested sentence hearing following a guilty plea spares victims and the justice system the need for costly trials, the *Anthony-Cook* public interest test must remain confined to joint submissions for three reasons.

(1) The Benefits of Joint Submissions Are Significantly Lessened With Contested Sentencings

[30] Contested sentencings following a guilty plea must be treated differently than joint submissions following a guilty plea because they do not offer, to the same degree, the benefits that *Anthony-Cook* sought to protect: certainty and efficiency. The public interest test encourages agreement on a specific agreed-upon sentence and offers certainty for the parties by protecting this agreement in order to promote efficient outcomes for the justice system and all participants. There is no such certainty or agreement where the Crown and the defence propose different sentencing ranges.

seule peine globale. Pour déterminer une peine, il faut en apprécier toutes les composantes. Le fait d'isoler un ou deux aspects de la peine et de les soumettre à un autre critère irait à l'encontre de cette détermination, et pourrait fort bien l'entraver.

[28] Monsieur Nahanee demande à notre Cour d'étendre l'application du critère de l'intérêt public aux audiences de détermination de la peine contestées faisant suite à un plaidoyer de culpabilité, plaidoyer qui survient habituellement après des négociations entre la Couronne et l'accusé. Selon M. Nahanee, les avantages que l'arrêt *Anthony-Cook* attribue aux discussions en vue d'un règlement sont tout aussi valables dans le cas des recommandations conjointes que dans le cas des recommandations contestées en matière de peine.

[29] Avec égards, je n'accepte pas la position de M. Nahanee. Bien que je reconnaisse que la tenue d'une audience de détermination de la peine contestée faisant suite à un plaidoyer de culpabilité épargne aux victimes et au système de justice des procès coûteux, l'application du critère de l'intérêt public établi dans l'arrêt *Anthony-Cook* doit demeurer restreinte aux recommandations conjointes, et ce, pour trois raisons.

(1) Les avantages des recommandations conjointes sont sensiblement réduits dans le cas des audiences de détermination de la peine contestées

[30] Les audiences de détermination de la peine contestées faisant suite à un plaidoyer de culpabilité doivent être traitées différemment des recommandations conjointes après un plaidoyer de culpabilité parce qu'elles n'offrent pas, au même degré, les avantages que l'arrêt *Anthony-Cook* visait à protéger : la certitude et l'efficacité. Le critère de l'intérêt public encourage les parties à s'entendre sur une peine précise et leur apporte la certitude en protégeant cette entente afin de favoriser des résultats efficaces pour le système de justice et pour tous les participants. Cette certitude et cette entente n'existent pas lorsque la Couronne et la défense proposent des fourchettes de peines différentes.

[31] Contested sentencings are characterized by a lack of agreement on a specific sentence, and therefore cannot offer the same degree of certainty as joint submissions. Joint submissions, which cover off every aspect of the sentence proposed to the court, offer certainty because of agreement in the form of a *quid pro quo*: the accused agrees to plead guilty in exchange for the Crown agreeing to recommend a specific sentence to the court that both the Crown and the accused find acceptable (*Anthony-Cook*, at para. 36). Nothing remains to be litigated. By its very nature, the *quid pro quo* of which I speak does not exist with contested sentencings, regardless of the amount of prior negotiation between the parties culminating in the guilty plea (I.F., Attorney General of Ontario, at para. 7). The proposed sentence is neither fixed nor final. Loose ends remain to be litigated. Even in situations where the Crown and the accused may have resolution discussions prior to a contested sentencing hearing, the fact remains that the Crown is not agreeing to recommend a specific sentence to the court upon which the parties agree.

[31] Les audiences de détermination de la peine contestées se caractérisent par une absence d'accord sur une peine précise, et elles ne peuvent donc pas offrir le même degré de certitude que les recommandations conjointes. Ces dernières, qui traitent de tous les aspects de la peine proposée au tribunal, procurent de la certitude en raison d'une entente qui prend la forme d'un *quid pro quo*, d'une contrepartie : l'accusé accepte de plaider coupable en échange de quoi la Couronne accepte de recommander au tribunal une peine précise que la Couronne et l'accusé jugent acceptable (*Anthony-Cook*, par. 36). Il ne reste rien à débattre. De par sa nature même, le *quid pro quo* dont je parle n'existe pas dans le cas des audiences de détermination de la peine contestées, quelle que soit l'ampleur des négociations qui ont eu lieu antérieurement entre les parties et ont abouti au plaidoyer de culpabilité (m. interv., procureur général de l'Ontario, par. 7). La peine proposée n'est ni fixe ni définitive. Des détails restent à débattre. Même dans les cas où la Couronne et l'accusé ont des discussions en vue d'un règlement avant une audience de détermination de la peine contestée, le fait demeure que la Couronne ne consent pas à recommander au tribunal une peine précise sur laquelle les parties s'entendent.

[32] Unlike a joint submission where both parties can be reasonably certain that their agreed upon position will be the outcome, the most an accused can reasonably expect at a contested sentencing is that the sentence is *likely* to fall within the disparate ranges proposed by counsel, and that it will not likely exceed the Crown's upper range. Contested sentencings lack the agreement of a *quid pro quo* — and resulting certainty — that this Court sought to protect in *Anthony-Cook*.

[32] Contrairement à une recommandation conjointe, qui procure aux parties une certitude raisonnable que la position dont elles ont convenu constituera la décision, tout ce à quoi l'accusé peut s'attendre raisonnablement lors d'une audience de détermination de la peine contestée, c'est que la peine se situera *vraisemblablement* à l'intérieur des fourchettes disparates de peines proposées par les avocats, et qu'elle n'excédera vraisemblablement pas l'extrémité supérieure de la fourchette de peines proposées par Couronne. Les audiences de détermination de la peine contestées sont dépourvues de l'entente sur un *quid pro quo* — et de la certitude qui en résulte — que notre Cour cherchait à protéger dans l'arrêt *Anthony-Cook*.

[33] In addition to providing a heightened degree of certainty for the parties, joint submissions are also significantly more efficient for the justice system than contested sentencing hearings. Although both save the justice system and its participants the time, stress, and cost of a trial, a contested sentencing requires

[33] En plus de procurer un degré de certitude accru aux parties, les recommandations conjointes sont aussi beaucoup plus efficaces pour le système de justice que les audiences de détermination de la peine contestées. Bien que les deux fassent épargner au système de justice et à ses participants le temps, le stress et les

the parties to prepare for and provide comprehensive submissions at a sentencing hearing. A joint submission hearing, on the other hand, can be counted on to take a fraction of the time and resources.

[34] This case provides an excellent example of the time and resources a contested sentencing hearing can eat up. Mr. Nahanee's sentencing hearing took an entire day. The Crown and the defence properly put their best foot forward, providing lengthy submissions in support of the reasonableness of their positions. Following the hearing, the judge needed two weeks to deliberate and render a written decision. In contrast, joint submission hearings generally consist of the Crown reading in an agreed statement of facts and setting out the joint position. This will usually be completed in short order, with the sentence being imposed on the spot. Rarely is the judge required to render a lengthy decision.

[35] To be clear, these reasons should not be taken as placing pressure on accused persons to agree to a joint submission which they feel is not in their best interests. Proceeding to a contested sentencing may be the advisable choice for any number of reasons. Regardless, by virtue of their nature, joint submissions and contested sentencing hearings are not alike and should not be treated as though they are.

[36] *Anthony-Cook* protected joint submissions following a guilty plea because of their unique benefits to the justice system and all of its participants. These benefits — namely certainty and efficiency — are significantly attenuated in contested sentencing hearings. As a result, contested sentencings do not demand the stringent protection that the public interest test provides for joint submissions.

coûts d'un procès, une audience de détermination de la peine contestée oblige les parties à se préparer pour celle-ci et à y présenter des observations exhaustives. En revanche, une audience sur une recommandation conjointe ne demandera certainement qu'une fraction du temps et des ressources.

[34] La présente affaire représente un excellent exemple du temps et des ressources qu'une audience de détermination de la peine contestée peut accaparer. L'audience concernant M. Nahanee a demandé une journée complète. La Couronne et la défense ont, comme il se doit, exposé leurs meilleurs arguments, présentant de longues observations au soutien du caractère raisonnable de leurs positions respectives. À la suite de l'audience, la juge a eu besoin de deux semaines pour délibérer et déposer une décision écrite. Par contraste, lors d'audiences sur une recommandation conjointe, la Couronne lit généralement un exposé conjoint des faits et explique la position conjointe. Habituellement, ces audiences se terminent rapidement, et la peine est infligée sur-le-champ. Le juge est rarement tenu de rendre une longue décision.

[35] Soyons clairs, les présents motifs ne visent pas à inciter les accusés à accepter une recommandation conjointe qui, à leur avis, ne sert pas leur intérêt. La tenue d'une audience de détermination de la peine contestée peut se révéler le choix opportun pour différentes raisons. Quoi qu'il en soit, de par leur nature, les recommandations conjointes et les audiences de détermination de la peine contestées ne sont pas similaires, et elles ne devraient pas être traitées comme si elles l'étaient.

[36] L'arrêt *Anthony-Cook* a protégé les recommandations conjointes faisant suite à un plaidoyer de culpabilité en raison de leurs avantages uniques pour le système de justice et tous ses participants. Ces avantages — à savoir la certitude et l'efficacité — sont sensiblement atténués dans le cas des audiences de détermination de la peine contestées. Par conséquent, ces audiences n'exigent pas la protection rigoureuse qu'offre le critère de l'intérêt public à l'égard des recommandations conjointes.

(2) Joint Submissions Would Be Discouraged

[37] If the *Anthony-Cook* public interest test applied to both joint submissions and contested sentencing hearings following a guilty plea, joint submissions would lose much of their attraction. They would no longer offer an unparalleled certainty as to the length of the accused's sentence, since contested sentencings would offer a similar certainty. Where a joint submission is put forward, it will be the rarest of cases that a judge applying the public interest test deviates from the specific sentence proposed. In a contested sentencing, a judge applying the public interest test would be equally constrained from imposing a sentence that exceeded the upper end of the sentencing range proposed by the Crown.

[38] In addition to offering a high degree of certainty like joint submissions, a contested sentencing hearing would offer an added benefit to the accused that a joint submission would not: the possibility of a lower sentence. Accused persons might well choose to gamble by proceeding to a contested sentencing, leaving open the possibility of obtaining a lower sentence than the one that would have formed the basis of a joint submission. If joint submissions were frequently replaced with contested sentencing hearings, this would result in more lengthy and time-consuming sentencing hearings, thereby placing an even greater strain on a justice system that is already overburdened.

[39] Discouraging joint submissions by making contested sentencings a more attractive option undermines the overriding purpose of *Anthony-Cook*: to *encourage* joint submissions. As this Court stressed in *Anthony-Cook*, joint submissions not only "permit our justice system to function more efficiently . . . they permit it to function" (para. 40). Without them,

(2) Les parties seraient dissuadées de présenter des recommandations conjointes

[37] Si le critère de l'intérêt public établi dans *Anthony-Cook* s'appliquait tant aux recommandations conjointes qu'aux audiences de détermination de la peine contestées faisant suite à un plaidoyer de culpabilité, les recommandations conjointes perdraient beaucoup de leur attrait. Elles n'offriraient plus une certitude sans pareil en ce qui concerne la durée de la peine de l'accusé, puisqu'une audience de détermination de la peine contestée procurerait une certitude similaire. Lorsqu'une recommandation conjointe est présentée, ce n'est que dans de très rares cas qu'un juge appliquant le critère de l'intérêt public s'écarte de la peine précise proposée. Dans le cadre d'une audience de détermination de la peine contestée, le juge qui applique ce critère serait lui aussi empêché d'infliger une peine excédant l'extrémité supérieure de la fourchette de peines proposée par la Couronne.

[38] En plus de procurer un haut degré de certitude comme les recommandations conjointes, les audiences de détermination de la peine contestées offriraient un avantage supplémentaire que ne comportent pas les recommandations conjointes : la possibilité d'une peine plus clémente. Les accusés pourraient fort bien décider de prendre le risque de participer à une audience de détermination de la peine contestée, s'ouvrant ainsi la possibilité d'obtenir une peine plus clémente que celle qui aurait été à la base d'une recommandation conjointe. Si les recommandations conjointes étaient fréquemment remplacées par des audiences de détermination de la peine contestées, cela donnerait lieu à des audiences de détermination de la peine plus longues et chronophages, ce qui accentuerait encore davantage la pression sur un système de justice déjà surchargé.

[39] Décourager les recommandations conjointes en faisant des audiences de détermination de la peine contestées une solution plus attrayante contrecarre l'objectif prépondérant de l'arrêt *Anthony-Cook* : *encourager* les recommandations conjointes. Comme l'a souligné notre Cour dans cet arrêt, non seulement les recommandations conjointes « permettent à notre

"our justice system would be brought to its knees, and eventually collapse under its own weight" (para. 40).

(3) The Sentencing Judge's Role Would Be Partially Usurped and Offloaded Onto the Crown

[40] Sentencing judges are entrusted with crafting fit sentences that are proportionate to the gravity of the offence and the offender's degree of responsibility (*Criminal Code*, s. 718.1). Applying the public interest test to contested sentencings would limit judges' discretion by effectively capping the lengths of sentences at the Crown's proposed upper range. A judge wishing to exceed the Crown's upper range would have to consider whether the upper range was so low that reasonable persons would view it as a breakdown in the functioning of the justice system. This stringent test would rarely be met.

[41] As a result, one aspect of the responsibility to craft a fit sentence would gradually shift from sentencing judges to the Crown. The upper ranges for guilty pleas would effectively become a Crown prerogative. Although judicial discretion is limited by the public interest test in the context of a joint submission, this limitation is justified in order to protect the parties' agreement on a specific sentence — the length of which is not unilaterally decided by the Crown. In contrast, if the public interest test applied to contested sentencings, the upper range would often be unilaterally decided by the Crown. This, in turn, would also have consequences for parties considering case law ranges when agreeing on a joint submission. Joint submissions are rarely published. Parties deciding on a joint submission will generally look to case law ranges established in contested sentencing hearings following a guilty plea. Allowing the Crown to be the arbiter of the upper range of sentences following a guilty plea is surely not a role that Parliament intended to confer upon the Crown (*R. v. Blake-Samuels*, 2021 ONCA 77, 69 C.R. (7th)

système de justice de fonctionner plus efficacement [. . .] elles lui permettent de fonctionner » (par. 40). Sans elles, « notre système de justice serait mis à genoux, et s'effondrerait finalement sous son propre poids » (par. 40).

(3) Le rôle des juges de la peine serait en partie usurpé et transféré à la Couronne

[40] Les juges de la peine ont la responsabilité de façonner des peines justes, qui sont proportionnelles à la gravité de l'infraction et au degré de responsabilité du délinquant (*Code criminel*, art. 718.1). Appliquer le critère de l'intérêt public aux audiences de détermination de la peine contestées limiterait le pouvoir discrétionnaire du juge en plafonnant dans les faits la durée des peines à l'extrémité supérieure de la fourchette de peines proposée par la Couronne. Le juge qui souhaite dépasser cette extrémité supérieure aurait à se demander si elle est si basse qu'une personne raisonnable considérerait qu'elle fait échec au bon fonctionnement du système de justice. Il serait rarement satisfait à ce critère rigoureux.

[41] En conséquence, un aspect de la responsabilité de façonner une peine juste passerait graduellement des juges de la peine à la Couronne. Les peines maximums des fourchettes en cas de plaidoyers de culpabilité deviendraient effectivement la prérogative de la Couronne. Bien que le pouvoir discrétionnaire des tribunaux soit limité par le critère de l'intérêt public dans le contexte des recommandations conjointes, cette limitation est justifiée afin de protéger l'entente intervenue entre les parties sur une peine précise — dont la durée n'est pas fixée unilatéralement par la Couronne. Par contraste, si le critère de l'intérêt public s'appliquait aux audiences de détermination de la peine contestées, l'extrémité supérieure de la fourchette de peines serait souvent décidée unilatéralement par la Couronne. Cette situation aurait à son tour des conséquences pour les parties qui examinent des fourchettes figurant dans la jurisprudence lorsqu'elles conviennent d'une recommandation conjointe. Les recommandations conjointes sont rarement publiées. Les parties qui décident d'une recommandation conjointe consultent généralement la jurisprudence

274, at para. 29; *R. v. Jacobson*, 2019 NWTSC 9, [2019] 5 W.W.R. 172, at para. 35).

[42] To summarize, the stringent public interest test in *Anthony-Cook* applies only to joint submissions following guilty pleas, and not to contested sentencings following guilty pleas, for three main reasons: (1) the benefits of a joint submission — certainty and efficiency — which justify the stringent public interest test are significantly attenuated on a contested sentencing hearing; (2) joint submissions would be discouraged because accused persons would have less incentive to compromise and more incentive to seek a lower sentence at a contested sentencing; and (3) applying the public interest test to contested sentencings undercuts the sentencing judge's responsibility to determine the upper range of fit sentences, leading over time to the impermissible offloading of this responsibility onto the Crown.

B. *Sentencing Judges Are Required to Notify Parties and Provide an Opportunity for Further Submissions if They Plan to Impose a Harsher Sentence Than What the Crown Has Proposed*

[43] Mr. Nahanee and the Crown agree, as do I, that sentencing judges should notify the parties and provide an opportunity for further submissions if they plan to impose a harsher sentence than what the Crown has proposed. The parties diverge on when a failure to provide notice and/or the opportunity for further submissions is an error justifying appellate intervention. Before moving to a discussion of when an error justifies appellate intervention, it might be

sur les fourchettes établies lors d'audiences de détermination de la peine faisant suite à un plaidoyer de culpabilité. Permettre à la Couronne d'être l'arbitre de l'extrémité supérieure des fourchettes de peines proposées à la suite d'un plaidoyer de culpabilité n'est sûrement pas un rôle que le Parlement entendait confier à celle-ci (*R. c. Blake-Samuels*, 2021 ONCA 77, 69 C.R. (7th) 274, par. 29; *R. c. Jacobson*, 2019 NWTSC 9, [2019] 5 W.W.R. 172, par. 35).

[42] Pour résumer, le critère rigoureux de l'intérêt public établi dans l'arrêt *Anthony-Cook* ne s'applique qu'aux recommandations conjointes faisant suite à un plaidoyer de culpabilité, et non aux audiences de détermination de la peine contestées faisant suite à un tel plaidoyer, et ce, pour trois raisons principales : (1) les avantages d'une recommandation conjointe — la certitude et l'efficacité — qui justifient le critère rigoureux de l'intérêt public sont sensiblement atténués lors d'une audience de détermination de la peine contestée; (2) les parties seraient dissuadées de présenter des recommandations conjointes parce que les accusés seraient moins incités à faire un compromis et davantage incités à réclamer une peine plus clémente lors d'une audience de détermination de la peine contestée; et (3) l'application du critère de l'intérêt public aux audiences de détermination de la peine contestées mine la responsabilité du juge de fixer l'extrémité supérieure des fourchettes de peines justes, ce qui entraîne au fil du temps le transfert inacceptable de cette responsabilité à la Couronne.

B. *Les juges de la peine sont tenus d'aviser les parties et de leur donner la possibilité de présenter des observations additionnelles s'ils projettent d'infliger une peine plus sévère que celle proposée par la Couronne*

[43] Monsieur Nahanee et la Couronne s'accordent pour dire, tout comme moi, que les juges de la peine devraient aviser les parties et leur donner la possibilité de présenter des observations additionnelles s'ils projettent d'infliger une peine plus sévère que celle proposée par la Couronne. Les parties divergent d'opinions sur les circonstances où l'omission de donner un avis et/ou la possibilité de présenter des observations additionnelles constitue une erreur

helpful to provide some guidance on the requirements for notice and the opportunity for further submissions.

(1) Notice Requirement

[44] Sentencing judges should let the parties know as soon as possible if they are concerned that the Crown's proposed sentence is, or may be, too lenient and they are contemplating exceeding it.

[45] Adequate notice does not require the judge to set out in detail, or with exactitude, what it is that they find troublesome with the Crown's proposed sentence; they should, however, do so whenever possible. It is enough for a judge to advise the parties that, in their view, the sentence proposed by the Crown appears too lenient, having regard to the seriousness of the offence and/or the degree of responsibility of the accused. Providing comprehensive reasons for this concern may, and often will, prove impossible since the judge's position at this point is unlikely to be fixed. As indicated, the purpose is simply to put the parties on notice that the judge is considering exceeding the Crown's proposed sentence. Notifying the parties can be as simple as saying: I am considering imposing a higher sentence than the Crown is seeking due to the seriousness of this offence (see, e.g., *R. v. Scott*, 2016 NLCA 16, 376 Nfld. & P.E.I.R. 167, at para. 37). While notice need not take a particular form, it must be more than simply asking questions or expressing vague concerns about the parties' sentencing proposals.

[46] There may be cases where the judge has no thought of imposing a harsher sentence than the Crown has proposed until the sentencing hearing is over and the judge has reserved their decision. When that occurs, the judge should notify the parties as soon as possible and invite further submissions, either orally or in writing. At this juncture, the judge may

justifiant une intervention en appel. Avant de passer à l'examen de ces circonstances, il pourrait être utile de donner quelques indications sur les exigences relatives à l'avis et à la possibilité de présenter des observations additionnelles.

(1) Exigences relatives à l'avis

[44] Le juge de la peine devrait indiquer le plus tôt possible aux parties qu'il est préoccupé du caractère trop clément ou possiblement trop clément de la peine proposée par la Couronne, et qu'il envisage d'infliger une peine plus sévère.

[45] Pour qu'un avis soit suffisant, il n'est pas nécessaire que le juge expose en détail, ou avec exactitude, en quoi la peine proposée par la Couronne le préoccupe; il devrait cependant le faire chaque fois que c'est possible. Il suffit que le juge avise les parties que, selon lui, la peine proposée par la Couronne paraît trop clémente, eu égard à la gravité de l'infraction et/ou au degré de responsabilité de l'accusé. Il se peut qu'il soit impossible pour le juge de motiver exhaustivement cette préoccupation, et ce sera d'ailleurs souvent le cas, étant donné qu'il est peu probable qu'il ait arrêté sa position à ce moment-là. Comme il a été indiqué plus tôt, l'objectif de cette exigence est tout simplement d'aviser les parties que le juge envisage d'infliger une peine excédant celle proposée par la Couronne. Il est possible d'aviser les parties en disant très simplement : J'envisage d'infliger une peine supérieure à celle réclamée par la Couronne en raison de la gravité de l'infraction (voir, p. ex., *R. c. Scott*, 2016 NLCA 16, 376 Nfld. & P.E.I.R. 167, par. 37). Bien qu'il ne soit pas nécessaire que l'avis prenne une forme particulière, il doit faire davantage que seulement poser des questions ou exprimer de vagues préoccupations au sujet des peines proposées par les parties.

[46] Il peut arriver que l'idée d'infliger une peine plus sévère que celle proposée par la Couronne ne vienne à l'esprit du juge qu'une fois que l'audience de détermination de la peine a pris fin et qu'il a mis la question en délibéré. Quand cela se produit, le juge devrait en aviser les parties le plus tôt possible et les inviter à présenter des observations additionnelles

be able to provide greater detail as to the reasons for their concern.

[47] According to Mr. Nahanee, an accused should be allowed to withdraw their guilty plea when the judge provides notice that they are considering exceeding the Crown range. I would not give effect to this submission. Sentencing judges should only allow for the withdrawal of guilty pleas in exceptional circumstances, such as where counsel have made a fundamental error about the availability of the proposed sentence (*Anthony-Cook*, at para. 59). For example, this would occur where a period of incarceration is mandated by the *Criminal Code*, but the parties have erroneously proposed non-custodial sentences with differing terms and conditions. As the Attorney General of Ontario noted, it is settled law that an accused cannot withdraw their guilty plea solely because the judge does not agree with the proposed sentence (I.F., at para. 19; *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309, at p. 372). Allowing a plea to be struck simply because the judge decides to impose a harsher sentence than expected would undermine the finality of guilty pleas and encourage judge shopping (*R. v. Wong*, 2018 SCC 25, [2018] 1 S.C.R. 696, at para. 29).

soit de vive voix, soit par écrit. À ce moment-là, le juge peut être en mesure d'exposer plus en détail les raisons de sa préoccupation.

[47] Monsieur Nahanee prétend qu'un accusé devait être autorisé à retirer son plaidoyer de culpabilité lorsque le juge donne avis qu'il envisage d'infliger une peine excédant la fourchette de peines proposée par la Couronne. Je ne peux faire droit à cette prétention. Les juges de la peine ne devraient autoriser le retrait d'un plaidoyer de culpabilité que dans des circonstances exceptionnelles, notamment lorsque les avocats ont commis une erreur fondamentale relativement à la possibilité pour le tribunal d'infliger la peine proposée (*Anthony-Cook*, par. 59). Par exemple, ce serait le cas lorsque le *Code criminel* prescrit une période d'incarcération, mais que les parties ont erronément proposé des peines qui ne comportent pas de détention et sont assorties de conditions et modalités différentes. Comme l'a fait remarquer le procureur général de l'Ontario, il est établi en droit que l'accusé ne peut pas retirer son plaidoyer de culpabilité simplement parce que le juge n'est pas d'accord avec la peine proposée (m. interv., par. 19; *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309, p. 372). Autoriser l'annulation d'un plaidoyer tout simplement parce que le juge décide d'infliger une peine plus sévère que celle attendue compromettrait le caractère définitif des plaidoyers de culpabilité et encouragerait la recherche d'un juge accommodant (*R. c. Wong*, 2018 CSC 25, [2018] 1 R.C.S. 696, par. 29).

(2) Opportunity for Further Submissions

[48] It is critical that both the Crown and the accused initially provide as much relevant information as possible at the contested sentencing hearing in support of their respective positions. The opportunity for further submissions should not be relied on as a chance to pull a rabbit out of the hat. Additional submissions should respond to the concerns raised, including matters that the parties considered irrelevant or simply overlooked in their initial submissions. For example, this will be the case where the parties propose differing non-custodial options and the judge signals that they are considering a period of incarceration.

(2) Exigences relatives à la possibilité de présenter des observations additionnelles

[48] Il est essentiel que la Couronne et l'accusé fournissent au départ le plus de renseignements pertinents possible au soutien de leurs positions respectives lors de l'audience de détermination de la peine contestée. La possibilité de présenter des observations additionnelles ne devrait pas être utilisée par une partie pour sortir un lapin de son chapeau. Les observations additionnelles devraient répondre aux préoccupations soulevées, y compris celles que les parties n'ont pas considérées comme pertinentes ou ont tout simplement négligées dans leurs observations initiales. Par exemple, ce sera le

Further argument and pertinent authorities will likely be necessary.

[49] In appropriate cases, where facets of the plea negotiation are highly relevant to support the reasonableness of the Crown's proposed sentence — which may at first blush seem very low — the parties are well-advised to reveal the pertinent information in their initial submissions. Although documents and discussions arising out of plea negotiations are subject to settlement privilege (*R. v. Shyback*, 2018 ABCA 331, 366 C.C.C. (3d) 197, at para. 28), the parties can agree to waive this privilege where it would assist the judge in determining a fit sentence. The sentence proposed by the Crown will justifiably be more lenient than expected if, for example, the accused provided vital information for another prosecution or was a confidential informant. If there is a concern about revealing confidential information, the parties should discuss an appropriate way to let the judge know, such as a sealed affidavit. Another way may be for the parties to alert the judge as to the negotiation considerations without getting into details. For example, the Crown can be expected to alert the judge in its submissions that it has considered the strength of its case in proposing its sentencing range, particularly where the range would appear to be too lenient. This is commonly done without the Crown going into detail about the deficiencies of its case. In sum, revealing facets of the plea negotiation will sometimes play an important role in enabling the judge to properly assess the fitness of the competing proposed sentences.

[50] Where the parties are put on notice and given an opportunity to make further submissions, the format for doing so rests with the judge in consultation with the parties. The judge may seek oral or written submissions, or both. The parties must be allowed a reasonable time to prepare additional submissions, if needed.

cas lorsque les parties proposent différentes peines ne comportant pas de détention et que le juge signale qu'il envisage d'infliger une période d'incarcération. Il sera vraisemblablement nécessaire de présenter d'autres arguments et des autorités pertinentes.

[49] Dans les cas appropriés, lorsque des facettes de la négociation du plaidoyer sont hautement pertinentes pour étayer le caractère raisonnable de la peine proposée par la Couronne — peine qui peut sembler très légère à première vue — les parties seraient bien avisées de dévoiler les renseignements pertinents dans leurs observations initiales. Bien que les discussions et documents liés aux négociations ayant abouti au plaidoyer soient visés par le privilège relatif aux règlements (*R. c. Shyback*, 2018 ABCA 331, 366 C.C.C. (3d) 197, par. 28), les parties peuvent accepter de renoncer à ce privilège lorsque cela aiderait le juge à fixer une peine juste. La peine proposée par la Couronne sera à juste titre plus légère que celle attendue si, par exemple, l'accusé a fourni de l'information essentielle à une autre poursuite ou s'il était un indicateur anonyme. Si l'on craint que des renseignements confidentiels soient révélés, les parties devraient discuter d'une façon appropriée d'informer le juge, par exemple au moyen d'un affidavit scellé. Les parties pourraient aussi informer le juge des considérations liées aux négociations sans entrer dans le détail. À titre d'exemple, on peut attendre de la Couronne qu'elle signale au juge dans ses observations qu'elle a tenu compte de la solidité de sa preuve au moment de proposer sa fourchette de peines, particulièrement lorsque la fourchette paraît trop clémente. Cela se fait couramment sans que la Couronne ne décrive en détail les lacunes de sa preuve. En somme, le fait de dévoiler des facettes de la négociation du plaidoyer jouera parfois un rôle important pour permettre au juge d'évaluer adéquatement la justesse des peines différentes qui sont proposées.

[50] Lorsque les parties sont avisées et se voient offrir la possibilité de présenter des observations additionnelles, la forme que prendront ces observations relève du juge, qui en décide en consultation avec les parties. Le juge peut demander des observations orales ou écrites, ou les deux. Les parties doivent se voir accorder un délai raisonnable pour préparer au besoin des observations additionnelles.

(3) Errors Justifying Appellate Intervention

[51] Mr. Nahanee submits that, in cases like his, a judge's failure to provide notice and/or the opportunity for further submissions is a breach of procedural fairness that will always justify a hearing where the sentence is considered afresh, even if there is no additional information — much less pertinent information — that the accused could have presented to the judge.

[52] With respect, I disagree. Procedural fairness is not the applicable route of appeal. Rather, the applicable route of appeal is the error in principle model, as outlined in *R. v. Lacasse*, 2015 SCC 64 [2015] 3 S.C.R. 1089. The judge's failure to provide notice and the opportunity for further submissions is an error in principle that will only justify appellate intervention "where it appears from the trial judge's decision that such an error had an impact on the sentence" (*Lacasse*, at para. 44; see also *R. v. Friesen*, 2020 SCC 9, [2020] 1 S.C.R. 424, at para. 26). In short, this failure is always an error, though not necessarily one warranting appellate intervention. Where the appellant can establish impact, the judge will have been deprived of an important piece of information relevant to determining a fit sentence. I see no reason to diverge from this established approach to sentence appeals.

[53] The doctrine of common law procedural fairness was largely developed in administrative law cases, but the principles are also applicable to criminal cases (see, e.g., *Lyons*, at p. 361). It is well established that the requirements for procedural fairness are context-specific (*Lyons*, at p. 361; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, at paras. 21-22; *Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2007 SCC 9, [2007] 1 S.C.R. 350, at para. 57; *R. v. Rodgers*, 2006 SCC 15, [2006] 1 S.C.R. 554, at paras. 47-48). Certain protections required in one context to ensure procedural fairness may not be required in another (*Lyons*, at p. 361). In other words, "[w]hat is fair in

(3) Erreurs justifiant l'intervention d'une cour d'appel

[51] Monsieur Nahanee soutient que, dans des cas comme le sien, l'omission du juge de donner un avis ou la possibilité de présenter des observations additionnelles constitue un manquement à l'équité procédurale qui justifie toujours la tenue d'une audience où la peine est déterminée à nouveau, même en l'absence de renseignements supplémentaires — encore moins de renseignements pertinents — que l'accusé aurait pu présenter au juge.

[52] Avec égards, je ne peux retenir cet argument. L'équité procédurale n'est pas le moyen d'appel applicable. Le moyen d'appel applicable est plutôt l'erreur de principe, comme il est expliqué dans l'arrêt *R. c. Lacasse*, 2015 CSC 64, [2015] 3 R.C.S. 1089. L'omission du juge de donner un avis et la possibilité de présenter des observations additionnelles est une erreur de principe qui ne justifie l'intervention d'une cour d'appel que « lorsqu'il appert du jugement de première instance qu'une telle erreur a eu une incidence sur la détermination de la peine » (*Lacasse*, par. 44; voir aussi *R. c. Friesen*, 2020 CSC 9, [2020] 1 R.C.S. 424, par. 26). Bref, une telle omission constitue toujours une erreur, mais pas nécessairement une erreur justifiant l'intervention d'une cour d'appel. Lorsque l'appelant peut établir qu'il y a eu une incidence, le juge aura été privé d'un important élément d'information pertinent pour fixer une peine juste. Je ne vois aucune raison de déroger à cette approche bien établie en matière d'appel des peines.

[53] La doctrine de l'équité procédurale en common law a été élaborée en grande partie dans des affaires de droit administratif, mais les principes sont également applicables dans les affaires criminelles (voir, p. ex., *Lyons*, p. 361). Il est bien établi que les exigences de l'équité procédurale sont tributaires du contexte (voir, p. ex., *Lyons*, p. 361; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, par. 21-22; *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CSC 9, [2007] 1 R.C.S. 350, par. 57; *R. c. Rodgers*, 2006 CSC 15, [2006] 1 R.C.S. 554, par. 47-48). Certaines garanties nécessaires dans un contexte donné pour assurer l'équité procédurale peuvent ne pas être nécessaires dans un autre (*Lyons*,

a particular case will depend on the context of the case" (*Ruby v. Canada (Solicitor General)*, 2002 SCC 75, [2002] 4 S.C.R. 3, at para. 39).

[54] Mr. Nahanee alleges that the procedural unfairness in his case is a breach of the rule of *audi alteram partem*: a person must be given an opportunity to be heard where the outcome will affect them (*A. (L.L.) v. B. (A.)*, [1995] 4 S.C.R. 536, at para. 27). In my view, his submission must fail. There is no breach of common law procedural fairness in the context of a sentencing hearing where the accused has been made aware of the Crown's case and been given a full opportunity to respond to it. That is a very different situation from one where the accused has been denied *any* meaningful right to be heard at first instance (see, e.g., *Cardinal v. Director of Kent Institution*, [1985] 2 S.C.R. 643; *Baker*; *R. v. McDonald*, 2018 ONCA 369, 360 C.C.C. (3d) 494). Such cases involve both actual and perceived unfairness to the appellant.

[55] A fair hearing must generally allow the parties to know the opposing party's case so that they can respond to it and bring evidence in support of their position (*Rodgers*, at para. 48; see also *Ruby*, at para. 40). According to this general rule, accused persons like Mr. Nahanee are not denied a fair hearing because they have been made aware of the Crown's case and have provided detailed submissions at the initial sentencing hearing in support of their position. While the accused will not have been informed about the sentencing judge's concerns, they will have put their best foot forward as to why the sentence they have proposed is fit and why the Crown's sentence is excessive. This will often include, where necessary, cross-examining Crown witnesses, calling defence witnesses, filing reports, and/or providing an extensive review of relevant case law. That is a far cry from joint submissions, where the parties are unlikely to have presented their case in such a detailed and comprehensive manner. It follows that, in the context of a joint submission, fairness requires that the parties receive notice and information about the judge's concerns in order to know how to respond in a more detailed manner (*Anthony-Cook*, at para. 58).

p. 361). Autrement dit, « [c]e qui est équitable dans une affaire donnée dépend du contexte de cette affaire » (*Ruby c. Canada (Solliciteur général)*, 2002 CSC 75, [2002] 4 R.C.S. 3, par. 39).

[54] Monsieur Nahanee prétend que l'iniquité procédurale dans son cas est un manquement à la règle *audi alteram partem* : une personne doit avoir la possibilité de se faire entendre lorsque la décision aura une incidence sur elle (*A. (L.L.) c. B. (A.)*, [1995] 4 R.C.S. 536, par. 27). À mon avis, sa prétention doit être rejetée. Il n'y a pas d'atteinte à l'équité procédurale en common law dans le contexte d'une audience de détermination de la peine où l'accusé a été informé de la preuve de la Couronne et où il a pleinement eu la possibilité d'y répondre. La situation est tout autre lorsque l'accusé s'est vu refuser *tout* droit véritable de se faire entendre en première instance (voir, p. ex., *Cardinal c. Directeur de l'Établissement Kent*, [1985] 2 R.C.S. 643; *Baker*; *R. c. McDonald*, 2018 ONCA 369, 360 C.C.C. (3d) 494). Dans de tels cas, il y a à la fois iniquité concrète et iniquité apparente envers l'appelant.

[55] Une audience équitable doit généralement permettre aux parties de connaître la thèse de la partie adverse pour être en mesure d'y répondre, et leur permettre de produire des éléments de preuve au soutien de leur position respective (*Rodgers*, par. 48; voir aussi *Ruby*, par. 40). Selon cette règle générale, les personnes accusées tel M. Nahanee ne sont pas privées du droit à une audience équitable, puisqu'elles ont été informées de la preuve de la Couronne et qu'elles ont présenté des observations détaillées au soutien de leur position lors de l'audience initiale de détermination de la peine. Bien que l'accusé n'ait pas, à ce moment-là, été informé des préoccupations du juge de la peine, il aura présenté ses meilleurs arguments afin d'expliquer pourquoi la peine qu'il propose est juste et pourquoi celle proposée par la Couronne est excessive. Souvent, il aura notamment contre-interrogé les témoins à charge, fait entendre des témoins à décharge, déposé des rapports et/ou procédé à une revue approfondie de la jurisprudence pertinente. Cela est bien différent des recommandations conjointes, où les parties n'ont vraisemblablement pas exposé leur cause de manière aussi détaillée et exhaustive. Il s'ensuit que, dans le contexte d'une recommandation

The same concerns are significantly attenuated in the context of a contested sentencing hearing, where it is expected that the parties will have provided detailed and comprehensive submissions.

[56] Here, Mr. Nahanee claims that he is entitled to be sentenced afresh because he was deprived of the opportunity to provide information at his sentencing hearing, assuming such information exists, regardless of whether it would have had an impact on his sentence. Respectfully, I disagree. As indicated, I am satisfied that in this context, the applicable route of appeal is the error in principle model, which requires impact.

[57] I say that because, in this context, there is no meaningful loss of procedural fairness since, by its nature, the informational deficiency, if it exists, is one that can be readily remedied on appeal (*Baker*, at para. 24). The basis of the appeal would be an alleged error in principle. The appellant need only inform the court of the information they were unable to bring to the attention of the sentencing judge. If this information is material, such that it appears to the appellate court that it would have impacted the sentence, the court can sentence afresh (*Friesen*, at para. 27; *Lacasse*, at paras. 43-44).

[58] Mr. Nahanee suggests that the error in principle model is inappropriate because appellate judges will be unable to assess impact, since they can never know what the parties may have put before the judge, had the parties been offered a further opportunity to do so. As a result, it is impossible for appellate judges to say that the sentence would not have been different (A.F., at para. 99; see also *R. v. Sidhu*, 2022 ABCA 66, 411 C.C.C. (3d) 329, at para. 73; *R. v. Mohiadin*, 2021 ONCA 122, at para. 9 (CanLII); *Blake-Samuels*, at paras. 36 and 38). I would not give effect to this submission. The parties are best placed to inform

conjointe, l'équité requiert que les parties soient avisées des préoccupations du juge et reçoivent de l'information sur celles-ci afin de savoir comment y répondre de manière plus détaillée (*Anthony-Cook*, par. 58). Les mêmes inquiétudes sont sensiblement atténuées dans le contexte d'une audience de détermination de la peine contestée, où l'on s'attend à ce que les parties aient présenté des observations détaillées et exhaustives.

[56] En l'espèce, M. Nahanee soutient qu'il a droit à ce que sa peine soit déterminée à nouveau, parce qu'il a été privé de la possibilité de fournir des renseignements à l'audience de détermination de sa peine, en supposant que de tels renseignements existent, et ce, peu importe que ceux-ci auraient eu une incidence sur la peine qui lui a été infligée. Avec égards, je ne suis pas d'accord. Comme je l'ai indiqué plus tôt, je suis convaincu que dans le présent contexte le moyen d'appel applicable est l'erreur de principe, moyen requérant qu'il y ait eu incidence.

[57] Je dis cela car, dans un tel contexte, il n'y a aucune perte réelle d'équité procédurale puisque, de par sa nature, le manque d'information, s'il existe, est une lacune à laquelle il peut aisément être remédié en appel (*Baker*, par. 24). Le moyen d'appel invoqué serait l'erreur de principe. L'appelant n'a qu'à donner à la cour d'appel les renseignements qu'il n'a pas été en mesure de porter à l'attention du juge de la peine. Si les renseignements en question sont importants, à tel point que la cour d'appel estime qu'ils auraient eu une incidence sur la peine, celle-ci peut déterminer la peine à nouveau (*Friesen*, par. 27; *Lacasse*, par. 43-44).

[58] Monsieur Nahanee avance que le moyen fondé sur l'erreur de principe ne convient pas, car les juges d'appel seront incapables d'apprécier l'incidence, étant donné qu'ils ne pourront jamais savoir ce que les parties auraient pu présenter, si on leur avait offert une possibilité additionnelle de le faire. Par conséquent, il est impossible aux juges d'appel d'affirmer que la peine n'aurait pas été différente (m.a., par. 99; voir aussi *R. c. Sidhu*, 2022 ABCA 66, 411 C.C.C. (3d) 329, par. 73; *R. c. Mohiadin*, 2021 ONCA 122, par. 9 (CanLII); *Blake-Samuels*, par. 36 et 38). Je ne peux accepter cet argument. Les parties sont les

the appellate court of the information they would have provided, had they been given the opportunity to do so. It is not unduly burdensome to require the appellant — with the aid of the Crown where it has relevant information to share as to why its proposed sentence was appropriate — to provide the appellate court with the information the sentencing judge did not have due to their failure to provide notice. If there is no additional information that the accused would have provided, then the lack of opportunity to provide this information will have had no impact on the sentence. This is simply not a situation where the error's impact on sentence is unknowable, such that impact must be assumed in all cases.

[59] In my view, where the sentencing judge fails to provide notice and/or an opportunity for further submissions, there are three types of errors in principle that would warrant intervention by the appellate court:

i. *If the failure to provide notice and/or further submissions impacts the sentence.* The appellant must demonstrate that there was information that they could have provided, if given the opportunity to do so, and it appears to the appellate court that this information would have impacted the sentence. If the appellate court is of the view that there is missing information that would realistically have impacted the sentence, the court can consider the sentence afresh. In assessing impact, the focus should be on whether the missing information is material to the sentence at issue. For example, where both parties propose non-custodial sentences and the judge imposes a period of incarceration without notice, the appellant can establish impact by pointing to something material that they would have presented had they been given notice and the opportunity for further submissions, such as a pertinent authority or important mitigating fact. The Crown should assist the appellate court wherever possible by

mieux placées pour communiquer à la cour d'appel les renseignements qu'elles auraient fournis, si on leur avait donné la possibilité de le faire. Ce n'est pas imposer à l'appelant un fardeau excessif que de l'obliger — avec l'aide de la Couronne lorsqu'elle a des renseignements pertinents à partager quant aux raisons pour lesquelles la peine qu'elle a proposée était appropriée — à fournir à la cour d'appel les renseignements dont ne disposait pas le juge de la peine en raison de l'omission de ce dernier de donner un avis. S'il n'existe pas de renseignements additionnels que l'accusé aurait pu fournir, alors l'absence de possibilité de fournir ces renseignements n'aura eu aucune incidence sur la peine. Il ne s'agit tout simplement pas d'une situation où l'incidence de l'erreur sur la peine est impossible à déterminer, et qu'il faut en conséquence présumer dans tous les cas qu'il y a eu incidence.

[59] À mon avis, dans les cas où le juge de la peine omet de donner un avis et/ou la possibilité de présenter des observations additionnelles, trois types d'erreurs de principe justifieraient l'intervention d'une cour d'appel :

i. *L'omission de donner un avis et/ou la possibilité de présenter des observations additionnelles a une incidence sur la peine.* L'appelant doit démontrer l'existence de renseignements qu'il aurait pu fournir si on lui avait donné la possibilité de le faire, et la cour d'appel estime que ces renseignements auraient eu une incidence sur la peine. Si la cour d'appel est d'avis qu'il existe des renseignements manquants qui auraient eu, de façon réaliste, une incidence sur la peine, elle peut déterminer celle-ci à nouveau. Dans l'appréciation de l'incidence, l'accent doit porter sur la question de savoir si les renseignements manquants sont importants à l'égard de la peine en litige. Par exemple, lorsque les deux parties proposent des peines ne comportant pas de détention et que le juge inflige une période d'incarcération sans avoir donné d'avis, l'appelant peut établir l'incidence en faisant état d'éléments de preuve importants qu'il aurait produits si on lui avait donné un avis et la possibilité de présenter des

providing or confirming the information that the sentencing judge did not have.

ii. *If the sentencing judge failed to provide reasons, or provided unclear or insufficient reasons, for imposing the harsher sentence.* Failure to provide sufficient reasons is an error of law, which is a type of error in principle (*Friesen*, at para. 26; *R. v. Sheppard*, 2002 SCC 26, [2002] 1 S.C.R. 869, at para. 28). The appellate court may only intervene if the insufficiency of reasons foreclosed meaningful appellate review. While it is preferable for sentencing judges to explicitly say why they exceeded the Crown range, it will not necessarily foreclose meaningful appellate review if this is not done. The court may look to the record, as a whole, to determine whether sufficient reasons have been given for exceeding the Crown range. Courts are to take a functional approach to sufficiency of reasons (*Sheppard*, at para. 50).

iii. *If the sentencing judge provided erroneous reasons for imposing the harsher sentence.* The appellate court may intervene if the sentencing judge relied on flawed or unsupportable reasoning for imposing the harsher sentence, such as the erroneous consideration of an aggravating factor or misapprehension of relevant authorities. Standing alone, however, flawed reasoning will not be enough; the appellant must also satisfy the court that this reasoning impacted the sentence (*Lacasse*, at paras. 43-44).

[60] An appellant may argue one or more of these three grounds of appeal. In cases where it may be difficult for the appellant to demonstrate impact based on the content of the sentencing judge's reasons, the latter two grounds of appeal — in addition to the Crown's obligation to assist the appellate court with

observations additionnelles, par exemple une autorité pertinente ou un important fait atténuant. La Couronne devrait assister la cour d'appel, dans tous les cas où c'est possible, en lui fournissant ou confirmant les renseignements dont ne disposait pas le juge de la peine.

ii. *Le juge de la peine n'a pas exposé de motifs, ou a exposé des motifs vagues ou insuffisants, au soutien de sa décision d'infliger la peine plus sévère.* L'omission d'exposer des motifs suffisants est une erreur de droit, un type d'erreur de principe (*Friesen*, par. 26; *R. c. Sheppard*, 2002 CSC 26, [2002] 1 R.C.S. 869, par. 28). La cour d'appel ne peut intervenir que si l'insuffisance des motifs a fait obstacle à un examen valable en appel. Bien qu'il soit préférable que les juges de la peine indiquent explicitement pourquoi ils ont excédé la fourchette de peines proposée par la Couronne, l'omission de le faire ne fera pas nécessairement obstacle à un examen valable en appel. La cour d'appel peut examiner l'ensemble du dossier pour décider si des motifs suffisants ont été exposés pour justifier le dépassement de la fourchette de peines proposée par la Couronne. Les tribunaux doivent appliquer une approche fonctionnelle à l'égard du caractère suffisant des motifs (*Sheppard*, par. 50).

iii. *Le juge a exposé des motifs erronés au soutien de sa décision d'infliger la peine plus sévère.* La cour d'appel peut intervenir si le juge s'est fondé sur un raisonnement déficient ou indéfendable pour infliger la peine plus sévère, par exemple en considérant erronément un facteur aggravant ou en interprétant mal des autorités pertinentes. Un raisonnement déficient ne sera toutefois pas suffisant à lui seul; l'appelant doit également convaincre la cour que ce raisonnement a eu une incidence sur la peine (*Lacasse*, par. 43-44).

[60] L'appelant peut invoquer l'un ou plusieurs de ces trois moyens d'appel. Dans les cas où il pourrait lui être difficile de démontrer l'existence d'une incidence sur la base des motifs du juge de la peine, les deux derniers moyens d'appel — en plus de l'obligation qu'a la Couronne d'assister la cour d'appel en ce qui

respect to information not in front of the sentencing judge — act as safeguards to ensure that the appellant can obtain a remedy where appropriate.

[61] If there is an error in principle that impacts the sentence, the appellate court may sentence the appellant afresh without deference, save for the findings made by the sentencing judge (*Friesen*, at para. 28). Although I need not decide whether appellate courts can remit a case back to the trial court for a fresh sentencing hearing, I would not foreclose the possibility that they could, in rare cases, order a fresh sentencing hearing where the record is so incomplete as to foreclose a fresh assessment at the appellate court. If no error in principle is established, or the error in principle does not have an impact on the sentence, then the only potential remaining ground of appeal will be whether the sentence is demonstrably unfit (*Friesen*, at para. 26).

C. *Mr. Nahanee's Sentence Does Not Warrant Intervention*

[62] Mr. Nahanee asks this Court for a fresh sentencing hearing on the basis that he was denied procedural fairness at the sentencing hearing. I decline to do so, for reasons I have already explained. Rather, I consider the three possible errors, namely: (1) failure to provide notice and an opportunity for further submissions; (2) failure to provide sufficient reasons for imposing the harsher sentence; and (3) erroneous reasons were provided for imposing the harsher sentence. In addition, while not formally advanced as a ground of appeal before this Court, for the sake of completeness I consider whether Mr. Nahanee's sentence was demonstrably unfit. I find that none of these alleged errors warrant intervention in this case.

trait aux renseignements dont ne disposait pas le juge de la peine — servent de garanties visant à faire en sorte que l'appelant puisse s'il y a lieu obtenir une réparation.

[61] Si une erreur de principe a eu une incidence sur la peine, la cour d'appel peut déterminer à nouveau la peine de l'appelant sans être tenue de faire montre de déférence envers la décision du juge de la peine, sauf pour ce qui est des conclusions de fait tirées par ce dernier (*Friesen*, par. 28). Bien qu'il ne soit pas nécessaire de décider si les cours d'appel peuvent renvoyer une affaire au tribunal de première instance pour qu'il tienne une nouvelle audience de détermination de la peine, je n'écarte pas la possibilité que, dans de rares cas, elles puissent ordonner la tenue d'une nouvelle audience lorsque le dossier est à ce point incomplet qu'il fait obstacle à une nouvelle appréciation en cour d'appel. Si aucune erreur de principe n'est établie, ou si l'erreur de principe n'a pas d'incidence sur la peine, alors le seul moyen d'appel possible restant sera la question de savoir si la peine n'est manifestement pas indiquée (*Friesen*, par. 26).

C. *La peine infligée à M. Nahanee ne justifie pas d'intervention*

[62] Monsieur Nahanee demande à notre Cour une nouvelle audience de détermination de sa peine au motif qu'il n'a pas bénéficié de l'équité procédurale à l'audience initiale. Je refuse de le faire pour les raisons que j'ai déjà expliquées. Je vais plutôt examiner les trois erreurs possibles, à savoir : (1) l'omission de donner un avis et la possibilité de présenter des observations additionnelles; (2) l'omission d'exposer des motifs suffisants pour justifier l'infliction de la peine plus sévère; et (3) le fait que des motifs erronés ont été exposés au soutien de la décision d'infliger la peine plus sévère. En outre, bien que la question n'ait pas été invoquée formellement à titre de moyen d'appel devant notre Cour, par souci d'exhaustivité je vais décider si la peine de M. Nahanee n'était manifestement pas indiquée. Je conclus qu'aucune de ces prétendues erreurs ne justifie d'intervention en l'espèce.

(1) Notice and Opportunity for Further Submissions

[63] Although the sentencing judge failed to provide notice that she was planning to exceed the Crown range and to provide an opportunity for further submissions, there was no impact on the sentence. Mr. Nahanee has not demonstrated that he had information to provide to the sentencing judge that would have impacted his sentence. He submits that, given the opportunity, he would have told the judge that he only entered his second guilty plea, regarding the offence against E.N., after being assured of the Crown's sentencing position.

[64] This information was already before the sentencing judge. At the plea proceeding prior to sentencing, Mr. Nahanee's trial counsel indicated to the judge that the matter regarding E.N. had been set down for trial but that, "[t]hrough extensive resolution discussions with my friend, including quite a thorough statement of facts and Crown's sentencing decision which was provided by my friend's office . . . I do have instructions to resolve [the matter] and enter a plea of guilty" (A.R., vol. II, at p. 3).

[65] The sentencing judge was well aware of the information Mr. Nahanee now says he would have provided had the judge given him notice. Hence, he has not demonstrated any impact on his sentence warranting intervention.

(2) Sufficient Reasons for Exceeding the Crown Range

[66] The sentencing judge provided adequate reasons for why she exceeded the Crown range. Although it would have been preferable had she explicitly addressed this issue, the judge's detailed reasons leave no question as to why the Crown's range of four to six years was too low. In particular, the judge cited the seriousness and repeated nature of

(1) Avis et possibilité de présenter des observations additionnelles

[63] Bien que la juge de la peine n'ait pas avisé les parties qu'elle projetait d'excéder la fourchette de peines proposée par la Couronne et ne leur ait pas donné la possibilité de présenter des observations additionnelles, cela n'a eu aucune incidence sur la peine. Monsieur Nahanee n'a pas démontré qu'il disposait de renseignements qui auraient pu être fournis à la juge de la peine et qui auraient eu une incidence sur sa peine. Il soutient que, si on lui en avait donné la possibilité, il aurait dit à la juge qu'il n'avait inscrit son second plaidoyer de culpabilité, relativement à l'infraction commise contre E.N., qu'une fois assuré de la position de la Couronne à l'égard de la détermination de la peine.

[64] La juge de la peine disposait déjà de ces renseignements. Lors de la procédure de plaidoyer avant la détermination de la peine, l'avocat de M. Nahanee au procès a indiqué à la juge que l'affaire concernant E.N. avait été renvoyée à procès, mais il a ajouté ce qui suit : [TRADUCTION] « Par suite de longues discussions avec ma collègue en vue d'un règlement, incluant un exposé des faits très détaillé et la décision de la Couronne sur la détermination de la peine qui a été communiquée par le cabinet de ma collègue [. . .] j'ai reçu instruction de régler [l'affaire] et d'inscrire un plaidoyer de culpabilité » (d.a., vol. II, p. 3).

[65] La juge de la peine était bien au fait des renseignements que, au dire de M. Nahanee, ce dernier lui aurait fournis si elle lui avait donné un avis. Par conséquent, il n'a pas démontré quelque incidence sur la peine qui justifierait une intervention.

(2) Motifs suffisants exposés au soutien du dépassement de la fourchette de peines proposée par la Couronne

[66] La juge de la peine a exposé des motifs suffisants pour justifier sa décision d'excéder la fourchette de peines proposée par la Couronne. Bien qu'il eût été préférable que la juge traite explicitement de cette question, ses motifs détaillés ne laissent aucun doute quant aux raisons pour lesquelles la fourchette de quatre à six ans proposée par la Couronne était trop

Mr. Nahanee's crimes, the young age and Indigenous background of the victims, and the lack of factors in Mr. Nahanee's *Gladue* report that would have reduced his blameworthiness. I am satisfied that, looking at the judge's reasons functionally and as a whole, they do not foreclose meaningful appellate review (*Sheppard*, at para. 50).

(3) Erroneous Reasons for Exceeding the Crown Range

[67] The sentencing judge's reasons for exceeding the Crown range, when read as a whole, were not erroneous. As noted above, the factors she considered were relevant and supported her conclusion that the upper end of the Crown's range was too low.

(4) Whether the Sentence Was Demonstrably Unfit

[68] The eight-year sentence was not demonstrably unfit. The sentencing judge pre-empted this Court's decision in *Friesen* — released only two months later — that upper-single and double-digit penitentiary terms for sexual offences against children should not be unusual, nor reserved for rare circumstances (para. 114).

[69] Mr. Nahanee's prolonged and profoundly harmful actions irreparably impacted the lives of two young Indigenous women. His actions highlight the heightened risk of sexual assault faced by marginalized young women. Mr. Nahanee was in a position of trust as the victims' uncle and violated them while they were in a vulnerable position, asleep at their grandmother's house. Eight years cannot be said to be a demonstrably unfit sentence for his crimes.

basse. La juge a mentionné notamment la gravité et le caractère répétitif des crimes de M. Nahanee, le jeune âge et les origines autochtones des victimes, ainsi que l'absence, dans le rapport *Gladue* concernant M. Nahanee, de facteurs susceptibles de réduire sa culpabilité morale. Je suis convaincu que, considérés fonctionnellement et dans leur ensemble, les motifs de la juge ne font pas obstacle à un examen valable en appel (*Sheppard*, par. 50).

(3) Motifs erronés exposés au soutien du dépassement de la fourchette de peines proposée par la Couronne

[67] Considérés dans leur ensemble, les motifs pour lesquels la juge de la peine a excédé la fourchette de peines proposée par la Couronne n'étaient pas erronés. Comme il a été indiqué plus tôt, les facteurs dont elle a tenu compte étaient pertinents et appuyaient sa conclusion selon laquelle l'extrémité supérieure de la fourchette de peines proposée par la Couronne était trop basse.

(4) La peine était-elle manifestement non indiquée?

[68] La peine de huit ans d'emprisonnement n'était pas manifestement non indiquée. La juge a anticipé l'arrêt de notre Cour dans *Friesen* — rendu seulement 2 mois plus tard — suivant lequel des peines d'emprisonnement se situant dans la portion supérieure des peines de moins de 10 ans ainsi que des peines de 10 ans et plus pour des infractions d'ordre sexuel contre des enfants ne devraient être ni inusitées ni réservées aux circonstances rares (par. 114).

[69] Les actes prolongés et profondément préjudiciables de M. Nahanee ont eu une incidence irréparable sur la vie de deux jeunes femmes autochtones. Ses actes mettent en évidence le risque accru d'agression sexuelle que courent les jeunes femmes marginalisées. Monsieur Nahanee était en situation de confiance en tant qu'oncle des victimes, et il les a violées alors qu'elles se trouvaient en situation de vulnérabilité, endormies chez leur grand-mère. On ne saurait dire qu'un emprisonnement de huit ans est une peine manifestement non indiquée pour ses crimes.

VI. Disposition

[70] I would dismiss Mr. Nahanee's appeal.

The reasons of Karakatsanis and Côté JJ. were delivered by

Karakatsanis J. (dissenting) —

I. Introduction

[71] I would allow this appeal and remit the matter to the Court of Appeal for British Columbia for sentencing afresh. I agree with my colleague that the sentencing judge was not required to apply the public interest test from *R. v. Anthony-Cook*, 2016 SCC 43, [2016] 2 S.C.R. 204, which is reserved for joint submissions. I further agree that a judge considering a harsher sentence than that proposed by the Crown is required to advise the parties and invite further submissions. What divides us is the question of remedy when a judge fails to follow this procedure.

[72] In *R. v. Lacasse*, 2015 SCC 64, [2015] 3 S.C.R. 1089, and *R. v. Friesen*, 2020 SCC 9, [2020] 1 S.C.R. 424, this Court set out the principles concerning appellate intervention in appeals from the sentence imposed. For good reason, these decisions narrowly defined the role of appellate courts in varying sentencing decisions. However, they were not concerned with procedural fairness, nor did they address the longstanding principle that procedural fairness is an independent basis for reviewing decisions affecting an individual's rights and interests, and providing a remedy if appropriate. This case requires the Court to address the additional issue of procedural fairness and the related principle that justice must not only be done, it must be seen to be done.

VI. Dispositif

[70] Je suis d'avis de rejeter le pourvoi de M. Nahanee.

Version française des motifs des juges Karakatsanis et Côté rendus par

La juge Karakatsanis (dissidente) —

I. Introduction

[71] J'accueillerais le présent pourvoi et je renverrais l'affaire à la Cour d'appel de la Colombie-Britannique pour qu'elle détermine à nouveau la peine. À l'instar de mon collègue, je suis d'avis que la juge chargée de déterminer la peine n'était pas tenue d'appliquer le critère de l'intérêt public tiré de l'arrêt *R. c. Anthony-Cook*, 2016 CSC 43, [2016] 2 R.C.S. 204, un critère réservé aux recommandations conjointes. Je suis également d'accord que le juge qui envisage d'infliger une peine plus sévère que celle proposée par la Couronne doit en aviser les parties et les inviter à présenter des observations additionnelles. Ce qui nous divise est la question de la réparation à accorder lorsque le juge ne suit pas cette procédure.

[72] Dans les arrêts *R. c. Lacasse*, 2015 CSC 64, [2015] 3 R.C.S. 1089, et *R. c. Friesen*, 2020 CSC 9, [2020] 1 R.C.S. 424, notre Cour a énoncé les principes relatifs à l'intervention des cours d'appel en cas d'appel de la peine infligée. Pour de bonnes raisons, ces arrêts ont défini étroitement le rôle des cours d'appel dans la modification des décisions déterminant les peines. Toutefois, ces affaires ne portaient pas sur l'équité procédurale, et elles ne traitaient pas non plus du principe de longue date selon lequel l'équité procédurale constitue un fondement distinct permettant de contrôler des décisions qui touchent les droits et intérêts d'un individu, et d'accorder une réparation dans les cas appropriés. La présente affaire oblige la Cour à se pencher en outre sur la question de l'équité procédurale et sur le principe connexe suivant lequel justice doit non seulement être rendue, mais également être perçue comme l'ayant été.

[73] In my view, it is fundamentally unfair for a sentencing judge to impose a sentence upon an accused that is harsher than the one proposed by the Crown without giving the parties notice and an opportunity to respond to the judge's concerns. An accused is not required to demonstrate that this flawed procedure resulted in a sentence that is demonstrably unfit or that it amounted to an error in principle that had an impact on sentence. Nor is it necessary to demonstrate that there was specific information that would have been provided to the sentencing judge and that it would have impacted the sentence.

[74] Sentencing is a dynamic process in which the art of advocacy, the adversarial context, and the parties' legitimate expectations play an important role; the parties are entitled to put their best foot forward to respond to the case they must meet. They must be able to address a point of fact or law that is of concern to the sentencing judge, and which could result in a more severe deprivation of liberty. Where this is not done, there is a breach of the duty of procedural fairness which, in itself, will generally warrant appellate intervention. In such a case, the appellate court should conduct a fresh assessment to determine a fit sentence.

II. Analysis

[75] I proceed as follows. First, I consider the duty of procedural fairness and the high degree of procedural fairness that is required in sentencing proceedings. Second, I conclude that the duty of procedural fairness is breached where a sentencing judge fails to provide the parties with notice of their intent to impose a harsher sentence than the Crown proposes or an opportunity to make submissions to address the judge's concerns. Third, I consider the appropriate remedy to restore fairness and the appearance of fairness to the proceedings.

[73] À mon avis, il est fondamentalement injuste que le juge chargé de déterminer la peine inflige à l'accusé une peine plus sévère que celle proposée par la Couronne sans avoir avisé les parties et leur avoir donné la possibilité de répondre aux préoccupations qui le motivent à le faire. L'accusé n'est pas tenu de démontrer que cette procédure déficiente a entraîné l'infliction d'une peine manifestement non indiquée ou constituait une erreur de principe qui a eu une incidence sur la peine. Il ne lui est pas non plus nécessaire de démontrer qu'il existait des renseignements précis qui auraient pu être fournis au juge et qui auraient influé sur la peine.

[74] La détermination de la peine est un processus dynamique dans lequel l'art de la plaidoirie, le contexte contradictoire de cette procédure et les attentes légitimes des parties jouent un rôle important; les parties ont le droit d'exposer leurs meilleurs arguments pour répondre à la preuve qu'elles doivent réfuter. Elles doivent être en mesure de s'exprimer sur un point de fait ou de droit qui préoccupe le juge de la peine et qui pourrait entraîner une privation de liberté plus grave. Si elles n'ont pas cette possibilité, il s'agit d'un manquement à l'obligation d'équité procédurale qui, en soi, justifie généralement l'intervention d'une cour d'appel. En pareil cas, la cour d'appel devrait procéder à une nouvelle évaluation pour fixer une peine indiquée.

II. Analyse

[75] Voici comment je vais procéder. Premièrement, je vais examiner l'obligation d'équité procédurale ainsi que le haut degré d'équité procédurale requis dans le cadre des instances de détermination de la peine. Deuxièmement, je vais conclure qu'il y a manquement à cette obligation lorsque le juge n'avise pas les parties de son intention d'infliger une peine plus sévère que celle proposée par la Couronne ou ne leur donne pas possibilité de présenter des observations pour répondre à ses préoccupations. Troisièmement, je vais me pencher sur la réparation à accorder pour rétablir l'équité et l'apparence d'équité de la procédure.

A. *Procedural Fairness in Sentencing*

[76] I begin with first principles. Procedural fairness is a rule of fundamental justice (*Canada (Citizenship and Immigration) v. Harkat*, 2014 SCC 37, [2014] 2 S.C.R. 33, at para. 41; *R. v. S. (R.D.)*, [1997] 3 S.C.R. 484, at para. 77, per Cory J.). The common law doctrine of procedural fairness has been developed in both administrative law cases and criminal cases. In criminal proceedings, the obligation to hold a fair hearing is due to both the accused and the Crown (*S. (R.D.)*, at para. 96, per Cory J.).

[77] An essential component of procedural fairness is that parties have the right to be heard. Individuals whose rights, privileges or interests are affected by a decision must be given an opportunity to be heard before the decision is made (*A. (L.L.) v. B. (A.)*, [1995] 4 S.C.R. 536, at para. 27; *Lowry and Lepper v. The Queen*, [1974] S.C.R. 195). Allowing those affected to put forward their views and evidence fully and have them considered by the decision-maker contributes to a fair, open and impartial process.

[78] The right to be heard is closely tied to the right to notice of the case to meet. The case to meet informs the parties of the issues they need to address and guides their submissions and the evidence they will adduce at the hearing (*Harkat*, at para. 41).

[79] In sentencing proceedings, a high degree of procedural fairness is required. It is well established that the requirements of procedural fairness are context-specific (*R. v. Rodgers*, 2006 SCC 15, [2006] 1 S.C.R. 554, at para. 47; *R. v. Zinck*, 2003 SCC 6, [2003] 1 S.C.R. 41, at para. 36). Depending on the nature of the decision being made and the importance of the rights and interests at stake, procedural fairness may need to be more jealously guarded and strictly enforced. Accordingly, especially in proceedings of a penal nature, it is essential that parties be afforded the right to be heard (*Supermarchés Jean*

A. *L'équité procédurale en matière de détermination de la peine*

[76] Examinons d'abord les principes de base. L'équité procédurale est un principe de justice fondamentale (*Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Harkat*, 2014 CSC 37, [2014] 2 R.C.S. 33, par. 41; *R. c. S. (R.D.)*, [1997] 3 R.C.S. 484, par. 77, le juge Cory). La doctrine de l'équité procédurale en common law s'est élaborée dans des affaires de droit administratif et de droit criminel. Dans les procédures criminelles, l'obligation de tenir une audience équitable existe tant en faveur de l'accusé que de la Couronne (*S. (R.D.)*, par. 96, le juge Cory).

[77] Le droit des parties d'être entendues constitue une composante essentielle de l'équité procédurale. Les personnes dont les droits, privilèges ou intérêts sont touchés par une décision doivent avoir l'occasion d'être entendues avant que cette décision ne soit rendue (*A. (L.L.) c. B. (A.)*, [1995] 4 R.C.S. 536, par. 27; *Lowry et Lepper c. La Reine*, [1974] R.C.S. 195). Le fait de permettre aux personnes touchées d'exposer pleinement leurs arguments et leur preuve et de faire en sorte que ces éléments soient considérés par le décideur contribue à un processus équitable, transparent et impartial.

[78] Le droit d'être entendu est étroitement lié au droit d'être avisé de la preuve à réfuter. La preuve à réfuter informe les parties des questions dont elles doivent traiter et guide les observations et la preuve qu'elles présenteront à l'audience (*Harkat*, par. 41).

[79] Dans les procédures de détermination de la peine, un haut degré d'équité procédurale est requis. Il est bien établi que les exigences de l'équité procédurale sont tributaires du contexte (*R. c. Rodgers*, 2006 CSC 15, [2006] 1 R.C.S. 554, par. 47; *R. c. Zinck*, 2003 CSC 6, [2003] 1 R.C.S. 41, par. 36). Selon la nature de la décision devant être rendue et l'importance des droits et intérêts en jeu, il pourrait être nécessaire de protéger plus jalousement l'équité procédurale et de la faire respecter plus strictement. En conséquence, particulièrement dans les procédures de nature pénale, il est essentiel que les parties se voient accorder le

Labrecque Inc. v. Flamand, [1987] 2 S.C.R. 219, at para. 60).

[80] Procedural fairness is also particularly important in sentencing proceedings due to their adversarial nature. In the adversarial justice system, the positions of the parties and their framing of the issues will guide the evidence led and submissions at a sentencing hearing (*R. v. Mian*, 2014 SCC 54, [2014] 2 S.C.R. 689, at para. 38). While a judge is permitted to impose a harsher sentence than the Crown proposes, the jeopardy faced by the accused is typically tied to the Crown's recommendation. Accordingly, at a contested sentencing hearing, the accused will be directing argument primarily to the positions taken by the Crown; the points of disagreement between the parties on sentence generally form the basis of their submissions (see, e.g., *R. v. Blake-Samuels*, 2021 ONCA 77, 69 C.R. (7th) 274, at para. 36). The accused may believe a point not disputed by the Crown is not in contention and not make any submissions on that point; a subsequent sentence inconsistent with the point can then take both parties by surprise (see, e.g., *R. v. Huon*, 2010 BCCA 143, at paras. 5-6 (CanLII)).

[81] As a result, it is critical that the parties have notice of the case to meet and an opportunity to be heard where a judge intends to depart from their submissions on sentencing.

B. *Failing to Give Notice or to Invite Submissions Is a Breach of Procedural Fairness*

[82] In *Anthony-Cook*, at para. 58, the Court stated that where a trial judge is troubled by a joint submission on sentence, "fundamental fairness dictates that an opportunity be afforded to counsel to make further submissions in an attempt to address the . . . judge's concerns before the sentence is imposed" (quoting *R. v. G.W.C.*, 2000 ABCA 333, 277 A.R. 20, at para. 26). Although this statement was made

droit d'être entendues (*Supermarchés Jean Labrecque Inc. c. Flamand*, [1987] 2 R.C.S. 219, par. 60).

[80] L'équité procédurale est en outre particulièrement importante dans les procédures de détermination de la peine en raison de leur nature contradictoire. Dans le système de justice contradictoire, les positions des parties et la façon dont elles formulent les questions en litige orientent la présentation de la preuve et des observations à l'audience de détermination de la peine (*R. c. Mian*, 2014 CSC 54, [2014] 2 R.C.S. 689, par. 38). Bien qu'il soit permis aux juges d'infliger des peines plus sévères que celles proposées par la Couronne, le péril auquel fait face l'accusé est ordinairement lié à la recommandation de la Couronne. Par conséquent, lors d'une audience de détermination de la peine contestée, l'accusé fait porter son argumentation principalement sur les positions avancées par la Couronne; les points de désaccord entre les parties sur la peine constituent généralement la base de leurs observations (voir, p. ex., *R. c. Blake-Samuels*, 2021 ONCA 77, 69 C.R. (7th) 274, par. 36). Il est possible que l'accusé croie qu'un point non contesté par la Couronne n'est pas litigieux et s'abstienne de formuler des observations sur celui-ci, et que l'infliction subséquente d'une peine incompatible avec ce point prenne alors les deux parties par surprise (voir, p. ex., *R. c. Huon*, 2010 BCCA 143, par. 5-6 (CanLII)).

[81] En conséquence, il est essentiel que les parties soient informées de la preuve à réfuter et aient l'occasion d'être entendues lorsque le juge entend s'écarter de leurs observations sur la détermination de la peine.

B. *L'omission d'aviser les parties ou de les inviter à présenter des observations constitue un manquement à l'équité procédurale*

[82] Dans l'arrêt *Anthony-Cook*, par. 58, la Cour a affirmé que, dans les cas où le juge du procès est préoccupé par une recommandation conjointe relativement à la peine, [TRADUCTION] « l'équité fondamentale exige que soit offerte aux avocats la possibilité de présenter des observations additionnelles en vue de tenter de répondre aux préoccupations du juge [. . .] avant qu'il impose la peine » (citant *R. c. G.W.C.*,

in the context of joint submissions, in my view, the underlying principle extends to contested sentencing hearings where a judge is planning to depart from the parties' submissions and impose a harsher sentence than what the Crown has proposed (see also *Blake-Samuels*, at para. 32).

[83] The failure to advise counsel or invite further submissions regarding the judge's intention to impose a harsher sentence than the Crown's recommendation is a breach of procedural fairness because it denies the parties adequate notice of the case to meet and the right to be heard. The flawed procedure impacts the parties' ability to make meaningful submissions, which might have addressed the judge's concerns. There is a heightened risk that the judge will impose a sentence without all of the relevant information that might have been provided. Furthermore, the appearance of fairness in the proceedings is undermined.

[84] Respectfully, I do not agree with the assumption that where a judge fails to provide notice or an opportunity for further submissions in the context of a contested sentencing hearing, the parties will have already provided comprehensive submissions and thus fairness concerns are significantly attenuated (Moldaver J.'s reasons, at paras. 55 and 64).

[85] First, given the adversarial nature of sentencing proceedings, it is unrealistic to expect that the parties will initially adduce all potentially relevant information. The submissions of the Crown and the accused will be tailored to each other's positions, and may not be responsive to the unexpressed concerns of the sentencing judge (see, e.g., *Huon*, at paras. 5-6). In *R. v. Scott*, 2016 NLCA 16, 376 Nfld. & P.E.I.R. 167, at para. 37, Rowe J.A. (as he then was) recognized this point, stating:

2000 ABCA 333, 277 A.R. 20, par. 26). Bien que cette déclaration ait été formulée dans le contexte des recommandations conjointes, le principe sous-jacent s'étend à mon avis aux audiences de détermination de la peine contestées dans lesquelles le juge projette de s'écarter des observations des parties et d'infliger une peine plus sévère que celle proposée par la Couronne (voir aussi *Blake-Samuels*, par. 32).

[83] L'omission du juge d'aviser les avocats de son intention d'infliger une peine plus sévère que celle recommandée par la Couronne ou de les inviter à présenter des observations additionnelles à cet égard constitue un manquement à l'équité procédurale, parce qu'elle prive les parties d'un avis adéquat de la preuve à réfuter et du droit d'être entendues. Une telle procédure déficiente influe sur la capacité des parties de présenter des observations utiles, qui pourraient répondre aux préoccupations du juge. Il s'ensuit un risque accru que le juge inflige une peine sans disposer de tous les renseignements pertinents qui auraient pu lui être fournis. Qui plus est, l'apparence d'équité de la procédure en souffre.

[84] Avec égards, je ne peux souscrire à la thèse selon laquelle, lorsqu'un juge omet d'aviser les parties ou de leur donner la possibilité de présenter des observations additionnelles dans le cadre d'une audience de détermination de la peine contestée, les parties ont déjà fourni des observations exhaustives et, de ce fait, les préoccupations en matière d'équité sont grandement atténuées (motifs du juge Moldaver, par. 55 et 64).

[85] Premièrement, vu la nature contradictoire des procédures de détermination de la peine, il est irréaliste de s'attendre à ce que les parties présentent au départ toute l'information potentiellement pertinente. Les observations de la Couronne et de l'accusé seront exprimées en fonction de leurs positions respectives, et il est possible qu'elles ne répondent pas aux préoccupations non exprimées du juge de la peine (voir, p. ex., *Huon*, par. 5-6). Le juge d'appel Rowe (maintenant juge de notre Cour) a reconnu ce point dans *R. c. Scott*, 2016 NLCA 16, 376 Nfld. & P.E.I.R. 167, par. 37, affirmant ce qui suit :

. . . certain facts or cases may become relevant if the sentencing judge is considering "jumping" the Crown's submission on sentence, whereas they would not be relevant if the judge were to impose a sentence no greater than that sought by the Crown. Unless Defence counsel is aware that the judge is considering "jumping" the Crown's submission on sentence, matters relevant to sentence may not be placed before the judge.

If counsel were expected to adduce *all* relevant information, in an effort to pre-empt every potential concern of the sentencing judge, this would result in more lengthy and time-consuming sentencing hearings, thereby placing an even greater strain on the justice system.

[86] Counsel may also choose not to reveal certain information during the sentencing hearing, even though it may be relevant, absent some indication that it bears on an issue of concern to the sentencing judge. For example, there may be a negotiated element to the parties' positions on sentencing. The reasons and rationale for the negotiations and resulting agreements may not be readily apparent to a sentencing judge, and may not be offered at first instance as they may be sensitive in nature (see, e.g., *Scott*, at paras. 19-22). Resolution discussions are also protected by settlement privilege, subject to exceptions "when the justice of the case requires it" (*Sable Offshore Energy Inc. v. Ameron International Corp*., 2013 SCC 37, [2013] 2 S.C.R. 623, at para. 12, citing *Rush & Tompkins Ltd. v. Greater London Council*, [1988] 3 All E.R. 737 (H.L.), at p. 740; *R. v. Delchev*, 2015 ONCA 381, 126 O.R. (3d) 267, at para. 28). Accordingly, as the intervener Attorney General of Ontario put it, "Routinely disclosing plea negotiations during sentencing submissions would erode the privilege attached to those negotiations. It is a practice best avoided" (I.F., at para. 16).

[87] If the parties knew the judge was considering a sentence harsher than the Crown proposes, the Crown

[TRADUCTION] . . . certains faits ou jugements peuvent devenir pertinents si le juge envisage de « dépasser » la recommandation de la Couronne relativement à la peine, alors qu'ils ne seraient pas pertinents si le juge infligeait une peine n'excédant pas celle réclamée par la Couronne. À moins que l'avocat de la défense ne sache que le juge envisage de « dépasser » la recommandation de la Couronne concernant la peine, des questions pertinentes à l'égard de la peine ne seront peut-être pas portées à l'attention du juge.

Si l'on exigeait des avocats qu'ils produisent *toute* l'information pertinente en vue de prévoir toute préoccupation potentielle du juge de la peine, cela se traduirait par des audiences de détermination de la peine plus longues et chronophages, ce qui accroîtrait davantage la pression sur le système de justice.

[86] Il peut également arriver que des avocats choisissent de ne pas dévoiler certaines informations au cours de l'audience de détermination de la peine, même si celles-ci pourraient s'avérer pertinentes, en l'absence de quelque indication qu'elles portent sur une question qui préoccupe le juge. Par exemple, les positions des parties sur la peine pourraient comporter un élément négocié. Les raisons et la justification des négociations et des ententes qui en ont découlé peuvent ne pas être évidentes pour le juge de la peine, et elles pourraient ne pas être dévoilées en première instance en raison de leur caractère sensible (voir, p. ex., *Scott*, par. 19-22). Les discussions en vue d'un règlement sont également protégées par le privilège relatif aux règlements, sous réserve d'exceptions [TRADUCTION] « quand les considérations de justice que pose l'espèce le requièrent » (*Sable Offshore Energy Inc. c. Ameron International Corp*., 2013 CSC 37, [2013] 2 R.C.S. 623, par. 12, citant *Rush & Tompkins Ltd. c. Greater London Council*, [1988] 3 All E.R. 737 (H.L.), p. 740; *R. c. Delchev*, 2015 ONCA 381, 126 O.R. (3d) 267, par. 28). En conséquence, comme l'a dit le procureur général de l'Ontario intervenant, [TRADUCTION] « [l]e fait de dévoiler régulièrement des négociations menant à un plaidoyer durant les observations sur la peine aurait pour effet d'éroder le privilège qui se rattache à ces négociations. Il s'agit d'une pratique qu'il vaut mieux éviter » (m. interv., par. 16).

[87] Si les parties savent que le juge envisage d'infliger une peine plus sévère que celle proposée

could provide useful information to justify the reasons for its position (see, e.g., *R. v. Burback*, 2012 ABCA 30, 522 A.R. 352, at para. 14). Either party may seek to provide further information, evidence or argument to address the judge's concerns, or provide additional authorities not previously brought to the judge's attention (see, e.g., *R. v. Ehaloak*, 2017 NUCA 4, at para. 37 (CanLII)). For example, a harsher sentence could trigger a collateral consequence. If there is a negotiated element to the parties' positions involving a *quid pro quo* that the parties have, for whatever reason, chosen not to explain, being advised that the judge is considering a harsher sentence provides them the opportunity to put all their cards on the table (R.F., at para. 62). For example, the Crown may take the opportunity to explain that the apparent leniency of its recommendation is warranted, based on deficiencies in its case that would have made it difficult to secure a conviction at trial.

par la Couronne, cette dernière pourrait fournir des renseignements utiles pour justifier les raisons de sa position (voir, p. ex., *R. c. Burback*, 2012 ABCA 30, 522 A.R. 352, par. 14). L'une ou l'autre partie peut demander à fournir des renseignements, éléments de preuve ou arguments supplémentaires pour répondre aux préoccupations du juge, ou présenter des autorités additionnelles qui n'ont pas été portées à l'attention du juge auparavant (voir, p. ex., *R. c. Ehaloak*, 2017 NUCA 4, par. 37 (CanLII)). Par exemple, une peine plus sévère pourrait entraîner une conséquence indirecte. Si les positions des parties comportent un élément négocié impliquant un *quid pro quo*, une contrepartie, que les parties, pour quelque raison que ce soit, ont choisi de ne pas expliquer, le fait d'être informées que le juge envisage d'infliger une peine plus sévère leur donne la possibilité de déposer toutes leurs cartes sur la table (m.i., par. 62). À titre d'exemple, la Couronne pourrait profiter de l'occasion pour expliquer que la clémence apparente de sa recommandation est justifiée, compte tenu de lacunes de sa preuve qui auraient fait en sorte qu'il aurait été difficile d'obtenir une déclaration de culpabilité au procès.

[88] These considerations highlight the importance of ensuring that the parties have notice and an opportunity to respond to the sentencing judge's concerns; the failure to adhere to this procedure is a breach of the duty of procedural fairness. I next turn to discuss the issue of remedy.

[88] Ces considérations font ressortir l'importance de veiller à ce que les parties soient avisées des préoccupations du juge de la peine et aient la possibilité d'y répondre; l'omission de suivre cette procédure constitue un manquement à l'obligation d'équité procédurale. Je vais maintenant examiner la question de la réparation.

C. *Remedy for Breach of the Duty of Procedural Fairness in Sentencing*

C. *La réparation pour manquement à l'obligation d'équité procédurale dans la détermination de la peine*

[89] In *Lacasse* and *Friesen*, this Court stated that an appellate court can only intervene to vary a sentence if (1) the sentence is demonstrably unfit; or (2) the sentencing judge made an error in principle that had an impact on the sentence (*Lacasse*, at paras. 41 and 44; *Friesen*, at para. 26; *R. v. Parranto*, 2021 SCC 46, [2021] 3 S.C.R. 366, at para. 30).

[89] Dans les arrêts *Lacasse* et *Friesen*, notre Cour a déclaré qu'une cour d'appel ne peut intervenir pour modifier une peine que dans les cas suivants : (1) la peine est manifestement non indiquée; ou (2) le juge a commis une erreur de principe qui a eu une incidence sur la détermination de la peine (*Lacasse*, par. 41 et 44; *Friesen*, par. 26; *R. c. Parranto*, 2021 CSC 46, [2021] 3 R.C.S. 366, par. 30).

[90] This deferential approach to appellate review of sentencing decisions is critical. Parliament chose

[90] Cette approche déférentielle est essentielle en cas de contrôle en appel des décisions en matière de

to grant discretion to sentencing judges to determine the appropriate degree and kind of punishment under the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46 (*Lacasse*, at para. 41; *R. v. M. (C.A.)*, [1996] 1 S.C.R. 500, at para. 90; s. 718.3(1) of the *Criminal Code*). Sentencing judges are in a privileged position and bring "unique qualifications of experience and judgment" to their task (*M. (C.A.)*, at para. 91). And, concerns regarding delay and misuse of judicial resources would arise if appellate courts were to take a more interventionist approach to sentencing appeals (*Lacasse*, at para. 48).

[91] The respondent Crown relies on *Lacasse* and *Friesen* to argue that a procedural deficiency in sentencing may justify appellate intervention only if it had an impact on the sentence: "In the absence of an impact on the sentence that was imposed, fairness does not require the appeal court to redo the entire exercise from scratch" (R.F., at para. 67).

[92] In my view, it is neither appropriate nor helpful to try to fit the analysis of procedural unfairness into the framework for appellate intervention set out in *Lacasse* and *Friesen*. First, these decisions were not concerned with issues of procedural fairness. The sentencing decisions at issue in each case did not involve any breach of procedural fairness. Further, the discussion of the role of appellate courts in these cases focused on their "dual role" of safeguarding against errors and developing the law and providing guidance (*Friesen*, at para. 34; *Lacasse*, at paras. 36-37). Because procedural fairness was not at issue, this Court did not comment upon the important role that appellate courts also play in maintaining public respect for the administration of justice by ensuring fairness and the perception of fairness within the criminal justice system (see, e.g., *S. (R.D.)*, at para. 91, per Cory J.; *R. v. Walker*, 2019 ONCA 765, 381 C.C.C. (3d) 259, at para. 25).

détermination de la peine. Le Parlement a choisi de conférer aux juges chargés de prononcer les peines le pouvoir discrétionnaire de déterminer le genre de peine qui doit être infligée en vertu du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, et l'importance de celle-ci (*Lacasse*, par. 41; *R. c. M. (C.A.)*, [1996] 1 R.C.S. 500, par. 90; par. 718.3(1) du *Code criminel*). Ces juges bénéficient d'une situation avantageuse et mettent à profit « une qualification unique sur le plan de l'expérience et de l'appréciation » dans l'accomplissement de leur tâche (*M. (C.A.)*, par. 91). En outre, des préoccupations liées aux délais et à l'utilisation abusive des ressources judiciaires surgiraient si les cours d'appel adoptaient une approche plus interventionniste à l'égard des appels portant sur la détermination de la peine (*Lacasse*, par. 48).

[91] La Couronne intimée s'appuie sur les arrêts *Lacasse* et *Friesen* pour prétendre qu'une lacune procédurale dans la détermination de la peine ne peut justifier l'intervention d'une cour d'appel que si cette lacune a eu une incidence sur la peine : [TRADUCTION] « En l'absence d'incidence sur la peine qui a été infligée, l'équité n'exige pas que la cour d'appel reprenne entièrement l'opération » (m.i., par. 67).

[92] À mon avis, il n'est ni indiqué ni utile d'essayer d'intégrer l'analyse de l'iniquité procédurale au cadre d'intervention en appel établi dans les arrêts *Lacasse* et *Friesen*. Premièrement, ces décisions ne soulevaient pas de questions d'équité procédurale. Les peines en litige dans chacune de ces causes n'impliquaient aucun manquement à l'équité procédurale. De plus, l'analyse du rôle des cours d'appel réalisée dans ces affaires s'est attachée au « double rôle » que jouent ces tribunaux en faisant office de rempart contre les erreurs, ainsi qu'en veillant au développement du droit et en fournissant des balises (*Friesen*, par. 34; *Lacasse*, par. 36-37). Comme l'équité procédurale n'était pas en cause, notre Cour ne s'est pas prononcée sur le rôle important que jouent également les cours d'appel dans le maintien du respect du public envers l'administration de la justice en assurant l'équité et l'apparence d'équité au sein du système de justice pénale (voir, p. ex., *S. (R.D.)*, par. 91, le juge Cory; *R. c. Walker*, 2019 ONCA 765, 381 C.C.C. (3d) 259, par. 25).

[93] Second, issues of procedural fairness are not captured by the *Lacasse* and *Friesen* framework because procedural fairness is an independent right. The decisions in *Lacasse* and *Friesen* do not detract from this Court's longstanding recognition that procedural unfairness is an independent basis for reviewing decisions affecting an individual's rights and interests. In *Cardinal v. Director of Kent Institution*, [1985] 2 S.C.R. 643, at p. 661, this Court stated that "[t]he right to a fair hearing must be regarded as an independent, unqualified right". Similarly, outside of the administrative law context, this Court in *R. v. Tran*, [1994] 2 S.C.R. 951, at p. 981, referred to the "independent responsibility" that courts have "to ensure that their proceedings are fair and in accordance with the principles of natural justice".

[94] Thirdly, given that it is an independent right, the inquiry into procedural fairness is distinct from the inquiry into whether a sentence is unfit or whether there has been an error in principle that impacted the sentence. If the process was unfair, by definition, the basis upon which the sentence was determined is undermined.

[95] Procedural fairness asks whether the sentence arrived at was the product of a fair procedure. By contrast, the inquiry into the fitness of a sentence focuses on whether it constitutes an "unreasonable departure" from the fundamental principle of proportionality (*Lacasse*, at paras. 52-53).

[96] Similarly, an assessment of whether there was an error in principle that impacted sentence is separate from an assessment of procedural fairness. Errors in principle include "an error of law, a failure to consider a relevant factor, or erroneous consideration of an aggravating or mitigating factor" (*Friesen*, at para. 26). The weighing of factors can constitute an error in principle only if the sentencing judge exercised their discretion unreasonably. Whether or not the parties could exercise their right to be heard — a central concern of procedural fairness — is not addressed by the focus on the sentencing judge's discretion or their application of the principles of sentencing.

[93] Deuxièmement, les questions d'équité procédurale ne sont pas visées par le cadre établi dans les arrêts *Lacasse* et *Friesen*, parce que l'équité procédurale est un droit distinct. Les décisions rendues dans ces affaires n'ont pas pour effet d'atténuer la reconnaissance de longue date par notre Cour du fait que l'iniquité procédurale constitue un motif distinct de révision des décisions qui affectent les droits et intérêts d'un particulier. Dans l'arrêt *Cardinal c. Directeur de l'Établissement Kent*, [1985] 2 R.C.S. 643, p. 661, notre Cour a déclaré qu'« [i]l faut considérer le droit à une audition équitable comme un droit distinct et absolu ». De même, dans un contexte autre que le droit administratif, à savoir dans l'arrêt *R. c. Tran*, [1994] 2 R.C.S. 951, p. 981, notre Cour a fait état de la « responsabilité indépendante » qu'ont les tribunaux « d'assurer l'équité de leurs procédures et leur conformité avec les principes de justice naturelle ».

[94] Troisièmement, comme l'équité procédurale constitue un droit distinct, l'analyse de celle-ci se distingue de celle de la question de savoir si une peine n'est pas indiquée ou si une erreur de principe a eu une incidence sur la peine. Si la procédure a été inéquitable, par définition, le fondement sur lequel la peine a été déterminée est ébranlé.

[95] L'analyse de l'équité procédurale consiste à se demander si la peine qui a été infligée est le résultat d'une procédure équitable. À l'inverse, l'analyse de la justesse d'une peine s'attache à la question de savoir si celle-ci « s'écarte de manière déraisonnable » du principe fondamental de la proportionnalité (*Lacasse*, par. 52-53).

[96] De même, l'examen de la question de savoir si une erreur de principe a eu une incidence sur la détermination de la peine se distingue de l'appréciation du respect de l'équité procédurale. Parmi les erreurs de principe, mentionnons « l'erreur de droit, l'omission de tenir compte d'un facteur pertinent ou encore la considération erronée d'un facteur aggravant ou atténuant » (*Friesen*, par. 26). La manière dont le juge de la peine a soupesé des facteurs ne peut constituer une erreur de principe que si ce dernier a exercé déraisonnablement son pouvoir discrétionnaire. L'accent mis sur le pouvoir discrétionnaire du juge de la peine ou sur l'application par celui-ci des principes

A breach of procedural fairness impacts the right to a fair hearing and confidence in the exercise of the court's jurisdiction in reaching the result, regardless of whether or not the result is consistent with the purposes, principles and objectives of sentencing.

[97] Additionally, in many cases, it will be impossible for an accused to demonstrate that a breach of procedural fairness had an actual impact on sentence. I agree with the observation from C. C. Ruby, *Sentencing* (10th ed. 2020), at §3.93, that, "we do not know where on the proper range the sentence would have been fixed if the judge had heard effective submissions". To give an obvious example, a sentencing judge may reject the Crown's recommendation as too lenient, without appreciating that the recommendation was justified by deficiencies in the Crown's case that would have made it difficult to secure a conviction at trial. This information is not something the accused can credibly speak to, to demonstrate how further submissions could have impacted the sentence.

[98] In my view, a breach of the duty of procedural fairness in sentencing, in itself, will generally require that the decision of the sentencing judge be set aside. Procedural fairness is an essential aspect of a sentencing hearing.

[99] The Crown argues that, where a sentencing judge imposes a more stringent sentence without providing notice or an opportunity for further submissions, there is no meaningful loss of procedural fairness, since a sentence appeal is "the forum which gives the parties the opportunity to make the full argument they were denied in the court below" (R.F., at para. 66). I would not give effect to this submission.

de détermination de la peine ne prend pas en compte la question de savoir si les parties ont pu ou non exercer leur droit d'être entendues — une préoccupation centrale de l'équité procédurale. Un manquement à l'équité procédurale a une incidence sur le droit à une audience équitable et sur la confiance dans la façon dont le tribunal exerce sa juridiction afin d'arriver à sa décision, indépendamment du fait que le résultat soit conforme ou non à l'objet, aux principes et aux objectifs de la détermination de la peine.

[97] En outre, dans bien des cas il sera impossible pour l'accusé de démontrer qu'un manquement à l'équité procédurale a eu une incidence concrète sur la peine. Je souscris à l'observation suivante, tirée de l'ouvrage de C. C. Ruby intitulé *Sentencing* (10e éd. 2020), §3.93 : [TRADUCTION] « . . . nous ne savons pas où la peine aurait été fixée sur la fourchette appropriée si le juge avait entendu des observations utiles ». À titre d'exemple évident, un juge peut rejeter la recommandation de la Couronne parce qu'il la trouve trop clémente, sans savoir que cette recommandation était justifiée en raison de lacunes dans la preuve de la Couronne qui auraient rendu difficile l'obtention d'une déclaration de culpabilité au procès. Une telle information n'est pas quelque chose que l'accusé peut invoquer de manière crédible afin de démontrer en quoi d'autres observations auraient pu avoir une incidence sur la peine.

[98] Je suis d'avis que, en soi, un manquement à l'obligation d'équité procédurale dans la détermination de la peine requiert généralement l'annulation de la décision rendue par le juge de la peine. L'équité procédurale est un aspect essentiel d'une audience de détermination de la peine.

[99] La Couronne prétend que, dans les cas où le juge inflige une peine plus rigoureuse sans avoir donné aux parties un avis ou la possibilité de présenter des observations additionnelles, il n'y a pas de perte appréciable d'équité procédurale, puisque la formation d'un appel à l'encontre de la peine est [TRADUCTION] « l'instance qui donne aux parties l'occasion dont elles ont été privées devant la juridiction inférieure de présenter une argumentation complète » (m.i., par. 66). Je ne peux faire droit à cette prétention.

[100] The task of an appellate court is fundamentally different when it acts in its appellate function and when it acts as a court of first instance. In the former role, the court begins its examination of the sentence from a position of deference. By contrast, when it concludes that the sentence was the product of an unfair procedure, the sentencing decision must be set aside, and the appellate court "will apply the principles of sentencing afresh to the facts, without deference to the existing sentence" (*Friesen*, at para. 27).

[101] Where a sentencing judge imposes a harsher sentence than the Crown proposes without providing notice or inviting further submissions, the breach of procedural fairness may have had an impact on the sentence precisely because it is not possible to say whether further submissions would have impacted the sentence. In these circumstances, it is necessary to set the decision aside and conduct the sentencing afresh in order to restore fairness and the appearance of fairness to the proceedings. I agree with the Court of Appeal for Ontario that "[i]t is not appropriate to deny procedural fairness during the sentencing process with the expectation that any error can be cured on appeal" (*Blake-Samuels*, at para. 33). An accused should not have to rely on the appeal process to ensure fairness; rather, "[f]airness should be afforded at all steps" (para. 33).

[102] Thus, it is not necessary for the accused to demonstrate that the breach of procedural fairness caused actual prejudice. As the Court stated in *Cardinal*, "I find it necessary to affirm that the denial of a right to a fair hearing must always render a decision invalid, whether or not it may appear to a reviewing court that the hearing would likely have resulted in a different decision" (p. 661). Similarly, the Court has also recognized that the judgment of a partial adjudicator must be set aside, regardless of the merits of their decision: "The damage created by apprehension of bias cannot be remedied. The hearing, and any subsequent order resulting from it, is void" (*R. v. Curragh Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 537, at para. 6

[100] La tâche d'une cour d'appel diffère fondamentalement lorsqu'elle exerce sa fonction de tribunal d'appel ou qu'elle agit comme tribunal de première instance. Dans le premier rôle, la cour commence son examen de la peine d'un point de vue empreint de déférence. Par contraste, quand elle conclut que la peine est le résultat d'une procédure inéquitable, la décision sur la peine doit être annulée, et la cour d'appel « appliquera de nouveau les principes de la détermination de la peine aux faits sans faire preuve de déférence envers la peine existante » (*Friesen*, par. 27).

[101] Dans les cas où un juge inflige une peine plus sévère que celle proposée par la Couronne sans avoir avisé les parties ou les avoir invitées à présenter des observations additionnelles, ce manquement à l'équité procédurale peut avoir eu une incidence sur la peine précisément parce qu'il est impossible de dire si ces observations auraient eu une incidence sur la peine. Dans de telles circonstances, il est nécessaire d'annuler la décision et de déterminer à nouveau la peine afin de rétablir l'équité et l'apparence d'équité de la procédure. Je fais mienne l'affirmation suivante de la Cour d'appel de l'Ontario : [TRADUCTION] « Il est injustifié de refuser l'équité procédurale durant le processus de détermination de la peine en se disant que toute erreur peut être corrigée en appel » (*Blake-Samuels*, par. 33). L'accusé ne devrait pas avoir à compter sur le processus d'appel pour lui assurer l'équité; au contraire, [TRADUCTION] « [l]e bénéfice de l'équité devrait lui être accordé à toutes les étapes » (par. 33).

[102] Il n'est donc pas nécessaire que l'accusé démontre que le manquement à l'équité procédurale a causé un préjudice concret. Comme l'a dit notre Cour dans l'arrêt *Cardinal*, « j'estime nécessaire d'affirmer que la négation du droit à une audition équitable doit toujours rendre une décision invalide, que la cour qui exerce le contrôle considère ou non que l'audition aurait vraisemblablement amené une décision différente » (p. 661). Dans le même ordre d'idées, la Cour a également reconnu que le jugement d'un décideur partial doit être annulé, peu importe le bien-fondé de sa décision : « Le préjudice résultant d'une crainte de partialité est irrémédiable. L'audience, ainsi que toute ordonnance à laquelle elle aboutit, est nulle »

(emphasis deleted), citing *Newfoundland Telephone Co. v. Newfoundland (Board of Commissioners of Public Utilities)*, [1992] 1 S.C.R. 623, at p. 645).

[103] A new determination of a fit sentence will be required, because the procedural deficiency *may* have worked to the prejudice of one of the parties (*Kane v. Board of Governors (University of British Columbia)*, [1980] 1 S.C.R. 1105, at p. 1116). Nonetheless, there are rare circumstances in which a court may exercise its discretion to not grant a remedy for a procedural deficiency where the result is otherwise inevitable (*Mobil Oil Canada Ltd. v. Canada-Newfoundland Offshore Petroleum Board*, [1994] 1 S.C.R. 202, at p. 228; *R. v. Papadopoulos* (2005), 196 O.A.C. 335, at para. 24; *Drapeau v. R.*, 2020 QCCA 796).

[104] In sum, where a sentencing judge fails to advise the parties and invite submissions concerning his or her intention to impose a harsher sentence than the Crown proposes, it is not possible to say whether further submissions would have impacted the sentence. The accused must show that there was a breach of the duty of procedural fairness but need not show actual prejudice. However, in rare cases, the court may choose not to grant a remedy where it is clear that the breach was such that the result was inevitable and public confidence would not be affected.

[105] Where a court of appeal determines that there has been a breach of procedural fairness requiring the sentencing decision to be set aside, it must perform its own sentencing analysis without deference to the decision of first instance. In *R. v. Sipos*, 2014 SCC 47, [2014] 2 S.C.R. 423, at para. 27, this Court recognized that "the predominant view is that there is no authority in the court of appeal to remit the matter to the trial judge for a new sentencing hearing. . . . If the court of appeal finds that there are grounds requiring its intervention, it imposes a fit sentence in what amounts to a new sentencing hearing" (see also *Lowry and*

(*R. c. Curragh Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 537, par. 6 (soulignement omis), citant *Newfoundland Telephone Co. c. Terre-Neuve (Board of Commissioners of Public Utilities)*, [1992] 1 R.C.S. 623, p. 645).

[103] La tenue d'une nouvelle procédure en vue de déterminer une peine indiquée sera nécessaire, étant donné que la lacune procédurale *peut* avoir causé préjudice à l'une des parties (*Kane c. Conseil d'administration (Université de la Colombie-Britannique)*, [1980] 1 R.C.S. 1105, p. 1116). Il existe néanmoins de rares circonstances dans lesquelles le tribunal peut exercer son pouvoir discrétionnaire de ne pas accorder une réparation à l'égard d'une lacune procédurale lorsque le résultat est par ailleurs inévitable (*Mobil Oil Canada Ltd. c. Office Canada-Terre-Neuve des hydrocarbures extracôtiers*, [1994] 1 R.C.S. 202, p. 228; *R. c. Papadopoulos* (2005), 196 O.A.C. 335, par. 24; *Drapeau c. R.*, 2020 QCCA 796).

[104] En somme, lorsque le juge de la peine n'avise pas les parties de son intention d'infliger une peine plus sévère que celle proposée par la Couronne et ne les invite pas à présenter des observations à ce sujet, il n'est pas possible d'affirmer que des observations additionnelles auraient pu avoir une incidence sur la peine. L'accusé doit démontrer qu'il y a eu un manquement à l'obligation d'équité procédurale, mais il n'a pas à établir l'existence d'un préjudice concret. Cependant, dans de rares cas, le tribunal peut décider de ne pas accorder de réparation lorsqu'il est clair que le manquement était tel que le résultat était inévitable et que la confiance du public ne serait pas ébranlée.

[105] Dans les cas où la cour d'appel juge qu'il y a eu un manquement à l'équité procédurale requérant l'annulation de la décision sur la peine, elle doit procéder à sa propre analyse de détermination de la peine sans faire montre de déférence envers la décision rendue en première instance. Dans l'arrêt *R. c. Sipos*, 2014 CSC 47, [2014] 2 R.C.S. 423, par. 27, notre Cour a reconnu que, « selon la position prédominante, [la cour d'appel n'est pas] autorisée à renvoyer l'affaire au juge du procès pour que celui-ci tienne une nouvelle audience de détermination de la peine. [. . .] Si la cour d'appel conclut que son intervention

Lepper). There is no specific provision in the *Criminal Code* empowering the court of appeal to remit the case back to the sentencing judge (Ruby, at §4.52).

[106] In sentencing afresh, the appellate court may reach a decision that coincides with the penalty imposed at first instance, despite the additional submissions and analysis. However, irrespective of the outcome of sentencing afresh, it is essential that fairness and the appearance of fairness have been restored.

III. Application

[107] The appellant, Mr. Nahanee, seeks an order allowing the appeal, and asks this Court to impose a sentence consistent with the Crown and the defence counsel's sentencing recommendation, or, in the alternative, to refer the matter back to the Court of Appeal for a full and fresh sentencing hearing.

[108] I have come to the conclusion that there was a breach of the duty of procedural fairness that requires the sentencing decision to be set aside. The sentencing judge imposed a harsher sentence than what the Crown proposed without providing the requisite notice or opportunity for further submissions.

[109] Even accepting that Mr. Nahanee might not have put forward substantively new information in response to an invitation for further submissions, he would have nevertheless been able to make further submissions tailored to the sentencing judge's concerns. Additionally, it is not known how the Crown would have responded to support its recommendation or how this could have addressed the sentencing judge's concerns. In these circumstances, we must make sure that justice appears to be done.

est justifiée, elle inflige une peine juste dans ce qui équivaut à une nouvelle audience de détermination de la peine » (voir aussi *Lowry et Lepper*). Le *Code criminel* ne renferme aucune disposition particulière qui habilite la cour d'appel à renvoyer l'affaire au juge qui a infligé la peine (Ruby, §4.52).

[106] La cour d'appel qui procède à une nouvelle détermination de la peine peut rendre une décision qui coïncide avec la sanction infligée en première instance, et ce, malgré l'analyse et les observations additionnelles. Toutefois, peu importe l'issue de la nouvelle détermination de la peine, il est essentiel que l'équité et l'apparence d'équité aient été rétablies.

III. Application

[107] L'appelant, M. Nahanee, sollicite une ordonnance accueillant l'appel, et il demande à notre Cour d'infliger une peine conforme à la recommandation de la Couronne et de la défense à cet égard ou, subsidiairement, de renvoyer l'affaire à la Cour d'appel pour qu'elle tienne une nouvelle et complète audience de détermination de la peine.

[108] J'arrive à la conclusion qu'il y a eu un manquement à l'obligation d'équité procédurale qui requiert l'annulation de la décision sur la peine. La juge a infligé une peine plus sévère que celle proposée par la Couronne sans donner aux parties l'avis requis ou la possibilité nécessaire de présenter des observations additionnelles.

[109] Même en supposant que M. Nahanee n'aurait peut-être pas fourni de nouveaux renseignements substantiels en réponse à une invitation de présenter des observations additionnelles, il aurait néanmoins été en mesure de formuler des observations adaptées aux préoccupations de la juge de la peine. En outre, on ne sait pas comment la Couronne aurait répondu afin de soutenir sa recommandation ou de quelle manière sa recommandation aurait pu satisfaire aux préoccupations de la juge. Dans ces circonstances, nous devons veiller à ce que justice paraisse avoir été rendue.

IV. Disposition

[110] For the foregoing reasons, I would allow the appeal and would refer the matter back to the Court of Appeal for British Columbia to perform its own sentencing analysis to determine a fit sentence.

Appeal dismissed, KARAKATSANIS *and* CÔTÉ JJ. *dissenting.*

Solicitors for the appellant: Jabour Sudeyko Lucky, North Vancouver; Michael Sobkin, Ottawa.

Solicitor for the respondent: Ministry of Attorney General – Criminal Appeals and Special Prosecutions, Vancouver.

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

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

Solicitor for the intervener the Attorney General of Alberta: Alberta Crown Prosecution Service, Appeals and Specialized Prosecutions Office, Calgary.

Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario): Bottomley VanderHeyden, Toronto; Savard Foy, Toronto.

Solicitors for the intervener the Trial Lawyers Association of British Columbia: McConchie Criminal Law, Vancouver; WyllieLaw, Vancouver.

Solicitors for the interveners the Saskatchewan Trial Lawyers Association Inc. and the Canadian Council of Criminal Defence Lawyers: Wolson Roitenberg Robinson Wolson Minuk, Winnipeg; Pfefferle Law Office, Saskatoon.

Solicitors for the intervener the Criminal Defence Lawyers Association of Manitoba: University of

IV. Dispositif

[110] Pour les motifs qui précèdent, j'accueillerais le pourvoi et je renverrais l'affaire à la Cour d'appel de la Colombie-Britannique pour qu'elle procède à sa propre analyse en vue de déterminer une peine indiquée.

Pourvoi rejeté, les juges KARAKATSANIS *et* CÔTÉ *sont dissidentes.*

Procureurs de l'appelant : Jabour Sudeyko Lucky, North Vancouver; Michael Sobkin, Ottawa.

Procureur de l'intimé : Ministry of Attorney General – Criminal Appeals and Special Prosecutions, Vancouver.

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

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario : Ministère du Procureur général de l'Ontario, Bureau des avocats de la Couronne – Droit criminel, Toronto.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Alberta : Alberta Crown Prosecution Service, Appeals and Specialized Prosecutions Office, Calgary.

Procureurs de l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario) : Bottomley VanderHeyden, Toronto; Savard Foy, Toronto.

Procureurs de l'intervenante Trial Lawyers Association of British Columbia : McConchie Criminal Law, Vancouver; WyllieLaw, Vancouver.

Procureurs des intervenants Saskatchewan Trial Lawyers Association Inc. et le Conseil canadien des avocats de la défense : Wolson Roitenberg Robinson Wolson Minuk, Winnipeg; Pfefferle Law Office, Saskatoon.

Procureurs de l'intervenante Criminal Defence Lawyers Association of Manitoba : University of

Manitoba, Robson Hall — Faculty of Law, Winnipeg; AJS Law, Brandon.

Solicitors for the intervener the Independent Criminal Defence Advocacy Society: Peck and Company, Vancouver; Kate Oja, Yellowknife.

Manitoba, Robson Hall — Faculty of Law, Winnipeg; AJS Law, Brandon.

Procureurs de l'intervenante Independent Criminal Defence Advocacy Society : Peck and Company, Vancouver; Kate Oja, Yellowknife.

Eugene Ndhlovu *Appellant*

v.

His Majesty The King *Respondent*

and

Attorney General of Canada, Attorney General of Ontario, Attorney General of Quebec, Attorney General of Nova Scotia, Attorney General of British Columbia, Criminal Lawyers' Association (Ontario), Canadian Civil Liberties Association, HIV & AIDS Legal Clinic Ontario, HIV Legal Network, Mobile Legal Clinic and Association québécoise des avocats et avocates de la défense *Interveners*

Indexed as: R. *v.* Ndhlovu

2022 SCC 38

File No.: 39360.

2022: February 8; 2022: October 28.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL OF ALBERTA

Constitutional law — Charter of Rights — Right to liberty — Fundamental justice — Remedy — Section 490.012 of Criminal Code requiring mandatory registration on national sex offender registry of offenders found guilty of designated sexual offences — Section 490.013(2.1) of Criminal Code requiring lifetime registration for offenders convicted of more than one designated offence — Whether provisions infringe right to liberty of offenders — If so, whether infringement justified — Appropriate remedy if right to liberty unjustifiably infringed — Constitution Act, 1982, s. 52(1) — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7 — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46,

Eugene Ndhlovu *Appelant*

c.

Sa Majesté le Roi *Intimé*

et

Procureur général du Canada, procureur général de l'Ontario, procureur général du Québec, procureur général de la Nouvelle-Écosse, procureur général de la Colombie-Britannique, Criminal Lawyers' Association (Ontario), Association canadienne des libertés civiles, HIV & AIDS Legal Clinic Ontario, Réseau juridique VIH, Clinique juridique itinérante et Association québécoise des avocats et avocates de la défense *Intervenants*

Répertorié : R. *c.* Ndhlovu

2022 CSC 38

N° du greffe : 39360.

2022 : 8 février; 2022 : 28 octobre.

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 — Droit à la liberté — Justice fondamentale — Réparation — Article 490.012 du Code criminel exigeant l'inscription obligatoire des délinquants déclarés coupables d'infractions sexuelles désignées au registre national des délinquants sexuels — Paragraphe 490.013(2.1) du Code criminel exigeant l'inscription à perpétuité des délinquants déclarés coupables de plus d'une infraction désignée — Les dispositions portent-elles atteinte au droit à la liberté des délinquants? — Dans l'affirmative, l'atteinte est-elle justifiée? — Réparation appropriée en cas d'atteinte injustifiée au droit à la liberté — Loi constitutionnelle

ss. 490.012, 490.013(2.1) — Sex Offender Information Registration Act, S.C. 2004, c. 10.

In 2015, the accused pled guilty to two counts of sexual assault against two complainants with respect to assaults that had both occurred at a party in 2011. The sentencing judge imposed a global sentence of six months' imprisonment and three years' probation. After canvassing the accused's background and the evidence, the sentencing judge found that he was unlikely to reoffend. Despite this finding, due to his convictions on the two counts of sexual assault, the accused was subject, pursuant to ss. 490.012(1) and 490.013(2.1) of the *Criminal Code*, to mandatory lifetime registration in the national sex offender registry created by the *Sex Offender Information Registration Act* ("*SOIRA*"). Section 490.012 provides that *SOIRA* orders are mandatory for offenders convicted of designated offences such as sexual assault and other sexual offences. Section 490.013(2.1), added in 2011, mandates lifetime registration for individuals convicted of more than one designated offence. As well, previously existing prosecutorial discretion and judicial discretion to impose *SOIRA* orders were removed in 2011. Registered offenders are subject to many reporting requirements: they must report in person to a registration centre to provide extensive personal information, update their information in person yearly, and report in person at the registration centre any changes in primary or secondary address and name, or report if they receive a driver's licence or passport. Moreover, offenders must notify the registration centre within seven days of any change regarding their employment or volunteering information, and notify the registration centre if they intend to be away from their primary or secondary residence for seven or more consecutive days. Non-compliance with any of these conditions may result in prosecution, with penalties of up to 2 years' imprisonment, up to $10,000 in fines, or both. Further, police officers conduct random compliance checks to verify the information on the registry. At a minimum, offenders are subject to at least one annual verification of their residential address.

de 1982, art. 52(1) — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7 — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 490.012, 490.013(2.1) — Loi sur l'enregistrement de renseignements sur les délinquants sexuels, L.C. 2004, c. 10.

En 2015, l'accusé a plaidé coupable à deux chefs d'agression sexuelle contre deux plaignantes relativement à deux agressions survenues lors d'une fête en 2011. La juge chargée de la détermination de la peine a infligé une peine globale de six mois d'emprisonnement et de trois ans de probation. Après avoir examiné les antécédents de l'accusé et la preuve, la juge a estimé qu'il était peu probable qu'il récidive. Malgré cette conclusion, en raison de sa déclaration de culpabilité relative aux deux chefs d'agression sexuelle, l'accusé a fait l'objet, conformément aux par. 490.012(1) et 490.013(2.1) du *Code criminel*, d'une inscription à perpétuité obligatoire au registre national des délinquants sexuels mis sur pied par la *Loi sur l'enregistrement de renseignements sur les délinquants sexuels* (« *LERDS* »). L'article 490.012 prévoit que les ordonnances de se conformer à la *LERDS* sont obligatoires dans le cas des délinquants reconnus coupables d'infractions désignées comme l'agression sexuelle et d'autres infractions sexuelles. Ajouté en 2011, le par. 490.013(2.1) prévoit l'inscription à perpétuité des individus reconnus coupables de plus d'une infraction désignée. De plus, le pouvoir discrétionnaire qu'avait le poursuivant et celui qu'avait le juge de rendre des ordonnances enjoignant au délinquant de se conformer à la *LERDS* ont été supprimés en 2011. Le délinquant inscrit au registre est soumis à de nombreuses obligations de déclaration : il doit se présenter en personne à un bureau d'inscription pour fournir des renseignements personnels détaillés, mettre à jour ses renseignements en personne chaque année, et signaler en personne au bureau d'inscription tout changement d'adresse principale ou secondaire, ainsi que tout changement de nom, ou signaler le fait qu'il a reçu un permis de conduire ou un passeport. De plus, le délinquant doit aviser le bureau d'inscription de tout changement à ses renseignements concernant son travail ou son bénévolat au plus tard sept jours après le changement, et informer le bureau d'inscription s'il entend s'absenter de sa résidence principale ou de sa résidence secondaire pendant au moins sept jours consécutifs. Quiconque omet de se conformer à l'une ou l'autre de ces conditions s'expose à des poursuites et encourt un emprisonnement maximal de 2 ans, une amende maximale de 10 000 $, ou les deux. En outre, des policiers procèdent à des contrôles de conformité aléatoires pour vérifier les renseignements consignés au registre. Au minimum, les délinquants sont soumis à au moins une vérification annuelle de leur adresse résidentielle.

The accused brought an application to challenge the constitutionality of both provisions. The sentencing judge concluded ss. 490.012 and 490.013(2.1) breached s. 7 of the *Charter*. She found that the provisions were overbroad because registering offenders with little or no recidivism risk, like the accused, did not advance *SOIRA*'s purpose. She also found them grossly disproportionate, given the onerous cumulative effects of registering. She concluded s. 1 did not save the impugned provisions, and declared them of no force or effect. A majority at the Court of Appeal allowed the Crown's appeal, concluding that neither provision violated s. 7. It found that s. 490.012 was not overbroad since all convicted sex offenders have an increased propensity to commit sex crimes in the future. It also found that s. 490.013(2.1) was not overbroad because Parliament could infer that committing more than one sexual offence is a proxy for an increased recidivism risk, warranting a longer registration period. The majority further concluded that neither provision was grossly disproportionate. The dissenting judge disagreed that the provisions complied with s. 7. While she agreed the provisions were not grossly disproportionate, she found they were overbroad and concluded that the breach of s. 7 was not justified.

L'accusé a présenté une requête en vue de contester la constitutionnalité des deux dispositions. La juge chargée de la détermination de la peine a conclu que l'art. 490.012 et le par. 490.013(2.1) violaient l'art. 7 de la *Charte*. Selon elle, les dispositions avaient une portée excessive parce que l'inscription de délinquants présentant un risque de récidive faible ou nul, comme c'était le cas de l'accusé, ne contribuait pas à la réalisation de l'objectif de la *LERDS*. Elle les a également jugées totalement disproportionnées, compte tenu des effets cumulatifs onéreux de l'inscription. Elle a conclu que l'article premier ne permettait pas de sauvegarder les dispositions contestées, et elle les a déclarées inopérantes. Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont accueilli l'appel de la Couronne et conclu qu'aucune de ces dispositions ne violait l'art. 7. D'après eux, l'art. 490.012 n'avait pas une portée excessive, car tous les délinquants sexuels reconnus coupables ont une propension accrue à commettre d'autres crimes de nature sexuelle dans le futur. Ils ont également estimé que le par. 490.013(2.1) n'avait pas non plus une portée excessive parce que le Parlement pouvait déduire que le fait de commettre plus d'une infraction sexuelle était un indicateur d'un risque accru de récidive, ce qui justifiait une période d'inscription plus longue. Les juges majoritaires ont conclu en outre qu'aucune de ces dispositions n'était totalement disproportionnée. La juge dissidente n'était pas d'accord pour dire que les dispositions étaient conformes à l'art. 7. Tout en admettant que les dispositions n'étaient pas totalement disproportionnées, elle a estimé qu'elles avaient une portée excessive et a conclu que la violation de l'art. 7 n'était pas justifiée.

Held (Wagner C.J. and Moldaver, Côté and Brown JJ. dissenting in part): The appeal should be allowed.

Arrêt (le juge en chef Wagner et les juges Moldaver, Côté et Brown sont dissidents en partie) : Le pourvoi est accueilli.

Per Karakatsanis, Rowe, Martin, Kasirer and Jamal JJ.: Sections 490.012 and 490.013(2.1) of the *Criminal Code* infringe s. 7 of the *Charter*, and cannot be saved by s. 1. The provisions are therefore declared of no force or effect under s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*. The declaration in respect of s. 490.012 is suspended for one year and applies prospectively. However, the accused is exempted from the suspension of the declaration. As for s. 490.013(2.1), the declaration is immediate and applies retroactively.

Les juges Karakatsanis, Rowe, Martin, Kasirer et Jamal : L'article 490.012 et le par. 490.013(2.1) du *Code criminel* violent l'art. 7 de la *Charte*, et ne peuvent être sauvegardés en vertu de l'article premier. Les dispositions sont donc déclarées inopérantes en application du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. La déclaration d'invalidité visant l'art. 490.012 est suspendue pour un an et elle s'applique prospectivement. L'accusé est toutefois soustrait à la suspension de la déclaration. En ce qui concerne le par. 490.013(2.1), la déclaration est immédiate, et elle s'applique rétroactivement.

In order to demonstrate a violation of s. 7 of the *Charter*, a claimant must first show that the law interferes with their life, liberty or security of the person. Liberty protects the right to make fundamental personal choices free from state interference. It also protects against physical restraint ranging from actual imprisonment or arrest to the use of

Pour faire la preuve d'une violation de l'art. 7 de la *Charte*, la partie demanderesse doit d'abord démontrer que la loi porte atteinte à sa vie, à sa liberté ou à la sécurité de sa personne. Le droit à la liberté protège le droit de faire des choix personnels fondamentaux sans intervention de l'État. Il protège également contre la contrainte physique,

state power to compel attendance at a particular place. The impact of a *SOIRA* order on an offender's liberty can only fairly be described as serious. *SOIRA* creates an ongoing obligation to report extensive information, subject to random checks and other compliance measures, under threat of prosecution and punishment by way of imprisonment, fines, or both. This creates continuous state monitoring that can last decades and, for some offenders, a lifetime. *SOIRA* also compels offenders to structure their travel and residency on an ongoing basis to remain in compliance with the legislation. There are thus burdens associated with the ongoing obligations to maintain the currency of the information on the registry, and the potential of imprisonment makes the deprivation of liberty even more severe. The impact on liberty can also be aggravated by an offender's life circumstances. Offenders whose job requires regular, prolonged travel will frequently need to take additional measures to remain in compliance. Even worse, offenders who experience homelessness, substance use issues, and cognitive or mental health challenges may find compliance extremely difficult. As a result, ss. 490.012 and 490.013(2.1) clearly interfere with offenders' liberty.

allant de l'emprisonnement ou de l'arrestation à l'exercice du pouvoir de l'État pour contraindre quelqu'un à se présenter à un lieu déterminé. Les répercussions de l'ordonnance de se conformer à la *LERDS* sur la liberté du délinquant ne peuvent à juste titre être qualifiées que de graves. La *LERDS* le soumet à une obligation continue de communiquer un grand nombre d'informations, l'assujettit à des contrôles aléatoires et à d'autres mesures de conformité sous peine de poursuites et de sanctions sous forme d'emprisonnement, d'amendes ou des deux. Elle donne ainsi lieu à une surveillance continue de l'État qui peut durer des décennies et, pour certains délinquants, toute une vie. La *LERDS* contraint en outre les délinquants à organiser en permanence leurs déplacements et leur lieu de résidence pour se conformer à la législation. L'obligation de tenir constamment à jour les renseignements figurant au registre impose des fardeaux, et le risque d'emprisonnement rend la privation de liberté encore plus grave. L'impact sur la liberté peut également être aggravé par la situation personnelle du délinquant. Les délinquants dont le travail exige des déplacements réguliers et prolongés devront souvent prendre des mesures supplémentaires pour se conformer aux exigences de déclaration de la *LERDS*. Pire encore, les délinquants qui sont sans abri, qui ont des problèmes de toxicomanie et des problèmes cognitifs ou de santé mentale peuvent trouver extrêmement difficile de se conformer à ces exigences. En conséquence, l'art. 490.012 et le par. 490.013(2.1) portent clairement atteinte au droit à la liberté des délinquants.

Once it is established that s. 7 is engaged, the next step is showing that the deprivation is inconsistent with the principles of fundamental justice, such as the principle of fundamental justice against overbreadth. The first step in an overbreadth analysis is to determine the purpose of the challenged provisions. The focus is on the purpose of the challenged provisions, not of the entire act in which they appear, although a correspondence between those purposes may sometimes occur. To determine an impugned law's purpose, courts may consider: statements of purpose in the legislation, if any; the text, context, and scheme of the legislation; and extrinsic evidence such as legislative history and evolution.

Une fois qu'il est établi que l'art. 7 entre en jeu, la prochaine étape consiste à démontrer que la privation n'est pas conforme aux principes de justice fondamentale, tel celui interdisant la portée excessive. La première étape de l'analyse de la portée excessive consiste à déterminer l'objet des dispositions contestées. L'accent est mis sur l'objet des dispositions contestées, et non sur l'ensemble de la loi dans laquelle elles apparaissent, bien qu'il arrive parfois que l'objet des deux coïncide. Pour déterminer l'objet d'une disposition législative contestée, le tribunal peut tenir compte de son énoncé dans le texte de loi, s'il en est, du texte, du contexte et de l'économie de la loi et d'éléments de preuve extrinsèques tels que l'historique du texte de loi et son évolution.

SOIRA's overall purpose is readily identified. As stated in s. 2(1), it is to help police services prevent and investigate crimes of a sexual nature by requiring the registration of certain information relating to sex offenders. Since *SOIRA* and ss. 490.012 and 490.013(2.1) of the *Criminal Code* form an integrated legislative scheme, *SOIRA*'s overall purpose informs the interpretation of the challenged provisions' purpose. Further, the connection between the purpose of

L'objet général de la *LERDS* est facilement identifiable. Tel qu'il est mentionné au par. 2(1), son but est, en exigeant l'enregistrement de certains renseignements sur les délinquants sexuels, d'aider les services de police à prévenir les crimes de nature sexuelle et à enquêter sur ceux-ci. Puisque la *LERDS* ainsi que l'art. 490.012 et le par. 490.013(2.1) du *Code criminel* constituent un régime législatif intégré, l'objectif général de la *LERDS* est utile

the provisions and *SOIRA*'s overall purpose is reinforced by other provisions in *SOIRA* such as s. 2(2), which implies the provisions should be read as closely tied to the overall aim of assisting police. Taking into account legislative history and *SOIRA*'s explicit overall purpose, the purpose of s. 490.012 is to capture information about offenders that may assist police to prevent and investigate sex offences. The means to achieve this purpose is mandatory registration. As for s. 490.013(2.1), no legislative history sheds light on its purpose. However, given the language of the provision, in the context of the existing scheme, Parliament's basis for seeking a longer period of access to information on offenders when more than one offence is committed must be that it believed that these offenders were more likely to reoffend relative to other sex offenders. Given this greater risk of harm, Parliament preferred to have the offender's information available on the registry as long as possible. This is consistent with Parliament's approach to target offenders who commit more serious offences. As such, s. 490.013(2.1) was designed to give police a longer period of access to information on offenders at a greater risk of reoffending. The means to achieve this purpose is lifetime registration for sex offenders who commit more than one designated offence.

Having identified the purpose of the challenged provisions, the next step is to determine whether they are overbroad. A law is overbroad when it is so broad in scope that it includes some conduct that bears no relation to its purpose, making it arbitrary in part. In other words, overbreadth addresses the situation where there is no rational connection between the purpose of the law and some, but not all, of its impacts. A law cannot deprive the life, liberty, or security of the person of even one individual in a way that is inconsistent with the principles of fundamental justice. As a consequence, laws that are broadly drawn to make enforcement more practical run afoul of s. 7 should they deprive the liberty of even one person in a way that does not serve the law's purpose.

Mandatory registration under s. 490.012 is overbroad as it leads to the registration of offenders who are not at an increased risk of committing a future sex offence. Registering such offenders bears no connection to the

pour interpréter l'objet des dispositions contestées. De plus, le lien qui existe entre l'objet des dispositions contestées et l'objectif général de la *LERDS* est renforcé par d'autres dispositions de cette loi comme le par. 2(2), lequel implique que les dispositions devraient être interprétées comme étant étroitement liées à l'objectif général d'aider la police. Étant donné l'historique législatif et l'objet général explicite de la *LERDS*, l'art. 490.012 a pour objet de recueillir, au sujet des délinquants, des renseignements qui peuvent aider la police à prévenir les infractions sexuelles et à enquêter sur celles-ci. Le moyen qui a été retenu pour atteindre cet objet est l'inscription obligatoire. Quant au par. 490.013(2.1), aucun élément relatif à l'historique législatif ne nous éclaire sur son objet. Toutefois, compte tenu du libellé de cette disposition et du régime actuel, en décidant d'accorder un accès prolongé à des renseignements portant sur des délinquants lorsque plus d'une infraction a été commise, le Parlement était sans doute motivé par sa conviction que les auteurs de ces infractions étaient plus susceptibles de récidiver que les autres délinquants sexuels. Compte tenu de ce risque accru de causer du tort à autrui, le Parlement a préféré autoriser la consultation des renseignements sur les délinquants figurant au registre pour la période la plus longue possible. Cette décision concorde avec la volonté du Parlement de cibler les délinquants qui commettent des infractions plus graves. Ainsi, le par. 490.013(2.1) vise à accorder à la police une période d'accès plus longue aux renseignements sur les délinquants présentant un risque accru de récidive. Le moyen qui a été retenu pour atteindre cet objectif est l'inscription à perpétuité des délinquants sexuels qui commettent plus d'une infraction désignée.

Ayant précisé l'objet des dispositions contestées, l'étape suivante consiste à déterminer si elles ont une portée excessive. Une disposition a une portée excessive lorsqu'elle s'applique largement au point de viser certains actes qui n'ont aucun lien avec son objet, ce qui la rend en partie arbitraire. En d'autres termes, il y a portée excessive lorsqu'il n'existe aucun lien rationnel entre l'objet de la disposition et certains de ses effets, mais pas tous. Une loi ne peut porter atteinte au droit à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne ne serait-ce que d'un seul individu d'une manière incompatible avec les principes de justice fondamentale. Par conséquent, les dispositions qui sont rédigées de manière générale afin de faciliter leur application vont à l'encontre de l'art. 7 si elles privent de sa liberté une seule personne d'une manière qui ne sert pas l'objet de la loi.

L'inscription obligatoire prévue à l'art. 490.012 a une portée excessive parce qu'elle entraîne l'inscription de délinquants qui ne présentent pas un risque accru de commettre une autre infraction sexuelle dans le futur. Il n'y a aucun

purpose of capturing information about offenders that may assist police prevent and investigate sex offences. In certain cases, an offender's personal circumstances mean they are not at an increased risk of reoffending, undermining any real possibility that their information on the registry will ever prove useful to police. A rough proxy like a prior conviction for a sexual offence does not readily account for those circumstances. Moreover, it is inaccurate to say that all sexual offenders are at an enhanced risk of reoffending. While a previous conviction for a sexual offence is a risk factor, about 10 percent of the individuals with such a conviction are not, at time of sentencing, at an enhanced risk of reoffending when compared to the general criminal population. Finally, the overbroad nature of s. 490.012 cannot be salvaged by the difficulty with risk assessments at sentencing. An argument based on enforcement practicality implicitly accepts that an individual's rights are breached but holds it is justified for the sake of a benefit to the public — making the administration or enforcement of a law more practical or convenient. Such an argument should be addressed under s. 1 of the *Charter*.

Lifetime registration of those convicted of more than one sexual offence is also overbroad. The purpose of the measure is to give police a longer period of access to information on offenders at a greater risk of reoffending. Yet, as the expert evidence establishes, committing more than one offence without an intervening conviction is not associated with an enhanced recidivism risk. As such, the measure captures some offenders who are not at a relatively greater risk of reoffending.

Sections 490.012 and 490.013(2.1) are not saved under s. 1 of the *Charter*. A breach of the *Charter* is justified under s. 1 when the challenged law has a pressing and substantial object and the means chosen are proportional to that object. The law is proportionate where the means adopted are rationally connected to the law's objective, minimally impairing of the right in question, and the law's salutary effects outweigh its deleterious effects.

The prevention and investigation of sex crimes is a pressing and substantial purpose, and the measures are rationally

lien entre l'inscription de ces délinquants et l'objectif de recueillir, sur les délinquants, des renseignements susceptibles d'aider la police à prévenir les infractions sexuelles et à enquêter sur celles-ci. Dans certains cas, en raison de sa situation personnelle, le délinquant ne présente pas un risque accru de récidive, ce qui exclut toute possibilité réelle que ses renseignements figurant au registre se révèlent un jour utiles à la police. Un indicateur aussi approximatif que l'existence d'une déclaration antérieure de culpabilité pour une infraction sexuelle ne tient pas compte d'emblée de ce type de situation. Qui plus est, il est inexact de dire que tous les délinquants sexuels présentent un risque accru de récidive. Bien qu'une condamnation antérieure pour une infraction sexuelle constitue un facteur de risque, environ 10 p. 100 des individus ayant déjà été reconnus coupables d'une infraction sexuelle ne présentent pas, au moment de la détermination de la peine, un risque de récidive plus élevé que l'ensemble des criminels. Enfin, on ne peut invoquer le fait qu'il est difficile d'évaluer le risque au moment de la détermination de la peine pour justifier la portée excessive de l'art. 490.012. Un argument fondé sur l'utilité pratique sur le plan de l'application reconnaît implicitement que la disposition législative viole les droits de quelqu'un, mais considère que cette violation est justifiée parce que la disposition est avantageuse pour le public, du fait qu'elle rend l'application de la loi plus pratique ou plus commode. Pareil argument doit être examiné dans le cadre de l'analyse fondée sur l'article premier de la *Charte*.

L'inscription à perpétuité des personnes reconnues coupables de plus d'une infraction sexuelle a également une portée excessive. L'objectif de la mesure est d'accorder à la police une période d'accès plus longue à des renseignements sur des délinquants qui présentent un risque accru de récidive. Or, comme le témoignage de l'expert le démontre, le fait de commettre plus d'une infraction sans faire l'objet d'une déclaration de culpabilité dans l'intervalle n'est pas associé à un risque accru de récidive. La mesure en question vise donc des délinquants qui ne présentent pas un risque relativement plus élevé de récidive.

L'article 490.012 et le par. 490.013(2.1) ne sont pas sauvegardés en vertu de l'article premier de la *Charte*. Une violation de la *Charte* est justifiée en vertu de l'article premier lorsque l'objet de la loi contestée est urgent et réel et que les moyens choisis sont proportionnels à cet objet. Une loi est proportionnée à son objet si les moyens adoptés sont rationnellement liés à cet objet, si la loi porte atteinte de façon minimale au droit en question, et si les effets bénéfiques de la loi l'emportent sur ses effets préjudiciables.

La prévention des crimes sexuels et les enquêtes sur ceux-ci constituent un objectif urgent et réel, et les mesures

connected to their objectives. However, ss. 490.012 and 490.013(2.1) are not minimally impairing of an offender's rights. There are reliable, tailored alternatives available that would substantially achieve the challenged measures' objective. Restoring judicial discretion in the registration process would allow for a 90 percent inclusion rate of offenders in the registry. In addition, a variety of tools are available to improve the accuracy of judicial risk assessments, including expert evidence. Alternatively, Parliament can enumerate specific criteria to guide judges on when registering an offender is unlikely to advance the scheme's objective. Regarding s. 490.013(2.1), the Crown has not explained why exempting offenders who commit more than one offence without an intervening conviction would not achieve s. 490.013(2.1)'s purpose. Further, ss. 490.012 and 490.013(2.1)'s deleterious effects outweigh their salutary effects. The evidence on the provisions' benefits is sparse, whereas the deleterious impact on anyone who is subject to the reporting requirements of a *SOIRA* order is clear. The scope of the personal information registered, the frequency at which offenders are required to update their information and, above all, the threat of imprisonment, make the conditions onerous, especially on marginalized populations.

The appropriate remedy is a declaration of invalidity. With respect to s. 490.012, reading it down so that it would simply not apply to offenders who are not at an increased risk of reoffending or who suffer grossly disproportionate impacts would, in practice, reinstate judicial discretion and contradict Parliament's clear intention to remove all judicial discretion to exempt offenders at the time of sentencing from the registry. In addition, on balance, the circumstances justify a suspension of the declaration of invalidity for 12 months. Declarations of invalidity should be suspended when the government demonstrates that an immediately effective declaration of invalidity would endanger an interest of such great importance that, on balance, the benefits of delaying the effect of that declaration outweigh the cost of preserving an unconstitutional law that violates *Charter* rights. Although the rights violation that the suspension would temporarily prolong is significant and granting a suspension runs counter to the public's interest in legislation that complies with the Constitution, declaring s. 490.012 to be of no force or effect immediately would effectively preclude courts from imposing *SOIRA* orders on any offenders, including those at high risk of recidivism, and

sont rationnellement liées à leurs objectifs. Cependant, l'art. 490.012 et le par. 490.013(2.1) ne portent pas atteinte de façon minimale aux droits des délinquants. Il existe des solutions de rechange fiables et adaptées qui permettraient d'atteindre l'objectif des mesures contestées de façon substantielle. Le rétablissement du pouvoir discrétionnaire des juges dans le processus d'inscription permettrait d'atteindre un taux d'inscription de 90 p. 100 des délinquants dans le registre. En outre, les tribunaux disposent d'une foule d'outils — dont les témoignages d'experts — pour évaluer plus exactement les risques. Subsidiairement, le Parlement peut énumérer des critères précis pour aider les juges à déterminer si l'inscription d'un délinquant est peu susceptible de favoriser l'atteinte de l'objectif du régime. En ce qui concerne le par. 490.013(2.1), la Couronne n'a pas expliqué pourquoi le fait d'exempter les délinquants qui commettent plus d'une infraction sans avoir fait l'objet d'une déclaration de culpabilité dans l'intervalle ne permettrait pas d'atteindre l'objectif de ce paragraphe. De plus, les effets préjudiciables de l'art. 490.012 et du par. 490.013(2.1) l'emportent sur leurs effets bénéfiques. Les preuves sur les avantages des dispositions sont rares, alors que l'impact préjudiciable sur toute personne assujettie aux obligations de déclaration imposées par une ordonnance de la *LERDS* est clair. La portée des renseignements personnels consignés, la fréquence à laquelle les délinquants sont tenus de mettre à jour leurs renseignements et, par-dessus tout, la menace d'emprisonnement rendent ces conditions onéreuses, surtout pour les groupes marginalisés.

La réparation appropriée est une déclaration d'invalidité. Pour ce qui est du par. 490.012, l'interpréter de façon atténuée de manière à ce qu'il ne s'applique tout simplement pas aux délinquants qui ne présentent pas un risque accru de récidive ou qui subissent des effets nettement démesurés reviendrait en pratique à rétablir le pouvoir discrétionnaire des juges et contredirait la volonté claire du Parlement de retirer aux juges tout pouvoir discrétionnaire leur permettant de soustraire des délinquants à l'inscription obligatoire au registre au moment de la détermination de la peine. En outre, tout bien considéré, les circonstances justifient la suspension de l'exécution de la déclaration d'invalidité pour une période de 12 mois. Il y a lieu de suspendre l'effet d'une déclaration d'invalidité lorsque l'État démontre qu'une déclaration d'invalidité avec effet immédiat serait susceptible de porter atteinte à un intérêt qui revêt une importance si grande que, tout bien considéré, les avantages qu'il y a à suspendre l'effet de cette déclaration l'emportent sur les inconvénients du maintien d'une loi inconstitutionnelle qui viole des droits garantis par la *Charte*. Même si la violation des droits qui serait temporairement maintenue en raison de la suspension de

could therefore endanger the public interest in preventing and investigating sexual offences committed by high-risk offenders, undermining public safety. Furthermore, the declaration should apply prospectively. A retroactive application of the declaration could frustrate the compelling public interests that require a period of transition, creating uncertainty and removing the protection that justifies the suspension in the first place. A prospective declaration would not unduly prejudice offenders who have been registered since 2011 but whose rights under s. 7 are still violated. Those offenders will be able to ask for a personal remedy pursuant to s. 24(1) of the *Charter* in order to be removed from the registry if they can demonstrate that *SOIRA*'s impacts on their liberty bears no relation or is grossly disproportionate to the objective of s. 490.012.

With respect to s. 490.013(2.1), an immediate declaration of invalidity is appropriate given that the offenders will remain registered and there is no gap for Parliament to fill. Furthermore, there is no compelling reason to rebut the presumption of retroactive application of the declaration. Because the declaration affects all those impacted by the enactment of the provision since 2011, offenders who are subject to a lifetime order pursuant to this provision after having been convicted of more than one sexual offence without an intervening conviction can seek a s. 24(1) remedy to change the length of their registration.

Per Wagner C.J. and Moldaver, Côté and Brown JJ. (dissenting in part): The appeal should be allowed in part. There is agreement with the majority that mandatory lifetime registration in s. 490.013(2.1) of the *Criminal Code* is overbroad. However, s. 490.012 is constitutional. It is appropriately tailored to its purpose of helping the police prevent and investigate sexual crimes, and does not limit an offender's s. 7 rights in a manner that bears no connection to its objective. The exercise of judicial discretion to exempt offenders from registration under *SOIRA* was the very problem that prompted Parliament to amend the *Criminal*

cette déclaration est importante et ordonner la suspension irait également à l'encontre de l'intérêt qu'a le public à l'égard d'une loi conforme à la Constitution, déclarer l'art. 490.012 inopérant avec effet immédiat empêcherait effectivement les tribunaux d'imposer des ordonnances de la *LERDS* à tous les délinquants, y compris à ceux qui présentent un risque élevé de récidive, et pourrait donc mettre en danger l'intérêt public à prévenir les infractions sexuelles commises par des délinquants présentant un risque élevé et à enquêter sur celles-ci, ce qui compromettrait la sécurité publique. En outre, la déclaration devrait s'appliquer prospectivement. Une application rétroactive de la déclaration d'invalidité pourrait contrecarrer les intérêts publics impérieux qui exigent une période de transition, ce qui créerait de l'incertitude et supprimerait la protection qui, au départ, avait justifié la suspension. Une déclaration d'invalidité avec effet prospectif ne porterait pas indûment préjudice aux délinquants qui sont inscrits depuis 2011, mais dont les droits protégés par l'art. 7 sont toujours violés. Ces délinquants pourront demander une réparation personnelle en vertu du par. 24(1) de la *Charte* pour être retirés du registre s'ils peuvent démontrer que les effets de la *LERDS* sur leur droit à la liberté n'ont aucun lien avec l'objectif de l'art. 490.012 ou sont totalement disproportionnés.

En ce qui concerne le par. 490.013(2.1), il convient de rendre une déclaration immédiate d'invalidité étant donné que les délinquants demeureront inscrits au registre et qu'il n'y a pas de lacune que le Parlement doit combler. De plus, il n'existe aucune raison impérieuse de réfuter la présomption d'application rétroactive de la déclaration. Puisque la déclaration touche toutes les personnes visées par l'adoption de cette disposition depuis 2011, les délinquants qui font l'objet d'une ordonnance d'inscription à perpétuité conformément à cette disposition après avoir été reconnus coupables de plus d'une infraction d'ordre sexuel sans avoir été l'objet d'une déclaration de culpabilité dans l'intervalle peuvent demander une réparation en vertu du par. 24(1) pour faire modifier la durée de leur inscription.

Le juge en chef Wagner et les juges Moldaver, Côté et Brown (dissidents en partie) : Il y a lieu d'accueillir le pourvoi en partie. Il y a accord avec les juges majoritaires pour dire que l'inscription obligatoire à perpétuité prévue au par. 490.013(2.1) du *Code criminel* a une portée excessive. Toutefois, l'art. 490.012 est constitutionnel. Il est bien adapté à son objet, soit celui d'aider les policiers à prévenir les crimes sexuels et à enquêter sur ceux-ci, et il ne limite pas les droits garantis au délinquant par l'art. 7 d'une manière qui n'a aucun lien avec son objectif. L'exercice du pouvoir discrétionnaire des juges d'accorder

Code in 2011 to provide for automatic registration of sex offenders. Many judges had exercised their discretion to exempt offenders in a manifestly improper manner, and the Registry's low inclusion rate undermined its efficacy. The evidence is clear that even low risk sex offenders, relative to the general criminal population, pose a heightened risk to commit another sexual offence. It is also clear that it cannot be reliably predicted at the time of sentencing which offenders will reoffend. In the face of that uncertain risk, Parliament was entitled to cast a wide net.

The s. 7 analysis first requires a determination of the impugned provision's purpose. Section 490.012 contains no explicit statement of the purpose of automatic registration, but the broader legislative scheme offers some clues. Section 2(1) of *SOIRA* states that the purpose of that Act is to help police services prevent and investigate crimes of a sexual nature by requiring the registration of certain information relating to sex offenders, and s. 2(2) describes the guiding principles of the legislation. Extrinsic evidence reveals that Parliament amended the statutory scheme in response to concerns that the Registry's efficacy was compromised by the exclusion of nearly half of all convicted sex offenders because the Crown prosecutor had not made an application for their registration or judges had concluded that they should not be registered. The amendments responded to those concerns by providing for automatic registration of sex offenders in s. 490.012 to make the Registry as effective as possible when police are investigating crimes of a sexual nature. The foregoing evidence supports the conclusion that the purpose of s. 490.012(1) is to help police prevent and investigate sexual crimes by requiring the registration of certain information relating to sex offenders, which conforms to the overall statutory objective.

Automatic registration is not arbitrary. Arbitrariness describes the absence of a rational connection between the law's purpose and the impugned effect on the individual, or where it can be shown that the impugned effect undermines the objective of the law. Mandatory registration of convicted sex offenders in *SOIRA* is not arbitrary since

une dispense d'inscription sous le régime de la *LERDS* à des délinquants est justement le problème qui a incité le Parlement à modifier le *Code criminel* en 2011 afin d'y prévoir l'inscription automatique des délinquants sexuels. De nombreux juges avaient exercé leur pouvoir discrétionnaire de dispenser certains délinquants d'une manière manifestement inappropriée, et le taux peu élevé d'inscription au registre minait son efficacité. La preuve montre clairement que même les délinquants sexuels qui présentent relativement moins de risques sont plus à risque de commettre une autre infraction sexuelle que la population criminelle générale. En outre, il est clair qu'on ne peut prédire de manière fiable, au moment de la détermination de la peine, quels délinquants récidiveront. Compte tenu de ce risque incertain, le Parlement était en droit de ratisser large.

L'analyse fondée sur l'art. 7 suppose d'abord de déterminer l'objet de la disposition contestée. L'article 490.012 ne mentionne pas expressément l'objectif de l'enregistrement automatique, mais le régime législatif plus large donne certains indices. Le paragraphe 2(1) de la *LERDS* prévoit que cette loi a pour objet, en exigeant l'enregistrement de certains renseignements sur les délinquants sexuels, d'aider les services de police à prévenir les crimes de nature sexuelle et à enquêter sur ceux-ci, et le par. 2(2) décrit les principes directeurs de la loi. La preuve extrinsèque révèle que le Parlement a modifié le régime législatif afin de répondre à des préoccupations selon lesquelles l'efficacité du registre était compromise par l'exclusion de près de la moitié des personnes déclarées coupables d'infractions sexuelles parce que le procureur de la Couronne n'avait pas présenté de demande en vue de leur inscription ou qu'un juge avait conclu que le délinquant ne devrait pas être inscrit. Les modifications ont répondu à ces préoccupations en prévoyant l'inscription automatique des délinquants sexuels à l'art. 490.012 afin de rendre le registre des plus efficaces lorsque les services de police enquêtent sur des crimes de nature sexuelle. La preuve qui précède appuie la conclusion selon laquelle le par. 490.012(1) a pour objet d'aider la police à prévenir les crimes de nature sexuelle et à enquêter sur ceux-ci en exigeant l'enregistrement de certains renseignements sur les délinquants sexuels, ce qui est conforme à l'objet de la loi dans son ensemble.

L'enregistrement automatique n'est pas arbitraire. L'arbitraire renvoie à l'absence de lien rationnel entre l'objet de la loi et son effet allégué sur l'individu, ou aux situations où il est possible de montrer que l'effet allégué compromet la réalisation de l'objet de la loi. L'enregistrement obligatoire dans la *LERDS* des personnes déclarées coupables

there is a clear connection between having accurate and up-to-date information about persons more likely to commit sexual offences and the investigation and prevention of sexual crimes.

Automatic registration is not grossly disproportionate. Gross disproportionality will be found where the law's effects on life, liberty or security of the person are so grossly disproportionate to its purposes that they cannot rationally be supported. *SOIRA* imposes a burden on offenders, but that burden is not totally out of sync with the objective of investigating and preventing sexual offences. There are also a number of arguments militating against gross disproportionality. Access to the Registry is strictly controlled. The reporting is confidential and use of the information is strictly limited to police for the prevention and investigation of sexual offences. Also, any stigma experienced by an offender from being labelled a sex offender flows from the convictions themselves, not registration. Anxiety caused by a law is not usually considered an infringement of liberty. Further, *SOIRA*'s requirements do not amount to punishment since they do not significantly limit lawful activities in which the accused can engage, where the accused can go, or with whom an accused can communicate or associate. An offender who is placed on the Registry has already been tried and convicted of a designated sexual offence. A *SOIRA* order is thus characterized as a consequence of conviction. Finally, the duration of a *SOIRA* order is directly connected to the maximum term of imprisonment for that sexual offence. By linking the length of time for reporting to the severity of the offence, Parliament built proportionality into the legislative scheme. If there is truly a disproportionate impact on privacy or liberty, a termination order will be available for offenders who can meet the high standard of demonstrating it.

Section 490.012 is not overbroad. A law will be overbroad where it captures some conduct unrelated to its purpose, recognizing that a law can be rational in some cases but overreach in others. In enacting s. 490.012, Parliament deliberately chose not to distinguish between more serious

d'infractions sexuelles n'est pas arbitraire, car il existe un lien clair entre, d'une part, disposer de renseignements exacts et à jour au sujet de personnes plus susceptibles de commettre des infractions sexuelles et, d'autre part, prévenir des infractions sexuelles et enquêter sur celles-ci.

L'enregistrement automatique n'est pas totalement disproportionné. On conclura à une disproportion totale lorsque les effets de la disposition sur la vie, la liberté ou la sécurité de la personne sont si totalement disproportionnés à ses objectifs qu'ils ne peuvent avoir d'assise rationnelle. La *LERDS* impose un fardeau aux délinquants, mais celui-ci n'est pas sans rapport aucun avec l'objectif de prévenir les infractions sexuelles et d'enquêter sur celles-ci. En outre, plusieurs arguments militent à l'encontre de la disproportion totale. L'accès au registre est strictement contrôlé. La comparution et la production de renseignements sont confidentielles, et l'utilisation des renseignements est strictement réservée aux services de police, qui y ont recours pour prévenir les infractions sexuelles et enquêter sur celles-ci. De plus, toute stigmatisation que subit un délinquant en étant étiqueté comme un délinquant sexuel découle des déclarations de culpabilité elles-mêmes, et non de son inscription au registre. L'anxiété occasionnée par une loi n'est pas habituellement considérée comme une atteinte à la liberté. En outre, les exigences de la *LERDS* ne constituent pas une peine parce qu'elles ne restreignent pas de manière importante les activités licites auxquelles l'accusé peut s'adonner, les endroits où il peut aller ou les personnes avec qui il peut communiquer ou s'associer. Un délinquant dont le nom est inscrit au registre a déjà fait l'objet d'un procès et a été reconnu coupable d'une infraction sexuelle désignée. Une ordonnance de se conformer à la *LERDS* est donc considérée comme une conséquence découlant de la déclaration de culpabilité. Enfin, la durée d'une ordonnance de se conformer à la *LERDS* est directement liée à la peine d'emprisonnement maximale prévue pour l'infraction sexuelle en question. En établissant un lien entre la durée de l'obligation de comparution et de production de renseignements et la gravité de l'infraction, le Parlement a incorporé la question de la proportionnalité dans le régime législatif. Si les effets sur la vie privée ou la liberté sont réellement démesurés, le délinquant qui peut satisfaire à la norme élevée en en faisant la démonstration sera en mesure d'obtenir une ordonnance de révocation.

L'article 490.012 n'a pas une portée excessive. Une loi aura une portée excessive si elle vise certains actes qui n'ont aucun lien avec son objet, démontrant ainsi qu'une loi peut être rationnelle dans certains cas et avoir une portée excessive dans d'autres. En adoptant l'art. 490.012, le Parlement

and less serious sexual offences or higher risk and lower risk offenders. Instead, Parliament required registration for all sex offenders based on a shared characteristic: a heightened risk of committing a future sexual offence. The government can enact legislation that treats all individuals with a common characteristic in the same manner, without offending s. 7, provided there is a rational connection between that characteristic and the government's purpose.

There is a logical link between automatic registration on the basis of a sex conviction and the purpose of s. 490.012. The expert evidence indicates that offenders convicted of a sexual offence are five to eight times more likely to reoffend than those convicted of a non-sexual offence. As a group, sex offenders will always pose a greater risk than the rest of the population for engaging in that activity and, thus, a prior conviction for a sex offence is a reliable indication of risk and a proper method of assessing that risk. Further, the experts agreed that the recidivism risk cannot be determined with certainty at the time of sentencing. A risk assessment cannot guarantee whether any individual will reoffend, and observed recidivism rates underestimate the true rates of sexual reoffending. As such, it is dangerous to use a risk-based assessment to determine which offenders should be registered. It was within Parliament's purview to draw a line based on that known increased risk of unknown degree, rather than leaving it to prosecutors and judges to weigh if an offender poses an increased risk in each case. An important reason that Parliament drew that line was to fix a flaw in the Registry that allowed judges to exempt offenders who they deemed not to be predators, contrary to the legislative intent. Prior to the amendments, some judges granted exemptions based not on the impact of registration on the offender (as required by the statutory provision) but on whether the offender was the type of person for whom the Registry was intended — in other words, a real sex offender. The category of real sex offender has been, at times, defined so narrowly as to exclude offenders who sexually assaulted people they knew, child pornography users, opportunistic offenders, and historic offenders. Judges have granted exemptions even where the victim was a stranger and the offences were highly predatory. Exemptions have also been granted to offenders who occupied positions of trust and abused vulnerable victims. Given what appears to have been a persistent, routine failure to appreciate the seriousness of these offences, it can be confidently predicted that the rampant misuse of

a délibérément choisi de ne pas faire de distinction encore les infractions sexuelles graves et moins graves ou entre les délinquants à haut risque et à faible risque. Le Parlement a plutôt exigé l'enregistrement pour tous les délinquants sexuels sur la base d'une caractéristique commune : un risque plus élevé de commettre une infraction sexuelle dans le futur. Le gouvernement peut édicter une loi qui traite toutes les personnes ayant une caractéristique commune de la même manière, sans contrevenir à l'art. 7, pourvu qu'il y ait un lien rationnel entre cette caractéristique et l'objectif du gouvernement.

Il existe un lien logique entre l'enregistrement automatique faisant suite à une déclaration de culpabilité pour une infraction sexuelle et l'objet de l'art. 490.012. La preuve d'expert indique que les délinquants déclarés coupables d'une infraction sexuelle sont de cinq à huit fois plus susceptibles de récidiver que ceux qui ont été déclarés coupables d'une infraction de nature non sexuelle. Collectivement, les délinquants sexuels poseront toujours un plus grand risque que le reste de la population du fait de leurs actes et, par conséquent, le fait qu'ils ont déjà été déclarés coupables d'une infraction sexuelle est un indicateur de risque fiable et une bonne méthode d'évaluation de ce risque. De plus, les experts s'entendaient pour dire que le risque de récidive ne peut être établi avec certitude au moment du prononcé de la peine. L'évaluation des risques ne peut prédire avec certitude si un délinquant récidivera, et les taux de récidive observés sous-estiment les taux réels de récidive sexuelle. Par conséquent, il est dangereux de se baser sur une évaluation des risques pour décider quels délinquants devraient être inscrits. Il était du ressort du Parlement de tracer une ligne en se fondant sur ce risque accru, qui est connu mais dont le degré ne l'est pas, plutôt que de laisser aux procureurs et aux juges la tâche d'évaluer si un délinquant présente un risque accru dans chaque cas. Une raison importante pour laquelle le Parlement a tracé cette ligne était de corriger une faille dans le registre qui permettait aux juges de dispenser de l'inscription les délinquants qui, selon eux, n'étaient pas des prédateurs, contrairement à l'intention du législateur. Avant les modifications, certains juges accordaient une dispense en se fondant non pas sur l'effet de l'enregistrement sur le délinquant (comme l'exige la disposition de la loi), mais sur la question de savoir si le délinquant était le genre de personne pour qui le registre avait été conçu — autrement dit, un vrai délinquant sexuel. La catégorie des vrais délinquants sexuels a parfois été définie de façon si restreinte qu'elle excluait les délinquants qui avaient agressé sexuellement des personnes qu'ils connaissaient,

judicial discretion prior to the amendments will recur once automatic registration is removed.

les pédopornographiles, les délinquants opportunistes, ainsi que les délinquants ayant sévi il y a longtemps. Les juges ont accordé des dispenses même lorsque la victime ne connaissait pas l'agresseur et que les infractions participaient d'un comportement hautement prédateur. Des dispenses ont aussi été accordées à des délinquants qui étaient en position de confiance et qui ont abusé de victimes vulnérables. Étant donné que les juges semblent avoir omis de façon répétée et régulière d'apprécier la gravité de ces infractions, on peut prédire avec confiance que la mauvaise utilisation du pouvoir discrétionnaire des tribunaux qui avait cours avant les modifications se reproduira lorsque l'enregistrement automatique sera supprimé.

Cases Cited

By Karakatsanis and Martin JJ.

Considered: *Carter v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 5, [2015] 1 S.C.R. 331; *R. v. Safarzadeh-Markhali*, 2016 SCC 14, [2016] 1 S.C.R. 180; *Canada (Attorney General) v. Bedford*, 2013 SCC 72, [2013] 3 S.C.R. 1101; *R. v. T.L.B.*, 2006 ABQB 533, 403 A.R. 293, aff'd 2007 ABCA 135, 404 A.R. 283; *R. v. Heywood*, [1994] 3 S.C.R. 761; **referred to:** *R. v. Long*, 2018 ONCA 282, 45 C.R. (7th) 98; *R. v. Debidin*, 2008 ONCA 868, 94 O.R. (3d) 421; *R. v. Dyck*, 2008 ONCA 309, 90 O.R. (3d) 409; *R. v. Cross*, 2006 NSCA 30, 241 N.S.R. (2d) 349; *R. v. C. (S.S.)*, 2008 BCCA 262, 234 C.C.C. (3d) 365; *R. v. J.D.M.*, 2006 ABCA 294, 417 A.R. 186; *R. v. Desmeules*, 2006 QCCQ 16773; *Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission)*, 2000 SCC 44, [2000] 2 S.C.R. 307; *R. v. Clay*, 2003 SCC 75, [2003] 3 S.C.R. 735; *R. v. Malmo-Levine*, 2003 SCC 74, [2003] 3 S.C.R. 571; *Fleming v. Ontario*, 2019 SCC 45, [2019] 3 S.C.R. 519; *R. v. Beare*, [1988] 2 S.C.R. 387; *R. v. D.T.*, 2021 CanLII 85816; *R. v. Callahan*, 2021 CanLII 41952; *R. v. Firingstoney*, 2017 ABQB 343; *R. v. Caruana*, 2016 ONCJ 367; *R. v. G.E.W.*, 2006 ABQB 317, 396 A.R. 149; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *R. v. K.R.J.*, 2016 SCC 31, [2016] 1 S.C.R. 906; *R. v. Moriarity*, 2015 SCC 55, [2015] 3 S.C.R. 485; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199; *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177; *R. v. Sharpe*, 2001 SCC 2, [2001] 1 S.C.R. 45; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Ontario (Attorney General) v. G*, 2020 SCC 38, [2020] 3 S.C.R. 629; *Toronto Star Newspapers Ltd. v. Canada*, 2010 SCC 21, [2010] 1 S.C.R. 721; *R. v. Appulonappa*, 2015 SCC 59, [2015] 3 S.C.R. 754; *Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. v. British Columbia*, 2007 SCC 27, [2007] 2 S.C.R. 391; *Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson*

Jurisprudence

Citée par les juges Karakatsanis et Martin

Arrêts examinés : *Carter c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 5, [2015] 1 R.C.S. 331; *R. c. Safarzadeh-Markhali*, 2016 CSC 14, [2016] 1 R.C.S. 180; *Canada (Procureur général) c. Bedford*, 2013 CSC 72, [2013] 3 R.C.S. 1101; *R. c. T.L.B.*, 2006 ABQB 533, 403 A.R. 293, conf. par 2007 ABCA 135, 404 A.R. 283; *R. c. Heywood*, [1994] 3 R.C.S. 761; **arrêts mentionnés :** *R. c. Long*, 2018 ONCA 282, 45 C.R. (7th) 98; *R. c. Debidin*, 2008 ONCA 868, 94 O.R. (3d) 421; *R. c. Dyck*, 2008 ONCA 309, 90 O.R. (3d) 409; *R. c. Cross*, 2006 NSCA 30, 241 N.S.R. (2d) 349; *R. c. C. (S.S.)*, 2008 BCCA 262, 234 C.C.C. (3d) 365; *R. c. J.D.M.*, 2006 ABCA 294, 417 A.R. 186; *R. c. Desmeules*, 2006 QCCQ 16773; *Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, 2000 CSC 44, [2000] 2 R.C.S. 307; *R. c. Clay*, 2003 CSC 75, [2003] 3 R.C.S. 735; *R. c. Malmo-Levine*, 2003 CSC 74, [2003] 3 R.C.S. 571; *Fleming c. Ontario*, 2019 CSC 45, [2019] 3 R.C.S. 519; *R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387; *R. c. D.T.*, 2021 CanLII 85816; *R. c. Callahan*, 2021 CanLII 41952; *R. c. Firingstoney*, 2017 ABQB 343; *R. c. Caruana*, 2016 ONCJ 367; *R. c. G.E.W.*, 2006 ABQB 317, 396 A.R. 149; *Renvoi relatif à la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, [1985] 2 R.C.S. 486; *R. c. K.R.J.*, 2016 CSC 31, [2016] 1 R.C.S. 906; *R. c. Moriarity*, 2015 CSC 55, [2015] 3 R.C.S. 485; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199; *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177; *R. c. Sharpe*, 2001 CSC 2, [2001] 1 R.C.S. 45; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Ontario (Procureur général) c. G*, 2020 CSC 38, [2020] 3 R.C.S. 629; *Toronto Star Newspapers Ltd. c. Canada*, 2010 CSC 21, [2010] 1 R.C.S. 721; *R. c. Appulonappa*, 2015 CSC 59, [2015] 3 R.C.S. 754; *Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. c.*

Colony, 2009 SCC 37, [2009] 2 S.C.R. 567; *Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 877; *R. v. Boudreault*, 2018 SCC 58, [2018] 3 S.C.R. 599; *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679; *R. v. Albashir*, 2021 SCC 48, [2021] 3 S.C.R. 531.

By Brown J. (dissenting in part)

Canada (Attorney General) v. Bedford, 2013 SCC 72, [2013] 3 S.C.R. 1101; *R. v. Michaud*, 2015 ONCA 585, 127 O.R. (3d) 81; *R. v. Long*, 2018 ONCA 282, 45 C.R. (7th) 98; *R. v. Redhead*, 2006 ABCA 84, 384 A.R. 206; *R. v. T.A.S.*, 2018 SKQB 183; *R. v. Dyck*, 2008 ONCA 309, 90 O.R. (3d) 409; *R. v. Debidin*, 2008 ONCA 868, 94 O.R. (3d) 421; *R. v. Cross*, 2006 NSCA 30, 241 N.S.R. (2d) 349; *R. v. C. (S.S.)*, 2008 BCCA 262, 234 C.C.C. (3d) 365; *R. v. K.R.J.*, 2016 SCC 31, [2016] 1 S.C.R. 906; *R. v. Hooyer*, 2016 ONCA 44, 129 O.R. (3d) 81; *R. v. Moriarity*, 2015 SCC 55, [2015] 3 S.C.R. 485; *R. v. Stillman*, 2019 SCC 40, [2019] 3 S.C.R. 144; *R. v. F. (P.R.)* (2001), 57 O.R. (3d) 475; *R. v. Beare*, [1988] 2 S.C.R. 387; *R. v. Dyck* (2005), 203 C.C.C. (3d) 365; *R. v. Safarzadeh-Markhali*, 2016 SCC 14, [2016] 1 S.C.R. 180; *R. v. B.P.M.*, 2019 BCPC 156; *Carter v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 5, [2015] 1 S.C.R. 331; *C. (P.S.) v. British Columbia (Attorney General)*, 2007 BCSC 895, 222 C.C.C. (3d) 230; *R. v. Sharpe*, 2001 SCC 2, [2001] 1 S.C.R. 45; *R. v. Malmo-Levine*, 2003 SCC 74, [2003] 3 S.C.R. 571; *R. v. Have*, 2005 ONCJ 27, 194 C.C.C. (3d) 151; *R. v. Burke*, 2005 ONCJ 422; *R. v. Y. (B.T.)*, 2006 BCCA 331, 210 C.C.C. (3d) 484; *R. v. B.S.S.*, 2006 BCPC 135; *R. v. Worm*, 2005 ABPC 92; *R. v. Randall*, 2006 NSPC 38, 247 N.S.R. (2d) 205; *R. v. Aldea*, 2005 SKQB 461, 271 Sask. R. 272; *R. v. S. (M.W.)*, 2007 BCSC 1188, 52 C.R. (6th) 77; *R. v. Friesen*, 2020 SCC 9, [2020] 1 S.C.R. 424; *R. v. Mabior*, 2012 SCC 47, [2012] 2 S.C.R. 584.

Statutes and Regulations Cited

Bill C-34, *Protecting Victims From Sex Offenders Act*, 2nd Sess., 40th Parl., 2009.

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 11, 12, 24(1).

Christopher's Law (Sex Offender Registry), 2000, S.O. 2000, c. 1, s. 2.

Constitution Act, 1982, s. 52(1).

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 490.011(1) "designated offence" (a), 490.012 [repl. 2010, c. 17, s. 5], 490.013 [idem, s. 6], 490.015(1), 490.016(1), 490.031(1).

Protecting Victims From Sex Offenders Act, S.C. 2010, c. 17.

Colombie-Britannique, 2007 CSC 27, [2007] 2 R.C.S. 391; *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 CSC 37, [2009] 2 R.C.S. 567; *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877; *R. c. Boudreault*, 2018 CSC 58, [2018] 3 R.C.S. 599; *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679; *R. c. Albashir*, 2021 CSC 48, [2021] 3 R.C.S. 531.

Citée par le juge Brown (dissident en partie)

Canada (Procureur général) c. Bedford, 2013 CSC 72, [2013] 3 R.C.S. 1101; *R. c. Michaud*, 2015 ONCA 585, 127 O.R. (3d) 81; *R. c. Long*, 2018 ONCA 282, 45 C.R. (7th) 98; *R. c. Redhead*, 2006 ABCA 84, 384 A.R. 206; *R. c. T.A.S.*, 2018 SKQB 183; *R. c. Dyck*, 2008 ONCA 309, 90 O.R. (3d) 409; *R. c. Debidin*, 2008 ONCA 868, 94 O.R. (3d) 421; *R. c. Cross*, 2006 NSCA 30, 241 N.S.R. (2d) 349; *R. c. C. (S.S.)*, 2008 BCCA 262, 234 C.C.C. (3d) 365; *R. c. K.R.J.*, 2016 CSC 31, [2016] 1 R.C.S. 906; *R. c. Hooyer*, 2016 ONCA 44, 129 O.R. (3d) 81; *R. c. Moriarity*, 2015 CSC 55, [2015] 3 R.C.S. 485; *R. c. Stillman*, 2019 CSC 40, [2019] 3 R.C.S. 144; *R. c. F. (P.R.)* (2001), 57 O.R. (3d) 475; *R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387; *R. c. Dyck* (2005), 203 C.C.C. (3d) 365; *R. c. Safarzadeh-Markhali*, 2016 CSC 14, [2016] 1 R.C.S. 180; *R. c. B.P.M.*, 2019 BCPC 156; *Carter c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 5, [2015] 1 R.C.S. 331; *C. (P.S.) c. British Columbia (Attorney General)*, 2007 BCSC 895, 222 C.C.C. (3d) 230; *R. c. Sharpe*, 2001 CSC 2, [2001] 1 R.C.S. 45; *R. c. Malmo-Levine*, 2003 CSC 74, [2003] 3 R.C.S. 571; *R. c. Have*, 2005 ONCJ 27, 194 C.C.C. (3d) 151; *R. c. Burke*, 2005 ONCJ 422; *R. c. Y. (B.T.)*, 2006 BCCA 331, 210 C.C.C. (3d) 484; *R. c. B.S.S.*, 2006 BCPC 135; *R. c. Worm*, 2005 ABPC 92; *R. c. Randall*, 2006 NSPC 38, 247 N.S.R. (2d) 205; *R. c. Aldea*, 2005 SKQB 461, 271 Sask. R. 272; *R. c. S. (M.W.)*, 2007 BCSC 1188, 52 C.R. (6th) 77; *R. c. Friesen*, 2020 CSC 9, [2020] 1 R.C.S. 424; *R. c. Mabior*, 2012 CSC 47, [2012] 2 R.C.S. 584.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 11, 12, 24(1).

Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 490.011(1) « infraction désignée » a), 490.012 [rempl. 2010, c. 17, art. 5], 490.013 [idem, art. 6], 490.015(1), 490.016(1), 490.031(1).

Loi Christopher de 2000 sur le registre des délinquants sexuels, L.O. 2000, c. 1, art. 2.

Loi constitutionnelle de 1982, art. 52(1).

Loi protégeant les victimes des délinquants sexuels, L.C. 2010, c. 17.

Loi sur l'enregistrement de renseignements sur les délinquants sexuels, L.C. 2004, c. 10, art. 2 [rempl. 2010,

Sex Offender Information Registration Act, S.C. 2004, c. 10, ss. 2 [repl. 2010, c. 17, s. 28], 4, 4.1, 5, 5.1, 6(1), 8, 16(2)(a) [idem, s. 44].

Authors Cited

Benedet, Janine. "A Victim-Centred Evaluation of the Federal Sex Offender Registry" (2012), 37 *Queen's L.J.* 437.

Benedet, Janine. "*Long and Ndhlovu*: The Federal Sex offender Registry and Section 7 of the *Charter*" (2018), 45 C.R. (7th) 132.

Canada. *Government Response to the Fifth Report of the Standing Committee on Public Safety and National Security Entitled Statutory Review of the Sex Offender Information Registry Act*, April 12, 2010 (online: https://www.ourcommons.ca/DocumentViewer/en/40-2/SECU/report-5/response-8512-403-180; archived version: https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2022SCC-CSC38_1_eng.pdf).

Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. 144, No. 67, 2nd Sess., 40th Parl., June 3, 2009, p. 4148.

Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. 144, No. 70, 2nd Sess., 40th Parl., June 8, 2009, p. 4324.

Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. 145, No. 112, 3rd Sess., 40th Parl., December 7, 2010.

Canada. House of Commons. Standing Committee on Public Safety and National Security. *Evidence*, No. 15, 2nd Sess., 40th Parl., April 21, 2009, pp. 3-4, 8-9.

Canada. House of Commons. Standing Committee on Public Safety and National Security. *Statutory Review of the Sex Offender Information Registry Act: Report of the Standing Committee on Public Safety and National Security*, 2nd Sess., 40th Parl., December 2009.

Canada. Library of Parliament. Parliamentary Research Branch. *Bill C-16: Sex Offender Information Registration Act*, Legislative Summary 470E, by Robin MacKay, Law and Government Division, February 16, 2004.

Canada. Senate. Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs. *Proceedings of the Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs*, No. 3, 3rd Sess., 40th Parl., April 14, 2010, p. 32.

Stewart, Hamish. *Fundamental Justice: Section 7 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms*, 2nd ed. Toronto: Irwin Law, 2019.

Sullivan, Ruth. *The Construction of Statutes*, 7th ed. Toronto: LexisNexis, 2022.

c. 17, art. 28], 4, 4.1, 5, 5.1, 6(1), 8, 16(2)a) [idem, art. 44].

Projet de loi C-34, *Loi protégeant les victimes des délinquants sexuels*, 2e sess., 40e lég., 2009.

Doctrine et autres documents cités

Benedet, Janine. « A Victim-Centred Evaluation of the Federal Sex Offender Registry » (2012), 37 *Queen's L.J.* 437.

Benedet, Janine. « *Long and Ndhlovu* : The Federal Sex offender Registry and Section 7 of the *Charter* » (2018), 45 C.R. (7th) 132.

Canada. Bibliothèque du Parlement. Direction de la recherche parlementaire. *Projet de loi C-16 : Loi sur l'enregistrement de renseignements sur les délinquants sexuels*, Résumé législatif 470F, par Robin MacKay, Division du droit et du gouvernement, 16 février 2004.

Canada. Chambre des communes. Comité permanent de la sécurité publique et nationale. *Examen de la Loi sur l'enregistrement de renseignements sur les délinquants sexuels : Rapport du Comité permanent de la sécurité publique et nationale*, 2e sess., 40e lég., décembre 2009.

Canada. Chambre des communes. Comité permanent de la sécurité publique et nationale. *Témoignages*, no 15, 2e sess., 40e lég., 21 avril 2009, p. 3-4, 8-9.

Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. 144, no 67, 2e sess., 40e lég., 3 juin 2009, p. 4148.

Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. 144, no 70, 2e sess., 40e lég., 8 juin 2009, p. 4324.

Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. 145, no 112, 3e sess., 40e lég., 7 décembre 2010.

Canada. *Réponse du gouvernement au cinquième rapport du Comité permanent de la sécurité publique et nationale intitulé Examen de la Loi sur l'enregistrement des renseignements sur les délinquants sexuels*, 12 avril 2010 (en ligne : https://www.noscommunes.ca/DocumentViewer/fr/40-2/SECU/rapport-5/reponse-8512-403-180; version archivée : https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2022SCC-CSC38_1_fra.pdf).

Canada. Sénat. Comité sénatorial permanent des Affaires juridiques et constitutionnelles. *Délibérations du Comité sénatorial permanent des Affaires juridiques et constitutionnelles*, no 3, 3e sess., 40e lég., 14 avril 2010, p. 32.

Stewart, Hamish. *Fundamental Justice : Section 7 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms*, 2nd ed., Toronto, Irwin Law, 2019.

Sullivan, Ruth. *The Construction of Statutes*, 7th ed., Toronto, LexisNexis, 2022.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (Slatter, Schutz and Khullar JJ.A.), 2020 ABCA 307, 12 Alta. L.R. (7th) 225, 392 C.C.C. (3d) 459, 66 C.R. (7th) 34, 466 C.R.R. (2d) 151, [2021] 1 W.W.R. 537, [2020] A.J. No. 914 (QL), 2020 CarswellAlta 1573 (WL), setting aside two decisions of Moen J., 2018 ABQB 277, 68 Alta. L.R. (6th) 89, 45 C.R. (7th) 137, [2018] 6 W.W.R. 590, [2018] A.J. No. 427 (QL), 2018 CarswellAlta 794 (WL), and 2016 ABQB 595, 44 Alta. L.R. (6th) 382, 32 C.R. (7th) 392, 366 C.R.R. (2d) 20, [2017] 3 W.W.R. 343, [2016] A.J. No. 1105 (QL), 2016 CarswellAlta 2054 (WL). Appeal allowed, Wagner C.J. and Moldaver, Côté and Brown JJ. dissenting in part.

Elvis Iginla, for the appellant.

Jason R. Russell, for the respondent.

Jeffrey G. Johnston, for the intervener the Attorney General of Canada.

Michael S. Dunn, for the intervener the Attorney General of Ontario.

Sylvain Leboeuf and *Julie Dassylva*, for the intervener the Attorney General of Quebec.

Written submissions only by *Glenn Hubbard*, for the intervener the Attorney General of Nova Scotia.

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

Mark C. Halfyard, for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario).

Christine Mainville and *Carly Peddle*, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

Matthew R. Gourlay, *Ryan Peck* and *Robin Nobleman,* for the interveners the HIV & AIDS Legal Clinic Ontario and the HIV Legal Network.

Donald Tremblay, for the intervener the Mobile Legal Clinic.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (les juges Slatter, Schutz et Khullar), 2020 ABCA 307, 12 Alta. L.R. (7th) 225, 392 C.C.C. (3d) 459, 66 C.R. (7th) 34, 466 C.R.R. (2d) 151, [2021] 1 W.W.R. 537, [2020] A.J. No. 914 (QL), 2020 CarswellAlta 1573 (WL), qui a infirmé deux décisions de la juge Moen, 2018 ABQB 277, 68 Alta. L.R. (6th) 89, 45 C.R. (7th) 137, [2018] 6 W.W.R. 590, [2018] A.J. No. 427 (QL), 2018 CarswellAlta 794 (WL), et 2016 ABQB 595, 44 Alta. L.R. (6th) 382, 32 C.R. (7th) 392, 366 C.R.R. (2d) 20, [2017] 3 W.W.R. 343, [2016] A.J. No. 1105 (QL), 2016 CarswellAlta 2054 (WL). Pourvoi accueilli, le juge en chef Wagner et les juges Moldaver, Côté et Brown sont dissidents en partie.

Elvis Iginla, pour l'appelant.

Jason R. Russell, pour l'intimé.

Jeffrey G. Johnston, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

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

Sylvain Leboeuf et *Julie Dassylva*, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

Argumentation écrite seulement par *Glenn Hubbard*, pour l'intervenant le procureur général de la Nouvelle-Écosse.

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

Mark C. Halfyard, pour l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario).

Christine Mainville et *Carly Peddle*, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

Matthew R. Gourlay, *Ryan Peck* et *Robin Nobleman*, pour les intervenants HIV & AIDS Legal Clinic Ontario et le Réseau juridique VIH.

Donald Tremblay, pour l'intervenante la Clinique juridique itinérante.

Stéphanie Pelletier-Quirion, for the intervener Association québécoise des avocats et avocates de la défense.

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

Karakatsanis and Martin JJ. —

I. Overview

[1] Parliament and courts have increasingly recognized the grave harms which flow from the wide variety of sexual offences prohibited in the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46. Over the years, the substantive elements of some sexual offences have been modified: consent is now expressly defined in the *Criminal Code*; procedures were introduced to address thorny evidentiary questions; testimonial assistance is available to vulnerable witnesses; and sentencing provisions and principles reflect the seriousness of sexual offences.

[2] In 2004, concerned about the sexual abuse and abduction of children, Parliament passed the *Sex Offender Information Registration Act*, S.C. 2004, c. 10 (*SOIRA* or *Act*). Through this legislation, Parliament sought to help police investigate crimes of a sexual nature by creating a national sex offender registry. At the time, a sex offender would only be placed on the registry if the Crown prosecutor first chose to apply to the court for an order requiring the offender to comply with *SOIRA*. Moreover, the legislation gave sentencing judges the discretion to exclude offenders from the registry if the effects of the order on their privacy or liberty interests were grossly disproportionate to the public interest in protecting society.

[3] These two separate safeguards were removed in 2011 following the enactment of the *Protecting Victims From Sex Offenders Act*, S.C. 2010, c. 17. Instead, s. 490.012 of the *Criminal Code* now requires

Stéphanie Pelletier-Quirion, pour l'intervenante l'Association québécoise des avocats et avocates de la défense.

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

Les juges Karakatsanis et Martin —

I. Aperçu

[1] Le Parlement et les tribunaux reconnaissent de plus en plus les graves préjudices que cause le large éventail d'infractions sexuelles interdites par le *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46. Au fil des ans, les éléments de fond de certaines infractions sexuelles ont été modifiés : le *Code criminel* définit maintenant expressément le consentement; des mécanismes ont été instaurés pour traiter de questions épineuses liées à la preuve; une aide au témoignage est offerte aux témoins vulnérables; et les dispositions et les principes relatifs à la détermination de la peine reflètent la gravité des infractions sexuelles.

[2] En 2004, préoccupé par l'enlèvement d'enfants et les sévices sexuels commis contre eux, le Parlement a adopté la *Loi sur l'enregistrement de renseignements sur les délinquants sexuels*, L.C. 2004, c. 10 (*LERDS* ou *Loi*). Par cette mesure législative, le Parlement cherchait à aider la police à enquêter sur les crimes de nature sexuelle en créant un registre national des délinquants sexuels. À l'époque, un délinquant sexuel ne pouvait être inscrit au registre que si le procureur de la Couronne demandait d'abord au tribunal de rendre une ordonnance contraignant le délinquant à se conformer à la *LERDS*. De plus, la loi conférait aux juges chargés de la détermination de la peine le pouvoir discrétionnaire de ne pas inscrire un délinquant au registre s'ils estimaient que les effets de cette inscription sur la vie privée ou le droit à la liberté de ce délinquant étaient totalement disproportionnés par rapport à l'intérêt public de protéger la société.

[3] Ces deux garanties distinctes ont été supprimées en 2011 à la suite de l'adoption de la *Loi protégeant les victimes des délinquants sexuels*, L.C. 2010, c. 17. L'article 490.012 du *Code criminel* exige

the mandatory registration of all offenders who have been found guilty of any one of the 27 different sexual offences designated in s. 490.011(1)(a). Now each and every such sexual offender is compelled to register their personal information on Canada's national sex offender registry, regardless of their individual risk of reoffending. In addition to compulsory *SOIRA* orders, Parliament also imposed a mandatory lifetime registration for offenders who commit more than one offence, irrespective of the nature or timing of the offences and even if they are part of the same transaction (s. 490.013(2.1)).

[4] In this case, the appellant, Eugene Ndhlovu, pled guilty in 2015 to two counts of sexual assault against two complainants at a party in 2011. He was 19 years old at the time. At sentencing, the judge was tasked with tailoring a proportionate sentence that was fit in relation to both Mr. Ndhlovu and the sexual assaults he committed. After canvassing his background and the evidence, the judge found that Mr. Ndhlovu was unlikely to reoffend. However, due to Parliament's amendments in 2011, the *Criminal Code* obliged the judge to issue an order requiring Mr. Ndhlovu to comply with *SOIRA*, and for the rest of his life.

[5] As a result, like all other such offenders, he would be required to report to a police station and forced to supply extensive personal information which would be placed on Canada's national sex offender registry. *SOIRA* also imposes ongoing reporting requirements which are numerous, invasive and extensive; including that offenders must keep their information up to date, report their plans for any travel lasting seven or more consecutive days and report any change to their home or employment address. He would have to report annually to the police and be subject to random police checks. Non-compliance with *any* of the reporting obligations associated with registration carries the threat of prosecution, a maximum of two years' imprisonment, a fine, or both (*Criminal Code*, s. 490.031(1)). His presence in the database would mean he would be among the list of persons police may consider to be of interest in their investigations, which may generate further interactions with the police. The impact on Mr. Ndhlovu and anyone

plutôt maintenant l'inscription de tous les délinquants reconnus coupables de l'une des 27 différentes infractions sexuelles désignées à l'al. 490.011(1)a). Désormais, chacun de ces délinquants sexuels doit inscrire ses renseignements personnels au registre national des délinquants sexuels du Canada, quel que soit son risque de récidive. En plus des ordonnances obligatoires prévues par la *LERDS*, le Parlement a également exigé l'inscription à perpétuité des délinquants qui commettent plus d'une infraction, sans égard à la nature et au moment des infractions et même si elles font partie d'un seul et même événement (par. 490.013(2.1)).

[4] En l'espèce, l'appelant, Eugene Ndhlovu, a plaidé coupable en 2015 à deux chefs d'agression sexuelle contre deux plaignantes lors d'une fête en 2011. Il avait 19 ans à l'époque. Lors de la détermination de la peine, la juge devait établir une peine proportionnée et adaptée à la fois à M. Ndhlovu et aux agressions sexuelles qu'il avait commises. Après avoir examiné ses antécédents et la preuve, la juge a estimé qu'il était peu probable que M. Ndhlovu récidive. Toutefois, en raison des modifications apportées en 2011 par le Parlement, le *Code criminel* l'obligeait à rendre une ordonnance exigeant que M. Ndhlovu se conforme à la *LERDS*, et ce, pour le reste de sa vie.

[5] En conséquence, à l'instar de tous les autres délinquants se trouvant dans la même situation que lui, M. Ndhlovu serait tenu de se présenter à un poste de police et de fournir une foule de renseignements personnels qui seraient versés au registre national des délinquants sexuels du Canada. La *LERDS* impose également des obligations de déclaration continue qui sont nombreuses, envahissantes et détaillées; ainsi, les délinquants doivent notamment tenir leurs renseignements à jour, faire part de tout projet de voyage de sept jours consécutifs ou plus et signaler tout changement d'adresse de domicile ou d'emploi. Le délinquant aurait à se présenter chaque année à la police et serait soumis à des contrôles de police aléatoires. Le non-respect de *l'une ou l'autre* des obligations de déclaration associées à son inscription au registre le rend passible de poursuites, d'une peine d'emprisonnement maximale de deux ans, d'une amende ou des deux (*Code criminel*, par. 490.031(1)). La présence de son nom dans la base

subject to these provisions is considerable. The scope of the personal information registered, the frequency at which offenders are required to update their information, the ongoing monitoring by the state, and the threat of prosecution and imprisonment all interfere with what it means to be free in Canada.

de données signifierait qu'il fait partie de la liste de personnes que la police pourrait considérer comme présentant un intérêt dans le cadre de ses enquêtes, ce qui pourrait générer d'autres interactions avec la police. L'impact sur M. Ndhlovu et toute personne assujettie à ces dispositions est considérable. La portée des renseignements personnels consignés, la fréquence à laquelle les délinquants sont tenus de mettre à jour leurs renseignements, la surveillance permanente exercée par l'État et la menace de poursuites et d'emprisonnement font toutes obstacle à ce que l'on entend par liberté au Canada.

[6] This appeal requires this Court to determine whether Parliament complied with the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* when it chose to remove prosecutorial and judicial discretion from s. 490.012 and introduced, under s. 490.013(2.1), lifetime registration for offenders convicted of more than one designated sexual offence. Through s. 490.012, Parliament sought to capture information about offenders that may assist police prevent and investigate sexual offences. Similarly, s. 490.013(2.1) is designed to give police a longer period of access to information on offenders at a greater risk of reoffending.

[6] Le présent pourvoi oblige notre Cour à déterminer si le Parlement s'est conformé à la *Charte canadienne des droits et libertés* lorsqu'il a choisi de supprimer à l'art. 490.012 le pouvoir discrétionnaire des poursuivants et des juges et a instauré, au par. 490.013(2.1), l'inscription à perpétuité des délinquants reconnus coupables de plus d'une infraction sexuelle désignée. Par le biais de l'art. 490.012, le Parlement cherchait à recueillir au sujet des délinquants des renseignements susceptibles d'aider la police à prévenir les infractions sexuelles et à enquêter sur celles-ci. De même, le par. 490.013(2.1) vise à donner à la police un accès prolongé aux renseignements sur des délinquants qui présentent un risque accru de récidive.

[7] Even when Parliament acts with a laudable purpose, it must still legislate in a constitutional manner and comply with the *Charter*. It failed to do so when it enacted ss. 490.012 and 490.013(2.1). These measures infringe the liberty interest under s. 7 of the *Charter* because registration has a serious impact on the freedom of movement and on the freedom to make fundamental choices of people who are not at an increased risk of reoffending over their lifetime.

[7] Même lorsqu'il agit dans un but louable, le Parlement doit malgré tout légiférer de façon constitutionnelle et se conformer à la *Charte*. Il ne l'a pas fait lorsqu'il a adopté l'art. 490.012 et le par. 490.013(2.1). Ces mesures portent atteinte au droit à la liberté garanti par l'art. 7 de la *Charte* parce que l'inscription au registre a de graves répercussions sur la liberté de circulation et la liberté de faire des choix fondamentaux de personnes qui ne présentent pas un risque accru de récidive au cours de leur vie.

[8] Because the mandatory registration of those offenders who are not at an increased risk of reoffending does not assist police, it is inconsistent with the principle of fundamental justice against overbreadth. Mandatory and lifetime registration overshoot the mark: subjecting sex offenders who do not have an increased risk of reoffending to obligatory reporting requirements is not connected to Parliament's purpose

[8] Comme l'inscription obligatoire des délinquants qui ne présentent pas un risque accru de récidive n'aide pas la police, elle est incompatible avec le principe de justice fondamentale interdisant la portée excessive. L'inscription obligatoire et l'inscription à perpétuité vont trop loin : il n'y a pas de lien entre, d'une part, l'assujettissement des délinquants sexuels qui ne présentent pas un risque accru de récidive à des

of capturing information that assists police prevent and investigate sex offences. Requiring lifetime registration also goes too far and denies the rights of some individuals in a way that bears no relation to Parliament's objective.

[9] There are offenders who, because of their individual characteristics, are at a negligible risk of reoffending. Further, the reality is that 75 to 80 percent never reoffend. Based on the Crown's statistical evidence, there are also a significant number of sex offenders who are at no greater risk of reoffending than members of the general criminal population. As a result, s. 490.012 applies to offenders for whom there is no real possibility that their information may ever assist police — and there is no discretion to exclude such persons from the wide reach of *SOIRA*'s onerous and ongoing obligations. In addition, the Crown's expert evidence established that committing more than one sexual offence without an intervening conviction is not associated with a greater risk of reoffending.

[10] The two challenged provisions, therefore, suffer from the same constitutional defect. They both use categorical and unyielding proxies that are too broad, resulting in the measures casting too wide a net. To the extent they require the registration, sometimes for life, of offenders who demonstrate no increased risk of reoffending, they threaten the liberty interests of offenders in a manner which is overbroad and violates s. 7 of the *Charter*.

[11] Nor are they justified under s. 1 because they are not minimally impairing of *Charter* rights and the deleterious effects of the provisions outweigh their salutary ones. The blanket and blunt requirement that all designated sex offenders must be registered, and those convicted of more than one offence must be registered for life, restricts the liberty of offenders who are not at an increased risk of reoffending without any evidence that doing so enhances the ability of police to

obligations de déclaration et, d'autre part, l'objectif du Parlement de recueillir des renseignements visant à aider la police à prévenir les infractions sexuelles et à enquêter sur celles-ci. L'inscription obligatoire à perpétuité va également trop loin et prive certaines personnes de leurs droits d'une manière qui n'a aucun rapport avec l'objectif du Parlement.

[9] Il y a des délinquants qui, en raison de leurs caractéristiques individuelles, présentent un risque négligeable de récidive. De plus, en réalité, de 75 à 80 p. 100 d'entre eux ne récidivent jamais. Selon les données statistiques de la Couronne, il y a également un grand nombre de délinquants sexuels qui ne présentent pas un risque de récidive plus élevé que l'ensemble des criminels. Par conséquent, l'art. 490.012 s'applique à des délinquants pour lesquels il n'y a aucune possibilité réelle que leurs renseignements puissent un jour aider la police, et il n'existe aucun pouvoir discrétionnaire de soustraire ces personnes à la vaste portée des obligations onéreuses et continues de la *LERDS*. En outre, le témoignage de l'expert de la Couronne a démontré que le fait de commettre plus d'une infraction sexuelle sans être déclaré coupable d'une infraction dans l'intervalle n'est pas associé à un risque plus élevé de récidive.

[10] Les deux dispositions contestées souffrent donc de la même lacune sur le plan constitutionnel. Elles utilisent toutes les deux des critères catégoriques et inflexibles qui ont une trop grande portée et qui ratissent trop large. Dans la mesure où elles exigent l'inscription, parfois à perpétuité, de délinquants qui ne présentent pas de risque accru de récidive, ces dispositions menacent le droit à la liberté de ces délinquants d'une manière qui est trop large et qui viole l'art. 7 de la *Charte*.

[11] Elles ne sont pas non plus justifiées en vertu de l'article premier, parce qu'elles ne portent pas atteinte de façon minimale à des droits garantis par la *Charte* et que leurs effets préjudiciables l'emportent sur leurs effets bénéfiques. L'obligation catégorique d'inscrire sans discernement tous les délinquants sexuels désignés et l'obligation d'inscrire à perpétuité les personnes reconnues coupables de plus d'une infraction restreignent la liberté des délinquants qui

prevent and investigate sex crimes. While the Crown has asserted that it believes it is necessary to include all offenders for the registry to be as effective as the Crown wants it to be, any such avowal is insufficient to meet its burden of proof under which it is required to justify, not merely explain, the infringement on liberty. Critically, the Crown has adduced no evidence that demonstrates how these provisions are effective in helping police prevent and investigate sex crimes. Indeed, the sparse information in the record points in the opposite direction.

[12] We would allow the appeal and declare ss. 490.012 and 490.013(2.1) of no force or effect under s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*. A one-year suspension of the declaration is appropriate for mandatory registration, given concerns about public safety and the many ways Parliament could remedy the provision's overbreadth. An immediate declaration, however, is warranted for lifetime registration for offenders convicted of more than one offence.

II. Facts and Judicial History

A. *Facts*

[13] Mr. Ndhlovu pled guilty to two counts of sexual assault in June 2015. The convictions resulted from sexual assaults charged on a single indictment against two complainants at a house party in 2011. Mr. Ndhlovu touched both of the complainants' buttocks and one of the complainant's thighs. Later in the evening, one of the complainants awoke to Mr. Ndhlovu inserting his fingers inside her vagina. After she motioned to him to stop, he tried to reinsert his fingers. The complainant pushed him and told him to stop, but Mr. Ndhlovu instead tried to remove her

ne présentent pas de risque accru de récidive sans qu'il ait été démontré que ces mesures améliorent la capacité de la police de prévenir les crimes sexuels et d'enquêter sur ceux-ci. Bien que la Couronne affirme qu'elle estime nécessaire d'inscrire tous les délinquants pour que le registre soit aussi efficace qu'elle le souhaite, il ne suffit pas qu'elle appelle cette solution de ses vœux pour réussir à s'acquitter du fardeau qui lui incombe non simplement d'expliquer cette atteinte à la liberté, mais de la justifier. Le fait que la Couronne n'a présenté aucun élément de preuve démontrant en quoi ces dispositions aident vraiment la police à prévenir les crimes sexuels ou à enquêter sur ceux-ci revêt une importance capitale. En fait, les rares informations contenues au dossier vont dans le sens contraire.

[12] Nous sommes d'avis d'accueillir le pourvoi et de déclarer l'art. 490.012 et le par. 490.013(2.1) inopérants en application du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Il convient de suspendre pour un an l'exécution de ce jugement déclaratoire en ce qui concerne l'inscription obligatoire, compte tenu des préoccupations relatives à la sécurité publique et des nombreux moyens dont dispose le Parlement pour corriger la portée excessive de cette disposition. Il y a toutefois lieu de prononcer une déclaration d'invalidité d'application immédiate en ce qui concerne l'inscription à perpétuité des délinquants reconnus coupables de plus d'une infraction.

II. Faits et historique judiciaire

A. *Faits*

[13] Monsieur Ndhlovu a plaidé coupable en juin 2015 à deux chefs d'accusation d'agression sexuelle. Les déclarations de culpabilité faisaient suite à des agressions sexuelles qui lui étaient reprochées dans le même acte d'accusation et qu'il avait commises en 2011 contre deux plaignantes lors d'une fête se déroulant dans une maison privée. Monsieur Ndhlovu avait touché les fesses des deux plaignantes et les cuisses de l'une d'entre elles. Plus tard ce soir-là, l'une des plaignantes s'était réveillée alors que M. Ndhlovu était en train d'insérer les doigts dans son vagin.

bra. The complainant once again told him to stop and he fled. Mr. Ndhlovu was 19 years old at the time of the offences.

B. *Judicial History*

(1) First Instance Proceedings

[14] Three proceedings before Moen J. are pertinent to this appeal.

[15] The first was a sentencing hearing in which Moen J. was tasked with tailoring a fit and proportional punishment. She found that six months' imprisonment and three years' probation were warranted in all the circumstances. In reaching this conclusion, she took into account the characteristics of the offender, as well as the gravity of the offences he committed. She received evidence concerning Mr. Ndhlovu, including a presentence report. She noted that Mr. Ndhlovu took responsibility for his actions and was remorseful. He had no criminal history. His offences related to excessive alcohol consumption, but he had stopped drinking to excess. He had the support of his family and community.

[16] Importantly, based on the evidence placed before her by the Crown and defence, the sentencing judge found that Mr. Ndhlovu was "unlikely to offend again" (A.R., vol. II, at p. 38). Moen J. stated that he "will be safe to release into the community. I have absolutely no concerns that [he] will re-offend. Nor does the Crown suggest that [he] will" (p. 38).

[17] Despite this finding, due to his conviction for two designated offences, Mr. Ndhlovu was subject to mandatory lifetime registration in Canada's national sex offender registry pursuant to ss. 490.012(1)

Après qu'elle lui ait fait signe d'arrêter, il a essayé de réinsérer ses doigts. La plaignante l'a repoussé et lui a dit d'arrêter, mais M. Ndhlovu a plutôt tenté d'enlever son soutien-gorge. La plaignante lui dit encore une fois d'arrêter, puis il s'est enfui. Monsieur Ndhlovu avait 19 ans au moment des faits.

B. *Historique judiciaire*

(1) Procédures de première instance

[14] La juge Moen a présidé trois audiences qui sont pertinentes en l'espèce.

[15] La première était une audience de détermination de la peine au cours de laquelle la juge Moen était chargée de façonner une peine juste et proportionnelle. Elle a estimé qu'une peine d'emprisonnement de six mois assortie d'une période de probation de trois ans était justifiée dans les circonstances. Pour parvenir à cette conclusion, elle a tenu compte des caractéristiques du délinquant, ainsi que de la gravité des infractions qu'il avait commises. Elle a reçu des éléments de preuve concernant M. Ndhlovu, dont un rapport présentenciel. Elle a fait observer que M. Ndhlovu assumait la responsabilité de ses actes et avait exprimé des remords. Il n'avait aucun antécédent judiciaire. Ses infractions étaient liées à une consommation excessive d'alcool, mais il avait cessé de boire à l'excès depuis. Il bénéficiait du soutien de sa famille et de sa communauté.

[16] Fait important à signaler, compte tenu de la preuve portée à sa connaissance par la Couronne et la défense, la juge chargée de la détermination de la peine a estimé qu'il était [TRADUCTION] « peu probable que [M. Ndhlovu] récidive » (d.a., vol. II, p. 38). La juge Moen a déclaré qu'on pouvait [TRADUCTION] « en toute sécurité lui permettre de réintégrer la société. Je n'ai absolument aucune crainte qu['il] récidiv[e]. La Couronne n'a pas non plus suggéré qu['il] récidiver[a] » (p. 38).

[17] Malgré cette conclusion, en raison de sa déclaration de culpabilité pour deux infractions désignées, M. Ndhlovu a fait l'objet d'une inscription obligatoire à perpétuité au registre national des

and 490.013(2.1) of the *Criminal Code*. Following sentencing, Mr. Ndhlovu brought an application to challenge both provisions as contrary to ss. 7 and 12 of the *Charter*.

[18] The second hearing addressed whether this mandatory lifetime registration breached those *Charter* rights. The Crown called the evidence of Det. Arlene May Hove, a police investigator with the Edmonton Police Service (EPS), who was responsible for administering access to the database for police in the Edmonton area.

[19] Moen J. concluded ss. 490.012 and 490.013(2.1) breached s. 7 of the *Charter* (2016 ABQB 595, 44 Alta. L.R. (6th) 382 (ABQB reasons (2016))). The purpose of the provisions was "to protect vulnerable people including children in society, by allowing police quick access to current information on convicted sex offenders" (para. 87). The provisions deprived an offender's liberty and the deprivation was "quite onerous" given the depth of information, the continuing obligation to report changes, the annual in-person reporting requirements, and the consequences of breaching the order, along with random checks and registration for life (para. 52). She also noted the stigma of being on the registry, the fear that this information may not be kept confidential and how random compliance checks at home and at work risked divulging their registration status.

[20] The provisions offended the principles of fundamental justice. While not arbitrary, the provisions were overbroad: registering offenders with little or no recidivism risk, like the appellant, did not advance *SOIRA*'s purpose. The measures were therefore "broader than necessary" (para. 116). They were also grossly disproportionate, given the onerous cumulative effects of registering. Having found the

délinquants sexuels du Canada conformément aux par. 490.012(1) et 490.013(2.1) du *Code criminel*. À la suite de la détermination de la peine, M. Ndhlovu a présenté une requête en vue de contester ces deux dispositions au motif qu'elles étaient contraires aux art. 7 et 12 de la *Charte*.

[18] La deuxième audience visait à déterminer si son inscription obligatoire à perpétuité violait les droits qui lui étaient garantis par ces articles de la *Charte*. La Couronne a fait témoigner la détective Arlene May Hove, une enquêteuse du service de police d'Edmonton (SPE) qui était chargée d'administrer l'accès à la base de données de la police dans la région d'Edmonton.

[19] La juge Moen a conclu que l'art. 490.012 et le par. 490.013(2.1) violaient l'art. 7 de la *Charte* (2016 ABQB 595, 44 Alta. L.R. (6th) 382 (motifs de la CBR de l'Alb. (2016))). Ces dispositions avaient pour objet [TRADUCTION] « de protéger les personnes vulnérables de la société, y compris les enfants, en fournissant à la police un accès rapide aux renseignements à jour concernant les personnes déclarées coupables d'infractions sexuelles » (par. 87). Ces dispositions privaient un délinquant de sa liberté et cette privation était [TRADUCTION] « très grave », compte tenu de l'ampleur des renseignements visés, de l'obligation continue de déclarer tout changement, de l'obligation de se présenter en personne une fois par année et des conséquences du non-respect de l'ordonnance, sans oublier les contrôles aléatoires et l'inscription à perpétuité (par. 52). La juge a également noté le stigmate lié à l'inscription au registre, la crainte que cette information ne soit pas gardée confidentielle et le risque que les contrôles de conformité aléatoires effectués à la maison et au travail ne révèlent le fait qu'il était inscrit à ce registre.

[20] Les dispositions contrevenaient aux principes de justice fondamentale. Sans être arbitraires, elles avaient une portée excessive : l'inscription de délinquants présentant un risque de récidive faible ou nul, comme c'était le cas de l'appelant, ne contribuait pas à la réalisation de l'objectif de la *LERDS*. Les mesures avaient donc [TRADUCTION] « une portée plus grande que nécessaire » (par. 116). Elles étaient

provisions breached s. 7, Moen J. declined to address the defence's arguments on s. 12 of the *Charter*.

[21] Following Moen J.'s s. 7 ruling, the Crown sought to justify the provisions under s. 1 of the *Charter*. A third hearing was held to address whether the provisions were justified under s. 1 and, at this time, the Crown submitted expert evidence from Dr. Robert Karl Hanson about recidivism rates and the risk associated with sexual offenders subsequently committing further offences. The defence called Dr. Kristen Marie Zgoba who gave evidence on recidivism rates and also addressed the efficacy and impact of sex offender registries.

[22] Moen J. concluded s. 1 did not save the impugned provisions (2018 ABQB 277, 68 Alta. L.R. (6th) 89). She agreed that the public interest addressed by Parliament was the protection of society through the effective and quick investigation of crimes of a sexual nature by providing police with rapid access to information about known sex offenders. While this was a sufficiently pressing and substantial objective, the means chosen to achieve it was not proportional. Removing judicial discretion and requiring mandatory and sometimes lifetime registration was not rationally connected to this objective, in part because there was no evidence before either her, or the Parliamentary Committee and Senate Committee studying the 2011 amendments, that "there would be more arrests made more quickly as a result of the 2011 amendments" (para. 44). The removal of judicial discretion was not minimally impairing because the Crown "produced no evidence that suggested that judicial discretion had caused any difficulty for the police in their investigations of sexual offences" (para. 110). In addition, the evidence established that the mandatory imposition of lifetime registration does not minimally impair the rights of persons convicted of at least two sexual offences. When comparing registration's proven costs with the claimed benefits of having everyone on the registry, Moen J. relied heavily on the evidence of

aussi totalement disproportionnées, compte tenu des effets cumulatifs onéreux de l'inscription. Ayant conclu que les dispositions violaient l'art. 7, la juge Moen a refusé d'examiner les arguments présentés par la défense sur la base de l'art. 12 de la *Charte*.

[21] À la suite de la décision de la juge Moen concernant l'art. 7, la Couronne a tenté de justifier les dispositions en vertu de l'article premier de la *Charte*. Une troisième audience a eu lieu pour déterminer si les dispositions étaient justifiées en vertu de l'article premier, et la Couronne a alors soumis le témoignage d'expert du D^r^ Robert Karl Hanson, psychologue, au sujet des taux de récidive et du risque que les délinquants sexuels commettent subséquemment d'autres infractions. La défense a pour sa part fait entendre M^me^ Kristen Marie Zgoba, qui a témoigné sur les taux de récidive et a également abordé l'efficacité et l'impact des registres de délinquants sexuels.

[22] La juge Moen a conclu que l'article premier ne permettait pas de sauvegarder les dispositions contestées (2018 ABQB 277, 68 Alta. L.R. (6th) 89). Elle a convenu que l'intérêt public visé par le Parlement était la protection de la société au moyen d'enquêtes efficaces et rapides sur les crimes de nature sexuelle en donnant à la police un accès rapide à des renseignements sur les délinquants sexuels connus. Même si cet objectif était suffisamment urgent et réel, les moyens choisis pour l'atteindre n'étaient pas proportionnés. La suppression du pouvoir discrétionnaire du juge et l'exigence de l'inscription obligatoire, parfois à perpétuité, n'étaient pas rationnellement liées à cet objectif, en partie parce qu'on ne lui avait pas soumis de preuve, pas plus qu'au comité parlementaire et au comité sénatorial chargés d'étudier les modifications de 2011, démontrant que [TRADUCTION] « les modifications de 2011 permettraient de procéder plus rapidement à davantage d'arrestations » (par. 44). La suppression du pouvoir discrétionnaire du juge ne constituait pas une atteinte minimale, étant donné que la Couronne [TRADUCTION] « n'avait pas présenté d'éléments de preuve tendant à démontrer que l'exercice, par les juges, de leur pouvoir discrétionnaire avait nui aux enquêtes menées par la police sur des infractions sexuelles » (par. 110). De plus, la preuve établissait que l'inscription obligatoire à perpétuité

the Crown expert to conclude that the deleterious effects of the impugned provisions outweighed any salutary effects. Thus, she declared ss. 490.012 and 490.013(2.1) of no force or effect, and declined to order Mr. Ndhlovu to register.

(2) Court of Appeal

[23] A majority at the Court of Appeal of Alberta (Slatter and Schutz JJ.A.) allowed the Crown's appeal, concluding that neither provision violated s. 7 (2020 ABCA 307, 12 Alta. L.R. (7th) 225). The majority held the purpose of s. 490.012 was to "require mandatory registration of all sex offenders convicted of designated offences" (para. 74). The fact that all convicted sex offenders have an increased propensity to commit sex crimes in the future provides the necessary connection between mandatory registration under s. 490.012 and the purpose of the legislation. Thus, the measure was not overbroad, since a certain degree of recidivism risk was not a "necessary prerequisite" (para. 95).

[24] Lifetime registration was also not overbroad. The majority held the purpose of s. 490.013(2.1) was "to further public safety by subjecting sex offenders who are at enhanced risk of re-offending to a longer period of registration" (para. 103, quoting *R. v. Long*, 2018 ONCA 282, 45 C.R. (7th) 98, at para. 102). Parliament could infer that committing more than one sexual offence is a proxy for an increased recidivism risk, warranting a longer registration period. Nor were ss. 490.012 and 490.013(2.1) grossly disproportionate. If not strictly modest, the measures were "reasonable and not dissimilar to many other reporting obligations that routinely occur as part of the everyday life of

ne portait pas atteinte de façon minimale aux droits des personnes reconnues coupables d'au moins deux infractions sexuelles. Au moment de comparer les coûts avérés de l'inscription aux prétendus avantages de l'inscription de tous les individus au registre, la juge Moen a fortement tablé sur le témoignage de l'expert de la Couronne pour conclure que les effets préjudiciables des dispositions contestées l'emportaient sur tout effet bénéfique qu'elles pouvaient avoir. Elle a donc déclaré l'art. 490.012 et le par. 490.013(2.1) inopérants et a refusé d'ordonner l'inscription de M. Ndhlovu au registre.

(2) Cour d'appel

[23] Les juges majoritaires de la Cour d'appel de l'Alberta (les juges Slatter et Schutz) ont accueilli l'appel de la Couronne et conclu que ni l'une ni l'autre disposition ne violait l'art. 7 (2020 ABCA 307, 12 Alta. L.R. (7th) 225). Ils ont estimé que l'objectif de l'art. 490.012 était [TRADUCTION] « d'exiger l'inscription obligatoire de tous les délinquants sexuels déclarés coupables d'une infraction désignée » (par. 74). Le fait que tous les délinquants sexuels reconnus coupables ont une propension accrue à commettre d'autres crimes de nature sexuelle dans le futur fournissait le lien nécessaire entre l'inscription obligatoire prévue à l'art. 490.012 et l'objectif de cette mesure législative. La mesure législative n'avait donc pas une portée excessive, étant donné que l'existence d'un risque de récidive ne constituait pas une [TRADUCTION] « condition préalable nécessaire » (par. 95).

[24] L'inscription à perpétuité n'avait pas non plus une portée excessive. La majorité a estimé que l'objectif du par. 490.013(2.1) était [TRADUCTION] « de renforcer la sécurité publique en soumettant les délinquants sexuels qui présentent un risque accru de récidive à une période d'inscription plus longue » (par. 103, citant *R. c. Long*, 2018 ONCA 282, 45 C.R. (7th) 98, par. 102). Le Parlement pouvait déduire que le fait de commettre plus d'une infraction sexuelle était un indicateur d'un risque accru de récidive, ce qui justifiait une période d'inscription plus longue. L'article 490.012 et le paragraphe 490.013(2.1) n'étaient pas non plus totalement disproportionnés.

all Canadians, who are state-compelled to provide information from time to time" (para. 130).

[25] Khullar J.A., in dissent, disagreed that the provisions complied with s. 7. While she agreed the provisions were not grossly disproportionate, they were overbroad. The provisions had the same purpose as the overall *Act*: to assist law enforcement in preventing and investigating sexual crimes by centralizing information about convicted sex offenders. It was unnecessary to register offenders at negligible risk of reoffending, like the appellant, to further the provisions' objective. The Crown's argument that the difficulties of predicting risk necessitated the registration of all offenders should be addressed under s. 1, as Moen J. concluded. Yet, there was no evidence to show the measures' salutary effects outweighed their deleterious effects. The breach of the *Charter* right was not justified.

III. Issues

[26] Mr. Ndhlovu appeals on the ground that the Court of Appeal erred in its determination that ss. 490.012 and 490.013(2.1) of the *Criminal Code* comply with s. 7 of the *Charter*. As such, the following issues arise on this appeal:

(a) Do ss. 490.012 and 490.013(2.1) of the *Criminal Code* breach s. 7 of the *Charter*?

(b) If so, are the breaches justified under s. 1 of the *Charter*?

(c) If they are not justified, what is the appropriate remedy?

IV. Analysis

[27] We begin our analysis with a survey of *SOIRA*, its history and the obligations it imposes on offenders,

Si elles n'étaient pas à proprement parler modestes, les mesures étaient [TRADUCTION] « raisonnables et semblables à de nombreuses autres obligations de déclaration qui font partie de la vie quotidienne de la population canadienne, laquelle est tenue par l'État de fournir des renseignements de temps à autre » (par. 130).

[25] La juge Khullar, dissidente, n'était pas d'accord pour dire que les dispositions étaient conformes à l'art. 7. Tout en admettant que les dispositions n'étaient pas totalement disproportionnées, elle a estimé qu'elles avaient une portée excessive. Les dispositions avaient le même objectif que l'ensemble de la *Loi* : aider les forces de l'ordre à prévenir les crimes sexuels et à enquêter sur ceux-ci en centralisant l'information sur les délinquants sexuels reconnus coupables. Il n'était pas nécessaire d'inscrire les délinquants présentant un risque négligeable de récidive, comme l'appelant, pour favoriser l'atteinte de l'objectif des dispositions. À l'instar de la juge Moen, elle a estimé que l'argument de la Couronne suivant lequel les difficultés à prévoir le risque nécessitaient l'inscription de tous les délinquants devait être examiné au regard de l'article premier. Pourtant, rien ne démontrait que les effets bénéfiques des mesures l'emportaient sur leurs effets préjudiciables. L'atteinte portée au droit garanti par la *Charte* n'était pas justifiée.

III. Questions en litige

[26] Monsieur Ndhlovu interjette appel au motif que la Cour d'appel a commis une erreur en concluant que l'art. 490.012 et le par. 490.013(2.1) du *Code criminel* sont conformes à l'art. 7 de la *Charte*. Par conséquent, les questions suivantes se posent en l'espèce :

a) L'article 490.012 et le par. 490.013(2.1) du *Code criminel* violent-ils l'art. 7 de la *Charte*?

b) Dans l'affirmative, cette atteinte est-elle justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte*?

c) Si l'atteinte n'est pas justifiée, quelle est la réparation appropriée?

IV. Analyse

[27] Nous commencerons notre analyse par un examen de la *LERDS*, de son historique et des obligations

concluding that the provisions interfere with the liberty interests of those required to register. We turn next to identifying Parliament's objective in enacting these provisions, ultimately determining that the provisions are overbroad and therefore the limit on liberty is not in accordance with the principles of fundamental justice. Finding a breach of s. 7, we proceed to examine whether the breach is justified under s. 1 of the *Charter*. We conclude that it is not: ss. 490.012 and 490.013(2.1) are not minimally impairing of *Charter* rights and the deleterious effects of the provisions outweigh their salutary ones. Finally, we conclude by determining the appropriate remedy.

qu'elle impose aux délinquants pour conclure que les dispositions portent atteinte au droit à la liberté des personnes tenues de s'inscrire. Nous allons ensuite nous attacher à déterminer l'objectif qu'avait le Parlement en adoptant ces dispositions, pour finalement conclure qu'elles ont une portée excessive et que, par conséquent, l'atteinte qu'elles portent à la liberté n'est pas conforme aux principes de justice fondamentale. Ayant conclu à une violation de l'art. 7, nous allons ensuite examiner si cette violation est justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte*. Nous concluons qu'elle ne l'est pas : l'art. 490.012 et le par. 490.013(2.1) ne portent pas atteinte de façon minimale à des droits garantis par la *Charte*, et les effets préjudiciables de ces dispositions l'emportent sur leurs effets bénéfiques. Enfin, nous terminons notre analyse en déterminant la réparation appropriée.

A. *Sex Offender Information Registration Act*

(1) The Challenged Provisions

[28] Two provisions in the *Criminal Code* which govern the registration of offenders under *SOIRA* are at issue in this appeal. The first is s. 490.012, which provides that a court "shall" make an order requiring sex offenders convicted of designated offences to comply with *SOIRA* for the applicable period specified in s. 490.013. Subsection (1) provides: "When a court imposes a sentence on a person for [a] . . . designated offence . . . , it shall make an order in Form 52 requiring the person to comply with the *Sex Offender Information Registration Act* for the applicable period specified in section 490.013". Similar language is used in subss. (2) and (3) of the same provision.

[29] The second is s. 490.013(2.1), one of several measures that sets out the applicable registration period, or the length of time that an offender is required to comply with *SOIRA*. The orders have 3 different durations — 10 years, 20 years or life — depending on the maximum punishment for the offence or if the offence was prosecuted summarily.

A. *Loi sur l'enregistrement de renseignements sur les délinquants sexuels*

(1) Les dispositions contestées

[28] Deux dispositions du *Code criminel* qui régissent l'inscription des délinquants sous le régime de la *LERDS* sont en cause dans le présent pourvoi. La première est l'art. 490.012, qui prévoit que le tribunal « doit » rendre une ordonnance enjoignant aux délinquants sexuels reconnus coupables d'infractions désignées de se conformer à la *LERDS* pendant la période applicable précisée à l'art. 490.013. Le paragraphe (1) dispose : « Le tribunal doit, lors du prononcé de la peine [. . .] à l'égard d'une infraction [. . .] désignée [. . .], enjoindre à la personne en cause, par ordonnance rédigée selon la formule 52, de se conformer à la *Loi sur l'enregistrement de renseignements sur les délinquants sexuels* pendant la période applicable selon l'article 490.013 ». On trouve une formulation semblable aux par. (2) et (3) du même article.

[29] La seconde est le par. 490.013(2.1), l'une des nombreuses mesures qui établissent la période d'inscription applicable, ou la durée pendant laquelle le délinquant est tenu de se conformer à la *LERDS*. Ces ordonnances ont 3 durées différentes — 10 ans, 20 ans ou à perpétuité — selon la peine maximale prévue pour l'infraction ou si l'infraction a été poursuivie par

Section 490.013(2.1) provides that "[a]n order made under subsection 490.012(1) applies for life if the person is convicted of . . . more than one . . . designated offence".

[30] Having set out the challenged provisions, we survey *SOIRA*'s history and canvass the overall scheme and the obligations it imposes on offenders in greater detail.

(2) The History of *SOIRA*

[31] *SOIRA* came into force in 2004. *SOIRA* established a national registry of sex offenders. It was modelled on Ontario's registry, created by *Christopher's Law (Sex Offender Registry), 2000*, S.O. 2000, c. 1 (*Christopher's Law*), which was the first registry in Canada. Ontario's registry was enacted in 2001 following the recommendation of a provincial inquest into the abduction and murder of an 11-year-old boy by a convicted sex offender (Library of Parliament, *Bill C-16: Sex Offender Information Registration Act*, Legislative Summary 470E, February 16, 2004, at p. 8). Parliament followed suit with a national registry after calls mounted for an interprovincial database of sex offenders. Unlike *Christopher's Law*, *SOIRA* is maintained by the Royal Canadian Mounted Police, although in conjunction with local and provincial police services who oversee the administration of and access to the registry in designated regions.

[32] When *SOIRA* came into force, it was largely seen as a tool to help police stop the sexual abuse and abduction of children, a type of investigation where "time is of the essence" (House of Commons, Standing Committee on Public Safety and National Security, *Statutory Review of the Sex Offender Information Registry Act: Report of the Standing Committee on Public Safety and National Security*, 2nd Sess., 40th Parl., December 2009, at pp. 3-4). The *Act* stated that the registry's purpose was to help police investigate

voie sommaire. Le paragraphe 490.013(2.1) prévoit que « [l]'ordonnance visée au paragraphe 490.012(1) s'applique à perpétuité si l'intéressé fait l'objet d'une déclaration de culpabilité [. . .] à l'égard de plus d'une infraction [. . .] désignée ».

[30] Ayant énoncé les dispositions contestées, nous allons maintenant retracer l'historique de la *LERDS* et analyser plus en détail le régime général et les obligations qu'elle impose aux délinquants.

(2) L'historique de la *LERDS*

[31] La *LERDS* est entrée en vigueur en 2004. Elle a instauré un registre national des délinquants sexuels qui s'inspirait du registre ontarien mis sur pied par la *Loi Christopher de 2000 sur le registre des délinquants sexuels*, L.O. 2000, c. 1 (*Loi Christopher*), le premier de ce genre au Canada. Le registre de l'Ontario avait été créé en 2001 à la suite de la recommandation d'un comité d'enquête provincial sur l'enlèvement et le meurtre d'un garçon de 11 ans par un délinquant sexuel connu (Bibliothèque du Parlement, *Projet de loi C-16 : Loi sur l'enregistrement de renseignements sur les délinquants sexuels*, Résumé législatif 470F, 16 février 2004, p. 8-9). Le Parlement a emboîté le pas en instaurant un registre national en réponse aux appels lancés en faveur de la création d'une base de données interprovinciale sur les délinquants sexuels. Contrairement à la *Loi Christopher*, la *LERDS* est appliquée par la Gendarmerie royale du Canada, en collaboration toutefois avec les services de police locaux et provinciaux qui supervisent l'administration du registre et l'accès à celui-ci dans les régions désignées.

[32] Lors de son entrée en vigueur, la *LERDS* était surtout considérée comme un outil visant à aider la police à mettre un terme à l'enlèvement d'enfants et aux violences sexuelles exercées contre eux, un type d'enquête dans lequel « les délais d'intervention [. . .] sont d'une importance cruciale » (Chambre des communes, Comité permanent de la sécurité publique et nationale, *Examen de la Loi sur l'enregistrement de renseignements sur les délinquants sexuels : Rapport du Comité permanent de la sécurité publique et*

crimes of a sexual nature (s. 2(1), as it read in 2004). To manage the enrollment of offenders in the registry, Parliament added several measures to the *Criminal Code* and under these provisions, prosecutors exercised discretion over whether to bring an application to register an offender. Moreover, if prosecutors brought an application, judges could still exempt the offender from the registry if they were "satisfied that the person ha[d] established that, if the order were made, the impact on them, including on their privacy or liberty, would be grossly disproportionate to the public interest in protecting society through the effective investigation of crimes of a sexual nature" (see *Criminal Code*, s. 490.012(4), as it read in 2004).

[33] In 2011, both *SOIRA* and the *Criminal Code* were amended by way of the *Protecting Victims From Sex Offenders Act*. The objective of helping police *prevent* sex offences was added to *SOIRA*'s purpose statement in s. 2(1). Further, prosecutorial discretion and judicial discretion to impose *SOIRA* orders were removed from the provisions of the *Criminal Code*. From that point forward, s. 490.012 provided that *SOIRA* orders were mandatory for offenders convicted of designated offences. Parliament also added s. 490.013(2.1) to the *Criminal Code*, which mandated lifetime registration for individuals convicted of more than one designated offence. The constitutionality of both these amendments is at issue in this case.

[34] As well, before the 2011 amendments, police needed to show they were investigating a crime and had reasonable grounds to suspect the crime was of a sexual nature before they could consult the registry (*SOIRA*, s. 16(2)(a), as it read in 2004). In 2011, however, the reasonable grounds requirement was removed. Thus, since 2011, police are now able to consult the registry to either *prevent* or *investigate* sex

nationale, 2e sess., 40e lég., décembre 2009, p. 3-5). D'après la *Loi*, l'objet du registre était d'aider les services de police à enquêter sur les crimes de nature sexuelle (par. 2(1), version de 2004). Pour encadrer l'inscription des délinquants au registre, le Parlement a ajouté au *Code criminel* plusieurs mesures qui conféraient au poursuivant le pouvoir discrétionnaire de présenter ou non une demande d'inscription d'un délinquant. De plus, même si le poursuivant avait présenté une demande d'inscription, le juge pouvait toujours exempter le délinquant de l'inscription au registre s'il était « convaincu que l'intéressé a établi que [l'ordonnance] aurait à son égard, notamment sur sa vie privée ou sa liberté, un effet nettement démesuré par rapport à l'intérêt que présente, pour la protection de la société au moyen d'enquêtes efficaces sur les crimes de nature sexuelle, l'enregistrement de renseignements sur les délinquants sexuels » (voir *Code criminel*, par. 490.012(4), version de 2004).

[33] En 2011, la *LERDS* et le *Code criminel* ont été modifiés au moyen de la *Loi protégeant les victimes des délinquants sexuels*. L'objectif d'aider la police à *prévenir* les infractions de nature sexuelle a été ajouté à l'énoncé de l'objet de la *LERDS*, en son par. 2(1). De plus, le pouvoir discrétionnaire du poursuivant et celui du juge de rendre des ordonnances enjoignant au délinquant de se conformer à la *LERDS* ont été supprimés du *Code criminel*. Depuis, l'art. 490.012 prévoit que les ordonnances de se conformer à la *LERDS* sont obligatoires dans le cas des délinquants reconnus coupables d'infractions désignées. Le Parlement a également ajouté au *Code criminel* le par. 490.013(2.1), qui prévoit l'inscription à perpétuité des individus reconnus coupables de plus d'une infraction désignée. La constitutionnalité de ces deux modifications est en cause dans la présente affaire.

[34] De plus, avant les modifications de 2011, la police devait démontrer qu'elle enquêtait sur un crime et avait des motifs raisonnables de soupçonner qu'il était de nature sexuelle avant de pouvoir consulter le registre (*LERDS*, al. 16(2)a), version de 2004). Toutefois, en 2011, l'obligation de démontrer l'existence de motifs raisonnables a été supprimée. Ainsi, depuis 2011, les policiers peuvent consulter le

offences, whether or not they reasonably suspect an offence was or will be committed (*SOIRA*, s. 16(2)(a)).

[35] Since *SOIRA*'s inception, many offences have led to registration under the *Act*. Section 490.011(1)(a) of the *Criminal Code* presently designates 27 offences that lead to automatic registration under s. 490.012(1) when a sentence is imposed or a verdict of not criminally responsible on account of mental disorder is rendered for those offences. The list of designated offences spans a broad range of criminal activity, including sexual assault, exposure, and withholding or destroying travel documents to facilitate the trafficking of persons under 18 years of age. *SOIRA*'s ambit is amplified by designated offences like sexual assault, which can be committed in innumerable ways. The conduct captured by sexual assault includes everything from touching a complainant's buttocks over clothing to prolonged, violent assaults. *SOIRA*, as a result, captures a highly varied and diverse group of offenders. The number and breadth of designated sexual offences means that the net of sexual offenders subject to *SOIRA* is itself cast widely — many are subject to its provisions.

[36] *SOIRA* is nearly 20 years old. Despite its long existence, there is little or no concrete evidence of the extent to which it assists police in the prevention and investigation of sex offences. Det. Hove, an investigator with the EPS who administers the registry in the Edmonton region, testified before the sentencing judge; she could only speculate how *SOIRA* could be used to help the EPS prevent sexual offences. Moreover, she noted she received only about 15 requests from police to access the registry for an investigative purpose in her 2 years administering the registry. The experts at trial were unaware of any study of *SOIRA*'s efficacy.

registre pour soit *prévenir* un crime de nature sexuelle, soit *enquêter* sur celui-ci, peu importe qu'ils aient ou non des motifs raisonnables de soupçonner qu'un tel crime a été ou sera commis (*LERDS*, al. 16(2)a)).

[35] Depuis l'entrée en vigueur de la *LERDS*, un grand nombre d'infractions ont donné lieu à une inscription en vertu de la *Loi*. L'alinéa 490.011(1)a) du *Code criminel* énumère présentement 27 infractions désignées qui emportent inscription d'office en application du par. 490.012(1) lorsqu'un individu est condamné à une peine ou qu'un verdict de non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux est rendu pour l'une de ces infractions. La liste des infractions désignées englobe un large éventail d'actes criminels, y compris l'agression sexuelle, l'exhibitionnisme et la rétention ou la destruction de documents de voyage en vue de faciliter la traite de personnes âgées de moins de 18 ans. La portée de la *LERDS* est amplifiée par des infractions désignées comme l'agression sexuelle, lesquelles peuvent être commises d'innombrables façons. Les actes visés par l'infraction d'agression sexuelle vont de l'attouchement des fesses par-dessus des vêtements jusqu'aux agressions violentes et prolongées. La *LERDS* englobe donc un groupe de délinquants très diversifié. Le nombre et l'ampleur des infractions sexuelles désignées indiquent que la *LERDS* ratisse large en ce qui concerne les délinquants sexuels qu'elle vise et qu'elle s'applique à bon nombre d'entre eux.

[36] La *LERDS* a presque 20 ans. Or, malgré sa longue existence, il y a peu de preuves concrètes, voire aucune, de la mesure dans laquelle elle aide la police à prévenir les infractions sexuelles et à enquêter sur celles-ci. La détective Hove, une enquêteuse du SPE qui est chargée d'administrer le registre dans la région d'Edmonton, a témoigné devant la juge chargée de la détermination de la peine; elle ne pouvait qu'émettre des hypothèses quant à la façon dont la *LERDS* pouvait contribuer à aider le SPE à prévenir les infractions sexuelles. De plus, elle a signalé que, au cours des 2 ans où elle administrait le registre, elle n'avait reçu qu'environ 15 demandes de la police pour accéder au registre à des fins d'enquête. Les experts qui ont témoigné au procès ne connaissaient aucune étude portant sur l'efficacité de la *LERDS*.

(3) The Legislative Scheme and Reporting Requirements Under *SOIRA*

[37] *SOIRA* imposes many obligations on offenders to report to a registration centre in person (ss. 4 and 4.1) and provide personal information for the purpose of the registry (s. 5), on an ongoing basis. *SOIRA* also imposes corresponding obligations on the police officers administering the registry to collect certain information and keep it confidential (s. 8). Access to the information contained in *SOIRA* is restricted to certain persons, including police who, since 2011, require access for "the purpose of preventing or investigating a crime of a sexual nature" (s. 16(2)(a)).

[38] Offenders must comply with *SOIRA* for the applicable registration period specified under s. 490.013 of the *Criminal Code*. Offenders, however, can seek a termination order, which (if granted) releases the offender from *SOIRA* obligations before the end of the applicable registration period (s. 490.016(1)). The order is only granted if a judge is satisfied that continuing the offender's registration is grossly disproportionate "to the public interest in protecting society through the effective prevention or investigation of crimes of a sexual nature, to be achieved by the registration of information relating to sex offenders under . . . [*SOIRA*]" (s. 490.016(1)). Moreover, an offender can only bring an application for a termination order after several years have elapsed (s. 490.015(1)). In the case of lifetime registration following a conviction for more than one offence under s. 490.013(2.1), a termination order can be sought 20 years after the order to comply with *SOIRA* was made (s. 490.015(1)(c)).

[39] Registered offenders are subject to many reporting requirements. Following an order made pursuant to s. 490.012(1), offenders must report in person to a registration centre, which are police stations designated with administering the registry in a geographic

(3) Le régime législatif et les obligations de déclaration prévues par la *LERDS*

[37] La *LERDS* impose aux délinquants de nombreuses obligations, notamment celle de se présenter en personne à un bureau d'inscription (art. 4 et 4.1) pour y fournir, pour les besoins du registre, certains renseignements personnels (art. 5), et ce, à intervalles réguliers. La *LERDS* impose aussi des obligations correspondantes aux policiers chargés d'administrer le registre en exigeant d'eux qu'ils recueillent certains renseignements et qu'ils en assurent la confidentialité (art. 8). Seules certaines personnes sont autorisées, en vertu de la *LERDS*, à consulter les renseignements recueillis, y compris la police qui, depuis 2011, peut le faire « pour prévenir un crime de nature sexuelle [. . .] ou pour enquêter sur un tel crime » (al. 16(2)a)).

[38] Le délinquant doit se conformer à la *LERDS* durant la période d'inscription applicable précisée à l'art. 490.013 du *Code criminel*. Le délinquant peut toutefois demander la révocation de son inscription, laquelle révocation (si elle est accordée) le libère des obligations que la *LERDS* met à sa charge avant l'expiration de la période d'inscription applicable (par. 490.016(1)). L'ordonnance n'est accordée que si le tribunal est convaincu que le maintien de l'inscription du délinquant au registre aurait un effet nettement démesuré par rapport « à l'intérêt que présente, pour la protection de la société contre les crimes de nature sexuelle au moyen d'enquêtes ou de mesures de prévention efficaces, l'enregistrement de renseignements sur les délinquants sexuels prévu par la [*LERDS*] » (par. 490.016(1)). De plus, le délinquant ne peut demander au tribunal la révocation de l'ordonnance qu'après que plusieurs années se sont écoulées (par. 490.015(1)). Dans le cas d'une inscription à perpétuité ordonnée en vertu du par. 490.013(2.1) à la suite d'une déclaration de culpabilité pour plus d'une infraction, le délinquant peut demander la révocation de l'ordonnance 20 ans après son prononcé (al. 490.015(1)c)).

[39] Le délinquant inscrit au registre est soumis à de nombreuses obligations de déclaration. Lorsqu'il fait l'objet d'une ordonnance rendue en vertu du par. 490.012(1), le délinquant doit se présenter en personne à un bureau d'inscription, qui est un poste

region. At the centre, the offender must provide extensive personal information, including their name, date of birth, gender, the address of their principal and secondary residences, the address of every place of employment or volunteer location, the name of their employer or volunteer supervisor and a description of the work done, the address of every educational institution at which they are enrolled, their height and weight, a description of every physical distinguishing mark that they have, and the licence plate number, make, model, body type, year of manufacture and colour of every vehicle registered in their name or that they use regularly (*SOIRA*, s. 5(1)). They must also report a contact phone number for each location where they can be reached and every mobile phone and pager in their possession (s. 5(1)(f)). They must supply information relating to all driver's licenses and passports they may hold. The registration centre may take their photograph and record their eye colour and hair colour.

[40] Offenders must update their information in person yearly (ss. 4(3) and 4.1(1)). They must also report in person at the registration centre any changes in primary or secondary address and name. They must also report in person if they receive a driver's licence or passport (s. 4.1(1)).

[41] Moreover, offenders must notify the registration centre within seven days of any change regarding their employment or volunteering information (ss. 5(1)(d) and 5.1). They must also notify the registration centre if they intend to be away from their primary or secondary residence for seven or more consecutive days (s. 6(1)). Specifically, offenders must notify the registration centre, before departure, of their departure and return dates and of every address or location at which they expect to stay, whether the addresses or locations are in or outside Canada (s. 6(1)(a)). Similar reporting requirements are imposed on offenders who decide, after departure, not to be at their primary or secondary residence for seven or more consecutive days (s. 6(1)(b)).

de police désigné pour administrer le registre dans une région géographique. Au bureau d'inscription, le délinquant doit fournir des renseignements personnels détaillés, y compris son nom, sa date de naissance, son sexe, les adresses de ses résidences principale et secondaire, l'adresse de tout lieu de travail ou de bénévolat, le nom de son employeur ou de son superviseur de bénévolat et une description du travail accompli, l'adresse de tout établissement d'enseignement auquel il est inscrit, sa taille, son poids et une description de ses marques physiques distinctives, le numéro de la plaque d'immatriculation, la marque, le modèle, le type de carrosserie, l'année de fabrication et la couleur de tout véhicule immatriculé à son nom ou qu'il utilise régulièrement (*LERDS*, par. 5(1)). Il doit également fournir le numéro de téléphone permettant de le joindre dans chaque lieu qu'il a indiqué et celui de tous ses téléphones mobiles ou téléavertisseurs (al. 5(1)f)). Il doit fournir des renseignements sur tout permis de conduire et passeport dont il est titulaire. Le bureau d'inscription peut le photographier et consigner la couleur de ses yeux et de ses cheveux.

[40] Le délinquant doit mettre à jour ses renseignements en personne chaque année (par. 4(3) et 4.1(1)). Il doit également signaler en personne au bureau d'inscription tout changement d'adresse principale ou secondaire, ainsi que tout changement de nom. Il est également tenu de signaler en personne le fait qu'il a reçu un permis de conduire ou un passeport (par. 4.1(1)).

[41] De plus, le délinquant doit aviser le bureau d'inscription de tout changement à ses renseignements concernant son travail ou son bénévolat au plus tard sept jours après le changement (al. 5(1)d) et art. 5.1). Il doit aussi aviser le bureau d'inscription s'il entend s'absenter de sa résidence principale ou de sa résidence secondaire pendant au moins sept jours consécutifs (par. 6(1)). Plus précisément, le délinquant doit aviser le bureau d'inscription, avant son départ, de ses dates de départ et de retour et de toute adresse ou de tout lieu au Canada ou à l'étranger où il entend séjourner (al. 6(1)a)). Des obligations de déclaration similaires sont imposées au délinquant qui décide, après son départ, de s'absenter pendant au moins sept jours consécutifs de sa résidence principale ou secondaire (al. 6(1)b)).

[42] Failing to comply with *SOIRA* brings serious consequences for offenders. The *Criminal Code* makes it an offence for an offender to fail to comply with *SOIRA*'s reporting obligations without "reasonable excuse" (s. 490.031(1)). Non-compliance with *any* of these conditions may result in prosecution, with penalties of up to 2 years' imprisonment, up to $10,000 in fines, or both (s. 490.031(1)). The risks are clearly high for offenders if they fail to adhere to *SOIRA*'s numerous requirements.

[43] Further, police officers conduct random compliance checks to verify the information on the registry. At a minimum, offenders are subject to at least one annual verification of their residential address. Det. Hove of the EPS also testified the current policy in Edmonton was to restrict compliance checks to the offender's primary residence, although *SOIRA does not* restrict where these checks are carried out. Nothing, as a result, prevents officers from showing up at an offender's place of employment. Thus, as the sentencing judge found, "offenders on the registry will be subject to further police interference due to the investigatory, and now preventative steps taken by police officers in relation to sex crimes" (ABQB reasons (2016), at para. 59).

[44] A number of appellate courts have concluded *SOIRA*'s reporting requirements have a "minimal" or "modest" impact on registered offenders (see *Long*, at para. 147; *R. v. Debidin*, 2008 ONCA 868, 94 O.R. (3d) 421, at para. 82; *R. v. Dyck*, 2008 ONCA 309, 90 O.R. (3d) 409, at paras. 104-6; *R. v. Cross*, 2006 NSCA 30, 241 N.S.R. (2d) 349, at paras. 50 and 66; *R. v. C. (S.S.)*, 2008 BCCA 262, 234 C.C.C. (3d) 365, at para. 55). The Court of Appeal in this case, while finding that the measures were "not strictly modest", equated registration to everyday reporting obligations.

[42] Le défaut du délinquant de se conformer à la *LERDS* l'expose à de graves conséquences. Le *Code criminel* prévoit en effet que commet une infraction le délinquant qui, « sans excuse raisonnable », omet de se conformer aux obligations de déclaration de la *LERDS* (par. 490.031(1)). Quiconque omet de se conformer à *l'une ou l'autre* de ces conditions s'expose à des poursuites et encourt un emprisonnement maximal de 2 ans, une amende maximale de 10 000 $, ou les deux (par. 490.031(1)). Les risques sont clairement élevés pour le délinquant qui ne respecte pas les nombreuses exigences de la *LERDS*.

[43] En outre, des policiers procèdent à des contrôles de conformité aléatoires pour vérifier les renseignements consignés au registre. Au minimum, les délinquants sont soumis à au moins une vérification annuelle de leur adresse résidentielle. La détective Hove, du SPE, a également témoigné que la politique actuelle à Edmonton consistait à limiter les contrôles de conformité à la résidence principale du délinquant, bien que la *LERDS ne* limite *pas* les endroits où ces vérifications peuvent être effectuées. Par conséquent, rien n'empêche les policiers de se présenter au lieu de travail du délinquant. Ainsi, comme l'a conclu la juge chargée de la détermination de la peine, [TRADUCTION] « les délinquants inscrits au registre feront l'objet d'autres interventions policières en raison des mesures d'enquête, et maintenant des mesures de prévention prise par les policiers relativement aux crimes de nature sexuelle » (motifs de la CBR de l'Alb. (2016), par. 59).

[44] Un certain nombre de cours d'appel ont conclu que les obligations de déclaration de la *LERDS* avaient un impact [TRADUCTION] « minimal » ou « modeste » sur les délinquants inscrits (voir *Long*, par. 147; *R. c. Debidin*, 2008 ONCA 868, 94 O.R. (3d) 421, par. 82; *R. c. Dyck*, 2008 ONCA 309, 90 O.R. (3d) 409, par. 104-106; *R. c. Cross*, 2006 NSCA 30, 241 N.S.R. (2d) 349, par. 50 et 66; *R. c. C. (S.S.)*, 2008 BCCA 262, 234 C.C.C. (3d) 365, par. 55). Dans le cas qui nous occupe, tout en estimant que les mesures « n'étaient pas modestes au sens strict », la Cour d'appel a assimilé l'inscription à des obligations de déclaration quotidiennes.

[45] With respect, we cannot agree. Rather, the impact on anyone subject to *SOIRA*'s reporting requirements is considerable. The requirements impact privacy and liberty, personal interests that are fundamental to society: liberty of movement and choice, mobility, and freedom from state monitoring or intrusion in our personal lives. The scope of the personal information registered, the frequency at which offenders are required to update their information, the ongoing monitoring by the state, and, of course, the threat of imprisonment make the conditions onerous. They simply cannot be compared to reporting requirements that "routinely occur as part of the everyday life" such as those associated with filing income tax forms, obtaining a driver's licence or a passport, or registering with banks or telephone companies (see *Dyck*, at para. 110).

[45] En toute déférence, nous ne pouvons accepter ce point de vue. Les incidences des obligations de déclaration de la *LERDS* sur toute personne qui y est assujettie sont au contraire considérables. Ces obligations touchent la vie privée et la liberté, des intérêts personnels qui sont fondamentaux pour la société : la liberté de circulation, la liberté de choix, la mobilité et le droit d'être à l'abri de toute surveillance de l'État et de toute ingérence de ce dernier dans sa vie personnelle. La portée des renseignements personnels consignés, la fréquence à laquelle les délinquants doivent mettre à jour leurs renseignements, la surveillance permanente de l'État et, bien sûr, la menace d'emprisonnement rendent ces conditions onéreuses. On ne peut tout simplement pas les comparer aux obligations de déclaration [TRADUCTION] « qui font partie de la vie quotidienne » comme celles qui sont associées à la production de formulaires d'impôt sur le revenu, à l'obtention d'un permis de conduire ou d'un passeport, ou à l'inscription à une banque ou à une compagnie de téléphone (voir *Dyck*, par. 110).

[46] Additionally, the cost of compliance varies from offender to offender based on their life circumstances. While *SOIRA*'s reporting requirements are always serious, offenders whose job requires regular, prolonged travel will frequently need to take additional measures to remain in compliance. Even worse, offenders who experience homelessness, substance use issues, and cognitive or mental health challenges may find compliance extremely difficult (see, e.g., *R. v. J.D.M.*, 2006 ABCA 294, 417 A.R. 186, at para. 9; *R. v. Desmeules*, 2006 QCCQ 16773, at paras. 25-27 (CanLII)). Quite simply, we must recognize the full scope of the restrictions that are imposed by *SOIRA* orders — both physical and informational — to properly assess the constitutionality of ss. 490.012 and 490.013(2.1).

[46] De plus, le fardeau que représente l'obligation de se conformer varie d'un délinquant à l'autre selon leur situation personnelle. Si les exigences de déclaration de la *LERDS* sont toujours sérieuses, les délinquants dont le travail exige des déplacements réguliers et prolongés devront souvent prendre des mesures supplémentaires pour s'y conformer. Pire encore, les délinquants qui sont sans abri, qui ont des problèmes de toxicomanie et des problèmes cognitifs ou de santé mentale peuvent trouver extrêmement difficile de se conformer à ces exigences (voir, p. ex., *R. c. J.D.M.*, 2006 ABCA 294, 417 A.R. 186, par. 9; *R. c. Desmeules*, 2006 QCCQ 16773, par. 25-27 (CanLII)). En un mot, il faut reconnaître la pleine mesure des restrictions imposées par les ordonnances rendues en vertu de la *LERDS* — tant sur le plan physique que sur le plan des renseignements à fournir — pour bien évaluer la constitutionnalité de l'art. 490.012 et du par. 490.013(2.1).

[47] The *Act* thus imposes numerous exacting obligations concerning initial registration, ongoing reporting, state monitoring and possible prosecution and imprisonment. We turn now to consider whether the challenged provisions breach s. 7 of the *Charter*.

[47] La *Loi* impose donc de nombreuses obligations strictes concernant l'inscription initiale, l'obligation de déclaration continue, la surveillance de l'État et la possibilité de poursuite et d'emprisonnement. Nous allons maintenant décider si les dispositions contestées violent l'art. 7 de la *Charte*.

B. *Sections 490.012 and 490.013(2.1) Infringe Section 7 of the Charter*

[48] Section 7 of the *Charter* provides that "[e]veryone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice."

[49] In order to demonstrate a violation of s. 7, the claimant must first show that the law interferes with their life, liberty or security of the person. Once they have established that s. 7 is engaged, they must then show that the deprivation in question is inconsistent with the principles of fundamental justice (*Carter v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 5, [2015] 1 S.C.R. 331, at para. 55).

[50] In the first section we conclude that the provisions interfere with the liberty interests of those required to register. We then identify Parliament's objective in enacting these provisions, ultimately determining that the provisions are overbroad. Finding a breach of s. 7, we next examine whether the breach is justified under s. 1 of the *Charter* and explain why it is not.

(1) Sections 490.012 and 490.013(2.1) Interfere With the Offender's Liberty

[51] Underlying the rights in s. 7 is a concern for the protection of individual autonomy and dignity (*Carter*, at para. 64). Liberty protects "the right to make fundamental personal choices free from state interference" (*Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission)*, 2000 SCC 44, [2000] 2 S.C.R. 307, at para. 54; see *R. v. Clay*, 2003 SCC 75, [2003] 3 S.C.R. 735, at paras. 31-32). Liberty also protects against physical restraint ranging from actual imprisonment or arrest (*R. v. Malmo-Levine*, 2003 SCC 74, [2003] 3 S.C.R. 571, at para. 89; *Fleming v. Ontario*, 2019 SCC 45, [2019] 3 S.C.R. 519, at para. 65) to the use of state power to compel attendance at a particular place (*R. v. Beare*, [1988] 2 S.C.R. 387, at p. 402).

B. *L'article 490.012 et le par. 490.013(2.1) enfreignent l'art. 7 de la Charte*

[48] L'article 7 de la *Charte* dispose que « [c]hacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale. »

[49] Pour faire la preuve d'une violation de l'art. 7, la partie demanderesse doit d'abord démontrer que la loi porte atteinte à sa vie, à sa liberté ou à la sécurité de sa personne. Une fois qu'elle a établi que l'art. 7 entre en jeu, elle doit alors démontrer que cette privation n'est pas conforme aux principes de justice fondamentale (*Carter c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 5, [2015] 1 R.C.S. 331, par. 55).

[50] Dans la première section de la présente partie, nous concluons que les dispositions portent atteinte au droit à la liberté des personnes tenues de s'inscrire. Nous définissons ensuite l'objectif qu'avait le Parlement en adoptant ces dispositions, et nous concluons en fin de compte qu'elles ont une portée excessive. Constatant ainsi une violation de l'art. 7, nous examinons ensuite si cette violation est justifiée au regard de l'article premier de la *Charte* et nous expliquons pourquoi elle ne l'est pas.

(1) L'article 490.012 et le par. 490.013(2.1) portent atteinte au droit à la liberté du délinquant

[51] Le souci de protéger l'autonomie et la dignité de la personne sous-tend les droits consacrés à l'art. 7 (*Carter*, par. 64). Le droit à la liberté protège « le droit de faire des choix personnels fondamentaux sans intervention de l'État » (*Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, 2000 CSC 44, [2000] 2 R.C.S. 307, par. 54; voir *R. c. Clay*, 2003 CSC 75, [2003] 3 R.C.S. 735, par. 31-32). Le droit à la liberté protège également contre la contrainte physique, allant de l'emprisonnement ou de l'arrestation (*R. c. Malmo-Levine*, 2003 CSC 74, [2003] 3 R.C.S. 571, par. 89; *Fleming c. Ontario*, 2019 CSC 45, [2019] 3 R.C.S. 519, par. 65) à l'exercice du pouvoir de l'État pour contraindre quelqu'un à se présenter à un lieu déterminé (*R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387, p. 402).

[52] The Crown properly concedes *SOIRA* engages the liberty interest of the accused but argues that the infringement is limited, analogous to fingerprinting, and exists only to the extent *SOIRA* compels attendance at a particular time and place. The similarities between a mandatory *SOIRA* order and the fingerprinting order considered in *Beare* certainly support a finding that s. 7 is engaged here. In *Beare*, there was a deprivation of liberty because the order obliged "a person to appear at a specific time and place and oblige[d] that person to go through an identification process on pain of imprisonment for failure to comply" (p. 402).

[53] However, the nature and extent of the deprivations at issue are much greater here than in *Beare*. *SOIRA* does not merely oblige offenders to appear *once* at a specific time and place and provide one type of personal information. Rather, it creates an ongoing obligation to report extensive information, subject to random checks and other compliance measures, under threat of prosecution and punishment by way of imprisonment, fines, or both. This creates continuous state monitoring that can last decades and for some offenders, like Mr. Ndhlovu, a lifetime.

[54] The impact of a *SOIRA* order on an offender's liberty can only fairly be described as serious. The most obvious impact on liberty is the risk of prosecution and imprisonment for failure to meet the reporting requirements without "reasonable excuse". Indeed, there are numerous reported cases involving offenders who have received terms of imprisonment for failing to comply with *SOIRA* orders (e.g., *R. v. D.T.*, 2021 CanLII 85816 (N.L. Prov. Ct.), at para. 56; *R. v. Callahan*, 2021 CanLII 41952 (N.L. Prov. Ct.), at para. 62; *R. v. Firingstoney*, 2017 ABQB 343, at paras. 178-79 (CanLII); *R. v. Caruana*, 2016 ONCJ 367, at para. 7 (CanLII)).

[52] La Couronne concède à juste titre que la *LERDS* fait intervenir le droit à la liberté de l'accusé, mais soutient que l'atteinte est limitée, qu'elle est analogue à la prise d'empreintes digitales et qu'elle n'existe que dans la mesure où la *LERDS* oblige l'accusé à se présenter à un moment et à un endroit déterminés. Les similitudes entre une ordonnance de se conformer à la *LERDS* et l'obligation de comparaître pour le prélèvement d'empreintes digitales dont il était question dans l'affaire *Beare* permettent certainement de conclure que l'art. 7 entre en jeu en l'espèce. Dans l'affaire *Beare*, il y avait une privation de liberté parce que l'ordonnance obligeait « une personne à comparaître à une date et dans un lieu précis, et à subir une procédure d'identification sous peine d'emprisonnement en cas de refus d'obtempérer » (p. 402).

[53] Toutefois, la nature et l'ampleur des privations en cause dans la présente affaire sont beaucoup plus grandes que dans l'affaire *Beare*. La *LERDS* n'oblige pas simplement les délinquants à se présenter *une seule fois* à un moment et à un endroit précis et à fournir un type de renseignement personnel. Elle les soumet plutôt à une obligation continue de communiquer un grand nombre d'informations, l'assujettit à des contrôles aléatoires et à d'autres mesures de conformité sous peine de poursuites et de sanctions sous forme d'emprisonnement, d'amendes ou des deux. Elle donne ainsi lieu à une surveillance continue de l'État qui peut durer des décennies et pour certains délinquants, comme M. Ndhlovu, toute une vie.

[54] Les répercussions de l'ordonnance de se conformer à la *LERDS* sur la liberté du délinquant ne peuvent à juste titre être qualifiées que de graves. L'impact le plus évident sur la liberté du délinquant est le risque d'être poursuivi et emprisonné s'il omet sans « excuse raisonnable » de respecter les obligations de déclaration. En fait, il existe de nombreuses décisions publiées dans lesquelles des délinquants ont été condamnés à des peines d'emprisonnement pour avoir omis de se conformer à des ordonnances de la *LERDS* (p. ex., *R. c. D.T.*, 2021 CanLII 85816 (C. prov. T.-N.-L.), par. 56; *R. c. Callahan*, 2021 CanLII 41952 (C. prov. T.-N.-L.), par. 62; *R. c. Firingstoney*, 2017 ABQB 343, par. 178-179 (CanLII); *R. c. Caruana*, 2016 ONCJ 367, par. 7 (CanLII)).

[55] But the mandatory measures also involve constraints on liberty that are insidious and pervasive for all those who must comply. That offenders must report to a registration centre within tight timelines to provide the information of any changes in primary or secondary address, or name, as well as if they receive a driver's licence or passport, under threat of penalty, is a clear deprivation of liberty. It compels offenders to structure their travel and residency on an ongoing basis to remain in compliance with *SOIRA* (see, e.g., *R. v. G.E.W.*, 2006 ABQB 317, 396 A.R. 149, at paras. 19 and 25, where the court considered the impact on an offender who worked in the trucking industry). There are burdens associated with the ongoing obligations to maintain the currency of the information on the registry. The potential of imprisonment makes the deprivation even more severe (*Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, at p. 515).

[55] Mais les mesures obligatoires impliquent également des contraintes à la liberté qui sont insidieuses et omniprésentes pour tous ceux et celles qui doivent s'y conformer. L'obligation faite aux délinquants de se présenter à un bureau d'inscription dans un délai serré pour faire état de tout changement d'adresse principale ou secondaire, ou de nom, et de signaler le fait qu'ils ont reçu un permis de conduire ou un passeport sous peine de sanctions constitue de toute évidence une privation de liberté. Elle contraint les délinquants à organiser en permanence leurs déplacements et leur lieu de résidence pour se conformer à la *LERDS* (voir, p. ex., *R. c. G.E.W.*, 2006 ABQB 317, 396 A.R. 149, par. 19 et 25, où le tribunal a examiné les répercussions de la *LERDS* sur un délinquant qui travaillait dans l'industrie du camionnage). L'obligation de tenir constamment à jour les renseignements figurant au registre impose des fardeaux. Le risque d'emprisonnement rend la privation encore plus grave (*Renvoi relatif à la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, [1985] 2 R.C.S. 486, p. 515).

[56] As noted above, the impact on liberty can also be aggravated by an offender's life circumstances. For persons experiencing homelessness or frequent changes in housing, complying with *SOIRA*'s requirement in s. 4.1(1)(a) to report in person any changes to the location of their "main" residence (regardless of whether they have a formal address) is an extremely onerous obligation, that can be virtually impossible to respect, even more so since it can last *for their lifetime*.

[56] Comme nous l'avons indiqué ci-dessus, l'impact sur la liberté peut également être aggravé par la situation personnelle du délinquant. Pour les personnes qui vivent dans l'itinérance ou qui changent fréquemment de logement, se conformer à l'exigence de l'al. 4.1(1)a) de la *LERDS* de signaler en personne tout changement de lieu de leur résidence « principale » (qu'elles aient ou non une adresse officielle) représente une obligation extrêmement onéreuse, qui peut être pratiquement impossible à respecter, d'autant plus qu'elle peut durer *toute une vie*.

[57] It is clear to us that ss. 490.012 and 490.013(2.1) interfere with offenders' liberty in serious ways. Liberty is obviously undermined when personal information is collected, under threat of imprisonment, for the very purpose of monitoring a person in the community and promptly identifying the person's whereabouts in the course of a criminal investigation.

[57] Il est clair pour nous que l'art. 490.012 et le par. 490.013(2.1) portent gravement atteinte au droit à la liberté des délinquants. La liberté est de toute évidence compromise lorsque des renseignements personnels sont recueillis, sous peine d'emprisonnement, dans le but précis de surveiller une personne au sein de la collectivité et d'être mis rapidement au courant de ses allées et venues dans le cadre d'une enquête criminelle.

[58] Finally, to be clear, we make no finding as to whether *SOIRA* orders constitute punishment under the *K.R.J.* test (*R. v. K.R.J.*, 2016 SCC 31, [2016] 1 S.C.R. 906). This question was neither raised nor

[58] Enfin, soyons clairs, nous ne tirons aucune conclusion sur le point de savoir si les ordonnances de se conformer à la *LERDS* constituent des peines selon le critère de l'arrêt *K.R.J.* (*R. c. K.R.J.*, 2016 CSC 31,

argued by either party before us, and we would not speculate, without the benefit of submissions, on whether *SOIRA* orders engage s. 11 of the *Charter* and, if they do, whether they would survive a *Charter* challenge.

(2) The Purpose of Sections 490.012 and 490.013(2.1)

[59] The first step in an overbreadth analysis is to determine the purpose of the challenged provisions (*R. v. Safarzadeh-Markhali*, 2016 SCC 14, [2016] 1 S.C.R. 180, at para. 24; *R. v. Moriarity*, 2015 SCC 55, [2015] 3 S.C.R. 485, at para. 24). It is to that preliminary question that we now turn.

[60] Several principles have emerged to assist a court in properly characterizing a law's purpose.

[61] The focus is on the purpose of the challenged provisions, not of the entire act in which they appear, although a correspondence between those purposes may sometimes occur (*Moriarity*, at paras. 29 and 48; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199, at para. 144).

[62] The law's purpose should be succinct, precise, and characterized at the appropriate level of generality, which "resides between the statement of an 'animating social value' — which is too general — and a narrow articulation" that amounts to a virtual repetition of the challenged provision, divorced from its context (*Safarzadeh-Markhali*, at para. 27, quoting *Moriarity*, at para. 28).

[63] A law's purpose is distinct from the means used to achieve that purpose (*Safarzadeh-Markhali*, at para. 26; *Moriarity*, at para. 27).

[64] To determine an impugned law's purpose, courts may consider: statements of purpose in the legislation, if any; the text, context, and scheme of the legislation; and extrinsic evidence such as legislative history and evolution (*Safarzadeh-Markhali*, at para. 31; *Moriarity*, at para. 31).

[2016] 1 R.C.S. 906). Ni l'une ni l'autre des parties n'a soulevé cette question ou n'en a débattu devant nous, et, privés d'observations, nous n'émettrons pas d'hypothèses quant à savoir si les ordonnances de la *LERDS* font intervenir l'art. 11 de la *Charte* et, dans l'affirmative, si elles résisteraient à une contestation fondée sur la *Charte*.

(2) L'objet de l'art. 490.012 et du par. 490.013(2.1)

[59] La première étape de l'analyse de la portée excessive consiste à déterminer l'objet des dispositions contestées (*R. c. Safarzadeh-Markhali*, 2016 CSC 14, [2016] 1 R.C.S. 180, par. 24; *R. c. Moriarity*, 2015 CSC 55, [2015] 3 R.C.S. 485, par. 24). C'est à cette question préliminaire que nous nous attaquons maintenant.

[60] Plusieurs principes ont été dégagés pour aider le tribunal à bien définir l'objet de la loi.

[61] L'accent est mis sur l'objet des dispositions contestées, et non sur l'ensemble de la loi dans laquelle elles apparaissent, bien qu'il arrive parfois que l'objet des deux coïncide (*Moriarity*, par. 29 et 48; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199, par. 144).

[62] L'objet de la loi doit être succinct et précis, et il doit être formulé avec le niveau approprié de généralité, lequel « se situe [. . .] entre la mention d'une "valeur sociale directrice" — énoncé trop général — et une formulation restrictive » équivalant à la quasi-répétition de la disposition contestée dissociée de son contexte (*Safarzadeh-Markhali*, par. 27, citant *Moriarity*, par. 28).

[63] L'objet de la loi se distingue des moyens retenus pour l'atteindre (*Safarzadeh-Markhali*, par. 26; *Moriarity*, par. 27).

[64] Pour déterminer l'objet d'une disposition législative contestée, le tribunal peut tenir compte de son énoncé dans le texte de loi, s'il en est, du texte, du contexte et de l'économie de la loi et d'éléments de preuve extrinsèques tels que l'historique du texte de loi et son évolution (*Safarzadeh-Markhali*, par. 31; *Moriarity*, par. 31).

[65] *SOIRA*'s overall purpose is readily identified. The statement of purpose in s. 2(1) of *SOIRA* states the *Act* aims "to help police services prevent and investigate crimes of a sexual nature by requiring the registration of certain information relating to sex offenders". In this case, there is no question that the statement of purpose fully reflects Parliament's aims in enacting *SOIRA*. Both at the time it was enacted and when it was later amended, Parliament emphasised the *Act* was designed to assist police. Moreover, it has clearly indicated that *SOIRA* is intended to assist police in the *prevention* and *investigation* of sex offences. However, the challenge in this case is not to the *Act* as a whole, but is confined to two particular sections of the *Criminal Code*: one that provides no judicial discretion to exempt offenders from the registry and another that requires lifetime registration for those convicted of more than one designated sexual offence.

[65] L'objet général de la *LERDS* est facilement identifiable. Suivant l'énoncé que l'on trouve au par. 2(1) de la *LERDS*, la *Loi* a pour buts, « en exigeant l'enregistrement de certains renseignements sur les délinquants sexuels, d'aider les services de police à prévenir les crimes de nature sexuelle et à enquêter sur ceux-ci ». En l'espèce, il ne fait aucun doute que l'énoncé de l'objet reflète pleinement les objectifs que visait le Parlement en adoptant la *LERDS*. Tant au moment où il l'a adoptée que lorsqu'il l'a par la suite modifiée, le Parlement a souligné que la *Loi* visait à aider la police. De plus, il a clairement indiqué que la *LERDS* visait à aider la police à *prévenir* les infractions sexuelles et à *enquêter* sur celles-ci. Toutefois, en l'espèce, la contestation ne porte pas sur la *Loi* dans son ensemble; elle se limite à deux articles en particulier du *Code criminel* : le premier, qui prévoit ques les juges n'ont pas le pouvoir discrétionnaire d'exempter des délinquants du registre et l'autre, qui prévoit l'inscription obligatoire à perpétuité des délinquants reconnus coupables de plus d'une infraction sexuelle désignée.

[66] When assessing the purpose of these challenged provisions, several sources of legislative interpretation closely tie these two provisions to *SOIRA*'s overall purpose.

[66] Pour nous aider à déterminer l'objet des dispositions contestées en question, il existe plusieurs sources d'interprétation législative qui établissent un lien étroit entre ces deux dispositions et l'objet général de la *LERDS*.

[67] To begin, *SOIRA* and ss. 490.012 and 490 .013(2.1) of the *Criminal Code* form an integrated legislative scheme. The provisions subject offenders to the reporting requirements listed in *SOIRA*. When Parliament enacts related legislation dealing with the same subject, the legislation is presumed to offer a coherent and consistent treatment of the subject (R. Sullivan, *The Construction of Statutes* (7th ed. 2022), at § 13.04). As a result, the provisions must be interpreted in conjunction with the scheme established under the *Act*. *SOIRA*'s overall purpose informs the interpretation of the challenged provisions' purpose.

[67] Tout d'abord, la *LERDS* ainsi que l'art. 490.012 et le par. 490.013(2.1) du *Code criminel* constituent un régime législatif intégré. Ces dispositions assujettissent les délinquants aux obligations de déclaration énumérées dans la *LERDS*. Lorsque le Parlement adopte des lois connexes portant sur le même sujet, ces lois sont présumées traiter le sujet de façon cohérente et uniforme (R. Sullivan, *The Construction of Statutes* (7e éd. 2022), § 13.04). Par conséquent, les dispositions doivent être interprétées en corrélation avec le régime établi par la *Loi*. L'objectif général de la *LERDS* est utile pour interpréter l'objet des dispositions contestées.

[68] The connection between the purpose of the provisions and *SOIRA*'s overall purpose is reinforced by other provisions in *SOIRA*. Section 2(2) of *SOIRA* lists three principles that must guide the *Act*'s interpretation. Two emphasize that information collected

[68] Le lien qui existe entre l'objet des dispositions contestées et l'objectif général de la *LERDS* est renforcé par d'autres dispositions de cette loi. Le paragraphe 2(2) de la *LERDS* énonce trois principes devant guider l'interprétation de la *Loi*. Deux d'entre

and disclosed under the *Act* is intended to assist police prevent and investigate sex offences (s. 2(2)(a) and (c)(i)). Since the *Criminal Code* provisions similarly affect the scope of information collected in the database, s. 2(2) of *SOIRA* implies the provisions should be read as closely tied to the overall aim of assisting police.

[69] Turning to legislative history, statements made during the amendment process indicate that the specific purpose of mandatory registration is to capture information about offenders that may assist police prevent and investigate sex offences. No extrinsic aids, however, shed light on the purpose of lifetime registration.

[70] Mandatory registration was introduced following a report by the Standing Committee on Public Safety and National Security on *SOIRA*'s operation and efficacy (*Statutory Review of the Sex Offender Information Registry Act: Report of the Standing Committee on Public Safety and National Security*). The Standing Committee's mandate was to identify amendments to ensure the registry is "best able to fulfill the purpose for which it was enacted" (p. 2). Among its recommendations, the report expressed concerns that *SOIRA*'s inclusion rate was too low. Only around 50 percent of sex offenders were registered in the database (p. 8). The Standing Committee recommended eliminating prosecutorial discretion. Importantly, the Standing Committee concluded that judicial discretion to exempt offenders where the measures were grossly disproportionate should be maintained (p. 9).

[71] Parliament, however, opted to eliminate all discretion. Before Parliament, the Minister of Public Safety and his representatives reiterated the Standing Committee's concerns on *SOIRA*'s low inclusion rate.

eux soulignent que les renseignements recueillis et communiqués en vertu de la *Loi* visent à aider la police à prévenir les infractions sexuelles et à enquêter sur celles-ci (al. 2(2)a) et sous-al. 2(2)c)(i)). Comme les dispositions du *Code criminel* influent de manière similaire sur la portée des renseignements recueillis et versés dans la base de données, le par. 2(2) de la *LERDS* implique que les dispositions devraient être interprétées comme étant étroitement liées à l'objectif général d'aider la police.

[69] En ce qui concerne l'historique législatif, les déclarations qui ont été faites lors du processus de modification indiquent que le but précis de l'inscription obligatoire est de recueillir, au sujet des délinquants, des renseignements qui peuvent aider la police à prévenir les infractions sexuelles et à enquêter sur celles-ci. Aucun élément extrinsèque ne nous éclaire toutefois sur l'objet de l'inscription à perpétuité.

[70] L'inscription obligatoire a été instaurée à la suite du rapport publié par le Comité permanent de la sécurité publique et nationale chargé d'examiner l'application et l'efficacité de la *LERDS* (*Examen de la Loi sur l'enregistrement de renseignements sur les délinquants sexuels : Rapport du Comité permanent de la sécurité publique et nationale*). Le Comité permanent avait pour mandat de déterminer quels changements devaient être apportés pour s'assurer que le registre « soit le plus efficace possible compte tenu de l'usage auquel il est destiné » (p. 2). Les auteurs du rapport se sont notamment dits préoccupés par le faible taux d'inscription sous le régime de la *LERDS*. Seulement environ 50 p. 100 des délinquants sexuels étaient inscrits au registre (p. 8). Le Comité permanent a recommandé l'abolition du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites. Fait important à signaler, le Comité permanent a conclu qu'il fallait continuer de permettre aux juges d'exercer leur pouvoir discrétionnaire pour soustraire des délinquants à l'inscription si les mesures en question étaient totalement disproportionnées (p. 9-10).

[71] Le Parlement a toutefois choisi d'éliminer tout pouvoir discrétionnaire. Devant le Parlement, le ministre de la Sécurité publique et ses représentants ont réitéré les préoccupations du Comité permanent

The Minister remarked before the Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs that some recidivistic offenders were "falling through the cracks" because prosecutors were failing to bring applications and judges were excluding offenders when applications were brought (*Proceedings of the Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs*, No. 3, 3rd Sess., 40th Parl., April 14, 2010, at p. 32). Similarly, in the House of Commons, the Minister's parliamentary secretary echoed the concerns that *SOIRA* was under-inclusive and its ability to assist police was undermined as a result (*House of Commons Debates*, vol. 145, No. 112, 3rd Sess., 40th Parl., December 7, 2010).

concernant le faible taux d'inscription sous le régime de la *LERDS*. Le ministre a fait observer devant le Comité sénatorial permanent des Affaires juridiques et constitutionnelles que certains délinquants récidivistes « échapp[aient] au système actuel » parce que les poursuivants ne demandaient pas leur inscription au registre et que des juges excluaient des délinquants lorsqu'ils étaient saisis d'une demande d'inscription (*Délibérations du Comité sénatorial permanent des Affaires juridiques et constitutionnelles*, nº 3, 3e sess., 40e lég., 14 avril 2010, p. 32). De même, à la Chambre des communes, le secrétaire parlementaire du ministre a fait écho aux préoccupations selon lesquelles la *LERDS* avait une portée trop restrictive, ce qui compromettait sa capacité d'aider la police (*Débats de la Chambre des communes*, vol. 145, nº 112, 3e sess., 40e lég., 7 décembre 2010).

[72] The majority at the Court of Appeal concluded that the purpose of mandatory registration was to register *all* sex offenders. While such a purpose may find some support in parts of the Hansard, we cannot agree with this characterization of the provision's purpose. First, it replicates the error warned against in *Moriarity*, at paras. 27-28: it fails to adequately distinguish between ends and means, which forecloses any separate inquiry into the connection between them. In this way, it immunizes mandatory registration from review for overbreadth. Second, it fails to consider mandatory registration in light of the *Act*'s overall purpose. Parliament did not enact *SOIRA* just for the sake of creating a database of all sex offenders. Rather, Parliament enacted *SOIRA* to create a repository of information that *assists police prevent and investigate sex offences*.

[72] Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont conclu que l'inscription obligatoire visait à inscrire *tous* les délinquants sexuels. Bien que cet objectif puisse trouver un certain appui dans des extraits du Hansard, nous ne pouvons souscrire à cette caractérisation de l'objectif de la disposition. Tout d'abord, elle reproduit l'erreur contre laquelle la Cour a mis en garde dans l'arrêt *Moriarity*, par. 27-28 : elle ne dissocie pas adéquatement la fin recherchée des moyens retenus pour l'atteindre, ce qui empêche toute analyse distincte du lien entre eux. Elle met ainsi l'inscription obligatoire à l'abri d'un examen visant à déterminer si elle a une portée excessive. Ensuite, elle ne tient pas compte de l'inscription obligatoire à la lumière de l'objectif général de la *Loi*. Le Parlement n'a pas adopté la *LERDS* dans le seul but de créer une base de données de tous les délinquants sexuels. Il a plutôt adopté la *LERDS* pour créer un répertoire de renseignements qui *aide la police à prévenir les infractions sexuelles et à enquêter sur celles-ci*.

[73] Legislative provisions often encompass a range of objectives: from broad societal values to the specific means enacted to advance those goals. The legislative statements may well include the aspirational goals that animate the legislation, the specific objectives, and the anticipated effect of the provisions. As noted above, the court must articulate the objective of the provision at the appropriate level of generality, in light of the provision itself, the statutory regime and

[73] Les dispositions législatives englobent souvent un éventail d'objectifs, allant des valeurs sociétales générales aux moyens précis mis en œuvre pour atteindre ces objectifs. Les énoncés de la loi peuvent bien porter sur les objectifs ambitieux à l'origine de la loi, les objectifs précis de celle-ci et l'effet escompté de ses dispositions. Comme nous l'avons déjà noté, le tribunal doit formuler l'objectif des dispositions avec le niveau approprié de généralité, eu égard aux

any external evidence. Here, mandatory registration must be interpreted in light of *SOIRA*'s explicit overall purpose to help police prevent and investigate sex offences. Taking this broader context into account, we conclude the purpose of mandatory registration is to capture information about offenders that may assist police prevent and investigate sex offences.

[74] Turning to lifetime registration for more than one offence, we conclude that its purpose is to give police a longer period of access to information on offenders at a greater risk of reoffending. As noted, no legislative history sheds light on the purpose of s. 490.013(2.1). It must be discerned from its text and the overall legislative scheme. To begin, *SOIRA* imposes lifetime registration periods in several scenarios. Before s. 490.013(2.1) was added in 2011, lifetime registration only applied when an offender committed relatively more serious offences that warrant longer sentences (s. 490.013(2)(c)) or if they were or had been subject to a previous *SOIRA* order (s. 490.013(3) and (4)). The challenged provision also targets scenarios where more than one offence is committed, but goes further than the former s. 490.013(3) and (4), as it applies where more than one offence was committed whether or not the offender was already subject or was subject at any time to a *SOIRA* order.

[75] Given the language of the provision, in the context of the existing scheme, we agree with the Court of Appeal that Parliament's basis for seeking a longer period of access when more than one offence is committed must be that it believed that these offenders were more likely to reoffend relative to other sex offenders. Given this greater risk of harm, Parliament preferred to have the offender's information available on the registry as long as possible. This is consistent with Parliament's approach to target offenders who commit more serious offences. When s. 490.013(2.1) was introduced in 2011, the *Criminal*

dispositions comme telles, à l'économie de la loi et à tout élément de preuve extrinsèque. En l'espèce, l'inscription obligatoire doit être interprétée à la lumière de l'objet général explicite de la *LERDS* : aider la police à prévenir les infractions sexuelles et à enquêter sur celles-ci. Compte tenu de ce contexte plus large, nous concluons que l'inscription obligatoire vise à recueillir au sujet des délinquants des renseignements qui peuvent aider la police à prévenir les infractions sexuelles et à enquêter sur celles-ci.

[74] Pour ce qui est de l'inscription à perpétuité des auteurs de plus d'une infraction, nous concluons que son objet est de donner à la police un accès prolongé à des renseignements portant sur des délinquants qui présentent un risque plus élevé de récidive. Comme nous l'avons déjà fait observer, aucun élément relatif à l'historique législatif ne nous éclaire sur l'objet du par. 490.013(2.1). Cet objet doit être dégagé du texte de cette disposition et de l'économie générale de la *Loi*. Signalons tout d'abord que la *LERDS* prévoit l'inscription obligatoire à perpétuité dans plusieurs scénarios. Avant l'ajout du par. 490.013(2.1) en 2011, l'inscription à perpétuité ne s'appliquait que lorsque le délinquant commettait des infractions relativement plus graves qui justifiaient des peines plus longues (al. 490.013(2)c)) ou qu'il était ou avait déjà été visé par une ordonnance de la *LERDS* (par. 490.013(3) et (4)). La disposition contestée envisage elle aussi des scénarios dans lesquels plus d'une infraction est commise, mais elle va plus loin que les anciens par. 490.013(3) et (4), parce qu'elle s'applique lorsque plus d'une infraction a été commise, et ce, que le délinquant fasse déjà l'objet ou ait fait l'objet à quelque moment que ce soit d'une ordonnance de la *LERDS*.

[75] Compte tenu du libellé de cette disposition et du régime actuel, nous sommes d'accord avec la Cour d'appel pour dire qu'en décidant d'accorder aux policiers une période d'accès plus longue lorsque plus d'une infraction a été commise, le Parlement était sans doute motivé par sa conviction que les auteurs de ces infractions étaient plus susceptibles de récidiver que les autres délinquants sexuels. Compte tenu de ce risque accru de causer du tort à autrui, le Parlement a préféré que les renseignements sur les délinquants figurent au registre pour la période la plus longue possible. Cette décision concorde avec la volonté du

Code already imposed lifetime registration for more serious offences. Parliament appears to have provided for longer registration in the face of a greater risk of harm, either because the offence was more serious (as in s. 490.013(2)(c)), or because the risk of recidivism was higher (s. 490.013(2.1)). Thus, we conclude that the purpose of the measure is to give police a longer period of access to information on offenders at a greater risk of reoffending.

[76] In sum, *SOIRA* was not enacted with complete or total registration as an end in itself. It was enacted to help police prevent and investigate sex offences. The purpose of both challenged measures in the *Criminal Code* is closely tied to this overall purpose. The specific purpose of s. 490.012 is to capture information about offenders that may assist police prevent and investigate sex offences. The means to achieve this purpose is mandatory registration. Section 490.013(2.1) was similarly designed to give police a longer period of access to information on offenders at a greater risk of reoffending. The means to achieve this purpose is lifetime registration for sex offenders who commit more than one designated offence.

(3) The Challenged Measures Are Overbroad

[77] Having identified the purpose of the measures, the next step is to determine whether they are overbroad. A law is overbroad when it is so broad in scope that it includes some conduct that bears no relation to its purpose, making it arbitrary in part (*Canada (Attorney General) v. Bedford*, 2013 SCC 72, [2013] 3 S.C.R. 1101, at para. 112). In other words, overbreadth addresses the situation where there is no rational connection between the purpose of the law and some, but not all, of its impacts (para. 112).

Parlement de cibler les délinquants qui commettent des infractions plus graves. Lorsque le par. 490.013(2.1) a été adopté en 2011, le *Code criminel* prescrivait déjà l'inscription obligatoire à perpétuité des auteurs d'infractions plus graves. Le Parlement semble avoir prévu l'inscription pour une période plus longue dans le cas des délinquants présentant un risque accru de causer du tort à autrui, soit parce que l'infraction était plus grave (comme c'est le cas à l'al. 490.013(2)c)), soit parce que le risque de récidive était plus élevé (par. 490.013(2.1)). Nous concluons donc que le but de la mesure est d'accorder à la police une plus longue période d'accès aux renseignements sur les délinquants qui présentent un risque accru de récidive.

[76] En somme, la *LERDS* n'a pas été adoptée dans le but exprès de rendre obligatoire l'inscription de tous les délinquants sexuels. Elle a été adoptée pour aider la police à prévenir les infractions sexuelles et à enquêter sur celles-ci. L'objet des deux dispositions contestées du *Code criminel* est étroitement lié à cet objectif général. L'objet précis de l'art. 490.012 est de recueillir, au sujet des délinquants, des renseignements susceptibles d'aider la police à prévenir les infractions sexuelles et à enquêter sur celles-ci. Le moyen qui a été retenu pour atteindre cet objet est l'inscription obligatoire. Le paragraphe 490.013(2.1) vise pareillement à accorder à la police une période d'accès plus longue aux renseignements sur les délinquants présentant un risque accru de récidive. Le moyen qui a été retenu pour atteindre cet objectif est l'inscription à perpétuité des délinquants sexuels qui commettent plus d'une infraction désignée.

(3) Les mesures contestées ont une portée excessive

[77] Ayant précisé l'objet des mesures, l'étape suivante consiste à déterminer si elles ont une portée excessive. Une disposition a une portée excessive lorsqu'elle s'applique largement au point de viser certains actes qui n'ont aucun lien avec son objet, ce qui la rend en partie arbitraire (*Canada (Procureur général) c. Bedford*, 2013 CSC 72, [2013] 3 R.C.S. 1101, par. 112). En d'autres termes, il y a portée excessive lorsqu'il n'existe aucun lien rationnel entre l'objet de la disposition et certains de ses effets, mais pas tous (par. 112).

[78] The Court in *Bedford* clarified that a law is overbroad even if it overreaches in only a single case (paras. 113 and 123). A law cannot deprive the life, liberty, or security of the person of even one individual in a way that is inconsistent with the principles of fundamental justice. As a consequence, laws that are broadly drawn to make enforcement more practical run afoul of s. 7 should they deprive the liberty of even *one* person in a way that does not serve the law's purpose (para. 113). The Court in *Bedford* concluded that enforcement practicality may justify a broad law under s. 1 of the *Charter* (para. 144), but it "is no answer to a charge of overbreadth under s. 7" (*Safarzadeh-Markhali*, at para. 53, citing *Bedford*, at para. 113).

(a) *Mandatory Registration*

[79] The sentencing judge concluded that mandatory registration (s. 490.012) is overbroad as it leads to the registration of offenders who are not at an increased risk of committing a future sex offence. We agree. As we explained, the purpose of mandatory registration is to capture information about offenders that may assist police prevent and investigate sex offences. Registering offenders who are not at an increased risk of reoffending bears no connection to this purpose. The provision is overbroad.

[80] At the s. 1 hearing, the Crown adduced expert evidence on statistical sexual recidivism rates by the testimony of Dr. Hanson, a clinical psychologist. Most of Dr. Hanson's testimony was focused on structured approaches to conducting risk assessments of sexual offending. According to this expert evidence, however, the majority of sexual offenders — about 75 to 80 percent — never actually reoffend. Before the sentencing judge, the Crown conceded that the registry captures people who will never reoffend.

[78] Dans l'arrêt *Bedford*, la Cour a précisé que l'on considère qu'une disposition législative a une portée excessive même lorsqu'elle n'a cet effet que dans un seul cas (par. 113 et 123). Une loi ne peut porter atteinte au droit à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne ne serait-ce que d'un seul individu d'une manière incompatible avec les principes de justice fondamentale. Par conséquent, les dispositions qui sont rédigées de manière générale afin de faciliter leur application vont à l'encontre de l'art. 7 si elles privent de sa liberté *une seule* personne d'une manière qui ne sert pas l'objet de la loi (par. 113). Dans l'arrêt *Bedford*, la Cour a conclu que faciliter l'application pourrait justifier une disposition à large portée suivant l'article premier de la *Charte* (par. 144), mais qu'elle « ne permet pas de réfuter une allégation de portée excessive fondée sur l'art. 7 » (*Safarzadeh-Markhali*, par. 53, citant *Bedford*, par. 113).

a) *L'inscription obligatoire*

[79] La juge chargée de la détermination de la peine a conclu que l'inscription obligatoire (art. 490.012) a une portée excessive parce qu'elle entraîne l'inscription de délinquants qui ne présentent pas un risque accru de commettre une autre infraction sexuelle dans le futur. Nous sommes du même avis. Comme nous l'avons expliqué, l'inscription obligatoire vise à recueillir, sur les délinquants, des renseignements susceptibles d'aider la police à prévenir les infractions sexuelles et à enquêter sur celles-ci. Il n'y a aucun lien entre cet objectif et l'inscription de délinquants qui ne présentent pas un risque accru de récidive. La disposition en question a une portée excessive.

[80] Lors de l'audience relative à l'article premier, la Couronne a présenté une preuve d'expert sur les taux de récidive des délinquants sexuels en faisant témoigner le D^r^ Hanson, un psychologue clinicien. La majeure partie du témoignage du D^r^ Hanson était axée sur les approches structurées d'évaluation du risque d'infractions sexuelles. Or, selon le témoignage de cet expert, la majorité des délinquants sexuels — de 75 à 80 p. 100 — ne récidivent jamais. Devant la juge chargée de la détermination de la peine, la Couronne a admis que le registre visait des gens qui ne récidiveront jamais.

[81] To overcome that hurdle, the Crown relies on two interrelated arguments. First, it argues the connection between the effects of s. 490.012 on *all* offenders and its objective is predicated on the fact that, although not all sexual offenders reoffend, they are, as a group, all at an enhanced risk of reoffending based on statistical evidence. A conviction is a logical, practical and sufficient proxy for an enhanced risk of committing a sexual offence. Second, there are no reliable means to identify those who are not at an enhanced risk to reoffend at sentencing.

[82] As we will demonstrate, however, the Crown's submissions are flawed. We proceed in three parts. First, the Crown's reasoning ignores that some individual circumstances may allow a court to identify offenders that are not at an increased recidivism risk. Second, the Crown's position is not supported by the expert statistical evidence presented at trial: it is inaccurate to say that all sexual offenders are at an enhanced risk of reoffending. Third, the overbroad nature of s. 490.012 cannot be salvaged by the difficulty with risk assessments at sentencing: such arguments should be dealt with under s. 1.

[83] To summarize our analysis, we see no error in the sentencing judge's or Khullar J.A.'s conclusion that including offenders who are not at an increased risk of reoffending on the registry bears no connection to mandatory registration's purpose. Subjecting all offenders, regardless of their future risk, to continuing and onerous reporting requirements, random compliance checks, possible prosecution, and imprisonment does not bear a connection to the purpose of the measure. In this case, Moen J. found at first instance, based on evidence at the sentencing hearing, that Mr. Ndhlovu was such an offender: she had "absolutely no concerns that [he] will re-offend".

[81] Pour surmonter cet obstacle, la Couronne se fonde sur deux arguments connexes. Elle soutient tout d'abord que le lien entre les effets de l'art. 490.012 sur *tous* les délinquants et son objectif repose sur le fait que, même si ce ne sont pas tous les délinquants sexuels qui récidivent, ils présentent tous, en tant que groupe, un risque accru de récidive selon les données statistiques. Une déclaration de culpabilité est un indicateur logique, pratique et suffisant d'un risque accru de commettre une infraction sexuelle. Ensuite, il n'existe aucun moyen fiable d'identifier au moment de la détermination de la peine ceux qui ne présentent pas un risque accru de récidive.

[82] Toutefois, comme nous allons le démontrer, les arguments de la Couronne comportent des failles. Notre analyse se décline en trois parties. Tout d'abord, nous estimons que le raisonnement de la Couronne méconnaît le fait que certaines situations personnelles permettent au tribunal d'identifier les délinquants qui ne présentent pas un risque accru de récidive. Ensuite, la thèse de la Couronne n'est pas appuyée par la preuve statistique d'expert présentée au procès : il est inexact de dire que tous les délinquants sexuels présentent un risque accru de récidive. Enfin, on ne peut invoquer le fait qu'il est difficile d'évaluer le risque au moment de la détermination de la peine pour justifier la portée excessive de l'art. 490.012 : il convient d'examiner ce genre d'argument sous le régime de l'article premier.

[83] Pour résumer notre analyse, nous ne décelons aucune erreur dans la conclusion de la juge chargée de la détermination de la peine ou dans celle de la juge Khullar suivant laquelle l'inscription au registre de délinquants qui ne présentent pas un risque accru de récidive n'a aucun lien avec l'objet de l'inscription obligatoire. Le fait d'assujettir tous les délinquants, indépendamment de leur risque de récidive, à des obligations de déclaration onéreuses et continues, à des contrôles de conformité aléatoires et à la possibilité d'être poursuivis et emprisonnés n'a aucun lien avec l'objet de la mesure. En l'espèce, la juge Moen a conclu, en première instance, sur la foi de la preuve présentée lors de l'audience de détermination de la peine, que M. Ndhlovu correspondait à ce profil de délinquants. Elle n'avait « absolument aucune crainte qu['il] récidiv[e] ».

[84] The extent to which requiring all offenders to register is necessary due to the difficulties in assessing risk is an argument grounded in enforcement practicality or administrative convenience. It relates to justification rather than overbreadth. While mandatory registration has the attraction of simplicity and ease, the convenience of requiring every sex offender to register does not make it constitutional.

(i) An Offender's Personal Circumstances May Show There Is No Increased Risk of Reoffending

[85] The Crown's focus on the recidivism risk of sex offenders faces an obvious difficulty. In certain cases, an offender's personal circumstances mean they are not at an increased risk of reoffending, undermining any real possibility that their information on the registry will ever prove useful to police. But a rough proxy like a prior conviction for a sex offence does not readily account for those circumstances. This common sense argument is consistent with the Crown expert's testimony.

[86] Trials based on historical sexual offences are commonplace in our courts. An offender who committed a sexual offence in the past is sometimes only convicted and sentenced decades later, when they are at an advanced age and have highly limited mobility. Subjecting such offenders to *SOIRA* would obviously bear no connection to the purpose of capturing information about offenders that may assist police prevent and investigate sex offences. The conclusion that these personal circumstances may have a bearing on recidivism risk, yet are not captured in statistical models, is consistent with the Crown expert's testimony.

[87] The Crown's expert, Dr. Hanson, rightly admitted the limitations on the statistics that formed

[84] L'argument selon lequel il est nécessaire d'obliger tous les délinquants à s'inscrire en raison des difficultés que comporte l'évaluation du risque qu'ils présentent repose sur l'utilité pratique de ce mécanisme sur le plan de son application ou sur des raisons de commodité administrative. Cet argument concerne la justification et non la portée excessive. Bien que l'inscription obligatoire soit attrayante en raison de sa simplicité et de sa facilité d'application, le fait qu'il soit commode d'exiger l'inscription de tous les délinquants sexuels ne la rend pas constitutionnelle.

(i) La situation personnelle du délinquant peut montrer qu'il ne présente pas un risque accru de récidive

[85] L'insistance de la Couronne sur le risque de récidive des délinquants sexuels se heurte à une difficulté évidente. Dans certains cas, en raison de sa situation personnelle, le délinquant ne présente pas un risque accru de récidive, ce qui exclut toute possibilité réelle que ses renseignements figurant au registre se révèlent un jour utiles à la police. Mais un indicateur aussi approximatif que l'existence d'une déclaration antérieure de culpabilité pour une infraction sexuelle ne tient pas compte d'emblée de ce type de situation. Cet argument de bon sens s'accorde avec le témoignage de l'expert de la Couronne.

[86] Les procès fondés sur des infractions sexuelles antérieures sont monnaie courante dans nos tribunaux. Le délinquant qui a commis une infraction sexuelle dans le passé n'est parfois reconnu coupable et condamné que des décennies plus tard, alors qu'il est rendu à un âge avancé et qu'il a une mobilité très réduite. L'assujettissement de tels délinquants à la *LERDS* n'aurait évidemment aucun lien avec l'objectif de recueillir au sujet des délinquants des renseignements qui pourraient aider la police à prévenir les infractions sexuelles et à enquêter sur celles-ci. La conclusion selon laquelle ces situations personnelles peuvent avoir une incidence sur le risque de récidive, sans toutefois être prises en compte dans les modèles statistiques, s'accorde avec le témoignage de l'expert de la Couronne.

[87] L'expert de la Couronne, le D^r^ Hanson, a admis à juste titre les limites que comportaient les statistiques

the basis of his testimony. He recognized statistical models have inherent limits: even the best studies or models cannot account for all personal characteristics that influence one's likelihood of reoffending. Bearing in mind that an effect on one person's liberty that bears no connection to s. 490.012's purpose is sufficient to make it overbroad (*Bedford*, at para. 123), the breach here becomes obvious. We are satisfied that the personal circumstances of some offenders mean they are at no increased risk of reoffending.

[88] Consider, for instance, the offender in *R. v. T.L.B.*, 2006 ABQB 533, 403 A.R. 293, aff'd 2007 ABCA 135, 404 A.R. 283. The offender was wheelchair-bound due to cerebral palsy, unable to work, and required daily assistance from a caregiver to assist with her personal needs (paras. 8-9). She was convicted of child pornography and sexual interference offences involving her six-year-old child. She was pressured to make images of her child and to commit a sexual act with her son after entering into an online relationship with a man who was a pedophile (paras. 2-7). After the incident was disclosed, her son was apprehended from her care (para. 6). At sentencing, T.L.B. was exempted from complying with *SOIRA* — under the previous provisions — on the grounds it would be "grossly disproportionate" (para. 80). Her risk of reoffending was very low based on the assessment of a clinical and forensic psychologist (para. 65). Her offences were directed against her child, who was no longer in her care, and she did not have contact with any other children (para. 65).

[89] T.L.B.'s personal circumstances make it highly improbable that she would reoffend. There is no increased risk that an offender like T.L.B. would ever commit another sex offence. Nor did anything in her pattern of offending suggest that her location or identity would not be readily ascertainable without *SOIRA* if police investigated her for a future offence. As a result, her registration would not be connected to the objective of capturing information

sur lesquelles son témoignage était fondé. Il a reconnu que les modèles statistiques comportent en soi des limites : même les meilleurs modèles ou études ne peuvent tenir compte de toutes les situations personnelles qui peuvent influer sur la probabilité de récidive d'un individu. Puisqu'il suffit que l'art. 490.012 ait sur la liberté d'une seule personne un effet qui n'a aucun lien avec l'objet de cette disposition pour que celle-ci ait une portée excessive (*Bedford*, par. 123), la violation devient évidente en l'espèce. Nous sommes convaincues qu'en raison de leur situation personnelle, certains délinquants ne présentent pas un risque accru de récidive.

[88] Prenons l'exemple de la délinquante dans l'affaire *R. c. T.L.B.*, 2006 ABQB 533, 403 A.R. 293, conf. par 2007 ABCA 135, 404 A.R. 283. La délinquante était confinée dans un fauteuil roulant en raison d'une paralysie cérébrale; elle était incapable de travailler et avait besoin de l'aide quotidienne d'une personne soignante pour répondre à ses besoins personnels (par. 8-9). Elle a été reconnue coupable d'infractions de pornographie juvénile et de contacts sexuels impliquant son enfant de six ans. Elle avait subi des pressions pour prendre des photos de son enfant et commettre un acte sexuel avec son fils après avoir amorcé une relation en ligne avec un pédophile (par. 2-7). Après que les faits eurent été divulgués, la garde de son fils lui a été retirée (par. 6). Lors de la détermination de la peine, T.L.B. a été exemptée de l'application de la *LERDS* — en vertu des anciennes dispositions — au motif que son inscription au registre aurait un effet [TRADUCTION] « nettement démesuré » (par. 80). Son risque de récidive était très faible, selon l'évaluation d'un psychologue clinicien judiciaire (par. 65). Ses infractions étaient dirigées contre son enfant, qui n'était plus sous sa garde, et elle n'avait pas de contact avec d'autres enfants (par. 65).

[89] La situation personnelle de T.L.B. fait en sorte qu'il est hautement improbable qu'elle récidive. Il n'y a pas de risque accru qu'un délinquant comme T.L.B. commette un jour une autre infraction sexuelle. De plus, rien dans son profil de délinquance ne donne à penser que le lieu où elle se trouve ou son identité ne seraient pas facilement vérifiables sans la *LERDS* si la police enquêtait sur elle à propos d'une infraction ultérieure. Par conséquent, il n'y aurait aucun

about offenders that may assist police prevent and investigate sex offences. Focusing only on T.L.B.'s convictions neglects all of the unique circumstances in her case that make it highly improbable that police would ever benefit from her registration.

[90] These examples illustrate the constitutional infirmity of s. 490.012 under s. 7. The question is not whether sexual offenders are generally at an increased risk of reoffending, but rather whether there are some offenders who are not. This is because a law that has an overbroad impact on even one individual is inconsistent with the principles of fundamental justice (*Bedford*, at para. 123). As *T.L.B.* illustrates, in some cases, the personal circumstances of an offender will undermine any increased risk of reoffending. There is, as a result, no connection between subjecting an offender like T.L.B. to *SOIRA* and the purpose of capturing information that may assist police prevent and investigate sex offences.

(ii) Mandatory Registration Is Overbroad Since Some Sex Offenders Are Not at an Increased Statistical Risk of Reoffending

[91] The expert evidence, which the sentencing judge accepted, made clear that there is no perceptible difference in sexual recidivism risk at the time of sentencing between the lowest-risk sexual offenders — the bottom 10 percent — and the population of offenders with convictions for non-sexual criminal offences. In both instances, about two percent of individuals — whether they be the lowest-risk sexual offenders or the people with a criminal record unrelated to a sexual offence — commit a sexual offence over the next five years.

lien entre son inscription au registre et l'objectif de recueillir sur des délinquants des renseignements susceptibles d'aider la police à prévenir les infractions sexuelles et à enquêter sur celles-ci. Se concentrer uniquement sur les condamnations de T.L.B. a pour effet de négliger toutes les circonstances uniques de son cas qui font en sorte qu'il est hautement improbable que son inscription au registre puisse un jour être de quelque utilité pour la police.

[90] Ces exemples illustrent le vice constitutionnel qui entache l'art. 490.012 au regard de l'art. 7. La question n'est pas de savoir si les délinquants sexuels présentent généralement un risque accru de récidive, mais plutôt s'il y a des délinquants qui ne présentent pas ce risque. En effet, il suffit qu'une disposition ait un effet excessif sur une seule personne pour qu'on puisse conclure que cette disposition est incompatible avec les principes de justice fondamentale (*Bedford*, par. 123). Comme le montre l'affaire *T.L.B.*, dans certains cas, la situation personnelle du délinquant fait en sorte que tout risque accru de récidive est exclu. Il n'y a donc aucun lien entre le fait d'assujettir un délinquant comme T.L.B. à la *LERDS* et l'objectif de recueillir des renseignements susceptibles d'aider la police à prévenir les infractions sexuelles et à enquêter sur celles-ci.

(ii) L'inscription obligatoire a une portée excessive puisque certains délinquants sexuels ne présentent pas un risque statistique accru de récidive

[91] Dans son témoignage, qui a été accepté par la juge ayant prononcé la peine, l'expert a clairement indiqué qu'il n'y avait pas de différence perceptible en ce qui concerne le risque de récidive sexuelle au moment de la détermination de la peine entre les délinquants sexuels présentant le risque le plus faible — les 10 p. 100 inférieurs — et l'ensemble des délinquants reconnus coupables d'infractions criminelles non sexuelles. Dans les deux cas, environ deux p. 100 des individus — qu'il s'agisse des délinquants sexuels présentant le risque de récidive le plus faible ou d'individus ayant un casier judiciaire sans lien avec des infractions sexuelles — commettent une infraction sexuelle au cours des cinq années suivantes.

[92] Mandatory registration is overbroad to the extent it sweeps in these lowest-risk sex offenders. As a result of their risk profile, there is no connection between subjecting them to a *SOIRA* order and the objective of capturing information that may assist police prevent and investigate sex offences because they are not at an increased risk of reoffending. The purpose of the provision is not advanced by including these offenders.

[93] The Crown nevertheless contends that the measures are not overbroad since sex offenders are, as a group, at an *enhanced* risk of recidivism. It adds that even the lowest-risk sex offender is more dangerous than members of the general public. It further argues that, in any event, all sexual offenders present a more than *de minimis* risk of committing a further sexual offence and that Parliament is entitled to legislate in order to mitigate this risk of harm. In our view, none of these arguments is sufficient to cure the provision's overbreadth.

[94] First, we agree that the commission of a sexual offence is one of many empirically validated predictors of increased sexual recidivism. But so are other factors, such as age, unusual or atypical sexual interests, sexual preoccupation, lifestyle instability or poor cognitive problem solving (to name a few). Recidivism risk also varies depending on the pattern of offences: for instance, whether the offence is a non-contact sexual offence, or whether it is committed against a child, a stranger, an acquaintance or a family member. Yet the expert evidence makes clear that valid risk assessments must consider a range of risk relevant variables — there is no single factor that, on its own, yields an offender's recidivism risk. In short, many factors affect a sex offender's recidivism risk.

[92] L'inscription obligatoire a une portée excessive dans la mesure où elle englobe ces délinquants sexuels qui présentent le risque le plus faible. En raison du profil de risque de ces délinquants, il n'y a pas de lien entre leur assujettissement à une ordonnance de la *LERDS* et l'objectif de recueillir des renseignements susceptibles d'aider la police à prévenir les infractions sexuelles ou à enquêter sur celles-ci, parce qu'ils ne présentent pas un risque accru de récidive. L'inscription de ces délinquants ne contribue pas à l'atteinte de l'objet de cette disposition.

[93] La Couronne soutient malgré tout que les mesures n'ont pas une portée excessive étant donné que les délinquants sexuels présentent, en tant que groupe, un risque *accru* de récidive. Elle ajoute que même le délinquant sexuel présentant le risque le plus faible est plus dangereux que le simple citoyen. Elle soutient en outre que, de toute façon, tous les délinquants sexuels présentent un risque non négligeable de commettre une autre infraction sexuelle et que le Parlement a le droit de légiférer afin d'atténuer ce risque de causer du tort à autrui. À notre avis, aucun de ces arguments n'est suffisant pour remédier à la portée excessive de la disposition.

[94] Premièrement, nous convenons que la perpétration d'une infraction sexuelle est l'un des nombreux prédicteurs empiriquement validés d'un risque accru de récidive sexuelle. Mais il en est de même pour d'autres facteurs, comme l'âge, les intérêts sexuels inhabituels ou atypiques, les obsessions sexuelles, l'instabilité du mode de vie ou la mauvaise résolution de problèmes cognitifs (pour n'en nommer que quelques-uns). Le risque de récidive varie également selon le type d'infraction : par exemple, si l'infraction est une infraction sexuelle sans contact, ou si elle est commise contre un enfant, un étranger, une connaissance ou un membre de la famille. Il ressort toutefois clairement du témoignage de l'expert que, pour évaluer valablement le risque, il faut tenir compte d'un éventail de variables pertinentes en matière de risque et qu'il n'y a pas de facteur unique qui, à lui seul, permet de conclure qu'un délinquant risque de récidiver. Bref, le risque de récidive du délinquant sexuel dépend de plusieurs facteurs.

[95] As a result, although an offender may be part of a group that is *generally* — in other words, on average — at an enhanced risk of reoffending, this does not hold true for *every* individual in the group. To be clear, an overbreadth analysis does not focus on the group, but on the individuals within that group. As explained above, while a previous conviction for a sexual offence is a risk factor, about 10 percent of the individuals with a prior conviction for a sex offence are not, at time of sentencing, at an enhanced risk of reoffending when compared to the general criminal population. Focusing only on the commission of a past sexual offence inevitably detracts the focus from the other variables affecting an offender's recidivism risk. This is hardly surprising, considering that sexual offences cover a broad range of conduct and that sex offenders are not a uniform group.

[96] Second, there is no evidence to support the Crown's reliance on an enhanced rate of offending relative to the general public. The Crown's own expert could only speculate and testified that the rate of sexual offending by those without any prior conviction for any offence had not been established.

[97] Third, a *de minimis* risk of harm or risk of reoffending is insufficient to avoid overbreadth. The Crown relies on *Malmo-Levine* for the proposition that Parliament is entitled to enact measures that mitigate a more than *de minimis* risk of harm, a point accepted by the majority at the Court of Appeal (para. 89). Since all sex offenders are allegedly at a more than *de minimis* risk of reoffending, the Crown says Parliament complied with s. 7 when it elected to include relatively low-risk offenders in the registry.

[98] As we note above, only about 20 to 25 percent of the sex offender group actually reoffend, and 10

[95] Par conséquent, même si un délinquant peut faire partie d'un groupe qui présente *généralement* — autrement dit, en moyenne — un risque accru de récidive, ce n'est pas le cas pour *tous* les membres du groupe. Soyons clairs : l'analyse de la portée excessive ne se concentre pas sur le groupe, mais sur les individus au sein de ce groupe. Comme nous l'avons déjà expliqué, bien qu'une condamnation antérieure pour une infraction sexuelle constitue un facteur de risque, environ 10 p. 100 des individus ayant déjà été reconnus coupables d'une infraction sexuelle ne présentent pas, au moment de la détermination de la peine, un risque de récidive plus élevé que l'ensemble des criminels. Lorsqu'on se concentre exclusivement sur la perpétration d'une infraction sexuelle antérieure, on néglige inévitablement les autres variables qui ont une incidence sur le risque de récidive du délinquant, ce qui n'est guère surprenant, étant donné que les infractions sexuelles couvrent un large éventail de comportements et que les délinquants sexuels ne forment pas un groupe homogène.

[96] Deuxièmement, aucune preuve ne vient étayer l'argument de la Couronne selon lequel ces délinquants présentent un risque de récidive plus élevé que l'ensemble des criminels. Le propre expert de la Couronne en était réduit à des conjectures et a admis qu'on ignorait le taux d'infractions sexuelles commises par des personnes qui n'avaient pas été reconnues coupables d'une infraction quelconque.

[97] Troisièmement, un risque minime de causer du tort à autrui ou de récidiver ne suffit pas pour éviter que les dispositions législatives aient une portée excessive. La Couronne se fonde sur l'arrêt *Malmo-Levine* pour faire valoir que le Parlement a le droit d'adopter des mesures qui atténuent un risque plus que minimal de causer du tort à autrui, ce que les juges majoritaires de la Cour d'appel ont accepté (par. 89). La Couronne affirme qu'étant donné que tous les délinquants sexuels présenteraient un risque de récidive plus que minimal, le Parlement s'est conformé à l'art. 7 lorsqu'il a décidé d'exiger l'inscription au registre de délinquants présentant un risque relativement faible.

[98] Comme nous l'avons déjà signalé, seulement de 20 à 25 p. 100 du groupe des délinquants sexuels

percent of the group are at about a 2 percent chance of reoffending after 5 years. And within the rates of recidivism, the range of conduct captured — and the degree of harm — varies dramatically. Nonetheless, we agree that "the precise weighing and calculation of the nature and extent of the harm is Parliament's job" (*Malmo-Levine*, at para. 133). However, the question in an overbreadth analysis is not whether Parliament perceived a more than *de minimis* risk of harm when it enacted a law. Rather, the question is whether the law is so broad in scope that it has some impact on a s. 7 interest that bears no connection to the law's purpose (*Bedford*, at para. 112).

[99] The difference between these two questions is illustrated by an early decision in this Court's overbreadth jurisprudence, *R. v. Heywood*, [1994] 3 S.C.R. 761. In *Heywood*, the Court considered a provision that made it an offence for certain offenders to loiter in or near school grounds, playgrounds, public parks, or bathing areas (then s. 179(1)(*b*) of the *Criminal Code*). The purpose of the measure was to protect children from becoming victims of sexual offences (p. 794). The Court struck down the measure for overbreadth because it applied to locations where children were not likely to be present, such as every part of all public parks in Canada, including vast and remote wilderness parks (p. 795). Clearly, however, the measure applied to sex offenders who would, according to the Crown's logic, pose a more than *de minimis* risk of harm. Nevertheless, the provision breached s. 7 of the *Charter* because it impacted the liberty of offenders in a manner that bore no connection to its purpose. While *Heywood* predates *Bedford* and *Carter*, it remains a paradigmatic application of the overbreadth principle (H. Stewart, *Fundamental Justice: Section 7 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms* (2nd ed. 2019), at p. 154).

récidivent dans les faits, et 10 p. 100 du groupe ont un risque de récidive d'environ 2 p. 100 après 5 ans. Et à l'intérieur des taux de récidive, l'éventail des comportements visés — et l'ampleur du tort causé à autrui — varie considérablement. Nous sommes toutefois d'accord pour dire que « l'appréciation et la détermination exactes de la nature et de l'étendue du préjudice relèvent du Parlement » (*Malmo-Levine*, par. 133). Toutefois, la question qui se pose dans le cadre de l'analyse de la portée excessive n'est pas de savoir si le Parlement estimait qu'il existait un risque de préjudice plus que minime lorsqu'il a adopté une loi. Il s'agit plutôt de savoir si la loi a une portée tellement vaste qu'elle a une incidence sur un droit garanti par l'art. 7 qui n'a aucun lien avec l'objet de la loi (*Bedford*, par. 112).

[99] La différence entre ces deux questions est illustrée par un des premiers arrêts rendus par notre Cour dans le cadre de sa jurisprudence sur la portée excessive, *R. c. Heywood*, [1994] 3 R.C.S. 761. Dans l'affaire *Heywood*, la Cour examinait une disposition qui érigeait en infraction le fait pour certains délinquants de flâner sur le terrain d'une école, un terrain de jeu, un parc public ou des aires de baignade ou à proximité de ces lieux (l'al. 179(1)*b*) du *Code criminel* alors en vigueur). L'objectif de cette mesure était de protéger les enfants contre les infractions sexuelles (p. 794). Estimant qu'elle avait une portée excessive, la Cour a invalidé la mesure parce qu'elle s'appliquait à des endroits où il était peu probable que des enfants se retrouvent, y compris sur tout le territoire de chaque parc public du Canada, y compris les vastes parcs sauvages dans des régions éloignées (p. 795). Il était toutefois clair que cette mesure s'appliquait à des délinquants sexuels qui, selon la logique de la Couronne, posaient un risque plus que minime de causer du tort à autrui. La disposition violait néanmoins l'art. 7 de la *Charte* parce qu'elle portait atteinte à la liberté des délinquants d'une manière qui n'avait aucun lien avec son objectif. Bien que l'arrêt *Heywood* soit antérieur aux arrêts *Bedford* et *Carter*, il demeure néanmoins un exemple typique d'application du principe de la portée excessive (H. Stewart, *Fundamental Justice : Section 7 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms* (2e éd. 2019), p. 154).

[100] Quite simply, the Crown cannot rely on the fact that any offender has a risk — albeit not an increased risk — to commit a sexual offence in the future. If a mere risk of committing a future criminal offence could provide the requisite connection to meet the *Bedford* threshold, such a threshold would be met, by reason of logic, in every case where forward-looking measures are implemented by Parliament. If one accepts the basic premise that it is impossible to predict the future with absolute certainty, then, by definition, anyone has a risk of committing a criminal offence in the future. If risk is all it takes to make a measure depriving individuals from their liberty compliant with s. 7, the law on overbreadth would be deprived of its normative value.

[101] In the end, the evidence — accepted by the sentencing judge — demonstrates that s. 490.012 catches offenders who, at the time of their release, are no longer at significant risk to reoffend. The commission of a past sexual offence, therefore, is an inexact proxy for those offenders whose information may assist police. A proxy of such a broad nature, which applies to a large number of people and a broad range of conduct, inevitably captures individuals who are not at an increased risk of committing the criminal conduct that Parliament sought to prevent and investigate with the registry.

(iii) Uncertainty at Sentencing Cannot Cure Section 490.012's Overbreadth

[102] The Crown submits s. 490.012 is not overbroad, since the risk of recidivism is difficult to assess and even expert assessments are error-prone. Thus, it says, there is no other alternative that would capture the information to assist police. There are two difficulties with the Crown's argument.

[103] First, as discussed above, the Crown cannot save a law from overbreadth for reasons of "administrative convenience" or to make enforcement more

[100] En un mot, la Couronne ne peut invoquer le fait qu'un délinquant présente un risque — quoique non accru — de commettre une infraction sexuelle dans le futur. Si le simple risque de commettre un jour une infraction criminelle fournissait le lien nécessaire pour satisfaire au critère de l'arrêt *Bedford*, ce critère serait satisfait, en toute logique, chaque fois que le Parlement adopte des mesures prospectives. Si l'on part du principe élémentaire suivant lequel il est impossible de prédire l'avenir avec une certitude absolue, alors, par définition, toute personne risque de commettre une infraction criminelle dans le futur. Si l'existence d'un risque est le facteur qui s'applique pour rendre conforme à l'art. 7 une mesure qui prive des personnes de leur liberté, les règles de droit sur la portée excessive perdraient leur valeur normative.

[101] En fin de compte, la preuve — acceptée par la juge chargée de la détermination de la peine — démontre que l'art. 490.012 englobe des délinquants qui, au moment de leur mise en liberté, ne présentent plus de risque important de récidive. Par conséquent, le fait d'avoir déjà commis une infraction sexuelle est un indicateur erroné dans le cas des délinquants dont les renseignements sont susceptibles d'aider la police. Un indicateur aussi général, qui s'applique à un aussi grand nombre de personnes et à un éventail d'actes aussi large, vise inévitablement des individus qui ne présentent pas un risque accru de commettre les actes criminels que le Parlement cherchait à prévenir et à soumettre à des mesures d'enquête en créant le registre.

(iii) L'incertitude au moment de la détermination de la peine ne peut remédier à la portée excessive de l'art. 490.012

[102] La Couronne soutient que l'art. 490.012 n'a pas une portée excessive, étant donné qu'il est difficile d'évaluer le risque de récidive et que même les évaluations des experts sont sujettes à l'erreur. Il affirme par conséquent qu'il n'y a pas d'autre moyen de recueillir des renseignements susceptibles d'aider la police. Cet argument comporte deux failles.

[103] En premier lieu, comme nous l'avons déjà expliqué, la Couronne ne peut invoquer l'utilité pratique d'une mesure sur le plan de l'application

practical (*Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177, at p. 219; see *Bedford*, at para. 113; *Carter*, at para. 88; *Safarzadeh-Markhali*, at para. 53). As the Crown relies on the same concern here, it does not save mandatory registration under s. 7, but must be addressed under s. 1.

[104] It is worth elaborating on why questions of enforcement practicality are generally not addressed under s. 7 of the *Charter*. This type of argument implicitly accepts that an individual's rights are breached but holds it is justified for the sake of a benefit to the public — making the administration or enforcement of a law more practical or convenient. As a result, the argument goes to the heart of the s. 1 analysis: the justification of a breach of an individual's rights in pursuit of a greater public good (i.e., laws that are easier to enforce or administer), rather than the "narrower" question under s. 7, which concerns "whether the impugned law infringes individual rights" (*Bedford*, at para. 125). Considerations of enforcement practicality balance harm to an individual's rights against a benefit to the public and so fall at the core of s. 1. They are appropriately addressed as part of the Crown's burden under s. 1 as a result.

[105] Since *Bedford*, the Court has consistently rejected arguments premised on enforcement practicality and administrative convenience under s. 7 of the *Charter*. In *Bedford*, the Court concluded that the criminal offence of living on the avails of prostitution was overbroad. The purpose of the offence was "to target pimps and the parasitic, exploitative conduct in which they engage" (para. 137). The offence was overbroad to the extent it captured persons who were not in exploitative business relationships with sex

ou la « commodité administrative » pour réfuter une allégation de portée excessive (*Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177, p. 219; voir *Bedford*, par. 113; *Carter*, par. 88; *Safarzadeh-Markhali*, par. 53). Comme la Couronne invoque les mêmes raisons en l'espèce, l'inscription obligatoire n'est pas sauvegardée en vertu de l'art. 7 et cet argument doit être examiné en fonction de l'article premier.

[104] Il convient d'expliquer pourquoi les considérations relatives à l'utilité pratique sur le plan de l'application ne sont généralement pas abordées lors de l'examen effectué en fonction de l'art. 7 de la *Charte*. Ce type d'argument reconnaît implicitement que la disposition législative viole les droits de quelqu'un, mais considère que cette violation est justifiée parce que la disposition est avantageuse pour le public, du fait qu'elle rend l'application de la loi plus pratique ou plus commode. Cet argument relève donc directement de l'analyse fondée sur l'article premier, en l'occurrence la justification de la violation des droits d'une personne lorsque l'intérêt supérieur du public l'exige (c.-à-d. pour faciliter l'application ou l'administration de la loi), plutôt que de la question « plus étroite » à trancher en fonction de l'art. 7, en l'occurrence celle de savoir « si la disposition contestée porte atteinte à un droit individuel » (*Bedford*, par. 125). Les considérations relatives à l'utilité pratique sur le plan de l'application visent à trouver un équilibre entre l'atteinte portée à des droits individuels par la mesure contestée et l'avantage qu'elle comporte pour le public, et elles relèvent donc carrément de l'article premier. Ces considérations relèvent à juste titre du fardeau imposé en conséquence à la Couronne par l'article premier.

[105] Depuis l'arrêt *Bedford*, la Cour rejette systématiquement les arguments fondés sur l'utilité pratique au plan de l'application et sur la commodité administrative dans le cadre de l'analyse relative à l'art. 7 de la *Charte.* Dans l'arrêt *Bedford*, la Cour a conclu que l'infraction criminelle consistant à vivre des produits de la prostitution d'autrui avait une portée excessive. L'infraction visait « à réprimer le proxénétisme, ainsi que le parasitisme et l'exploitation qui y sont associés » (par. 137). L'infraction avait une

workers, including accountants and receptionists (para. 142). The Attorneys General of Canada and Ontario argued the law needed to be broadly drawn due to the blurry line between exploitative and non-exploitative relationships (para. 143). The Court concluded this argument, premised on enforcement practicality, was better addressed under s. 1 of the *Charter* (para. 144).

[106] Later, in *Carter*, the Court considered a challenge to a criminal prohibition on assisted dying. The purpose of the prohibition was to protect vulnerable individuals from committing suicide in a moment of weakness (para. 78). The Court concluded the prohibition was overbroad to the extent it applied to individuals who were not vulnerable (para. 86). In reaching this conclusion, the Court rejected the Crown's argument that the law needed to be broadly drawn due to the difficulty of conclusively identifying vulnerable individuals (paras. 87-88). The Court again held this argument was properly addressed under s. 1 (para. 88).

[107] A year later, in *Safarzadeh-Markhali*, the Court considered a challenge to a provision that barred offenders who were denied bail due to a prior conviction from receiving enhanced credit for presentence custody. The provision's purpose was "to enhance public safety and security by increasing violent and chronic offenders' access to rehabilitation programs" (para. 47 (emphasis deleted)). The Court concluded it was overbroad since it applied to offenders who did not pose a threat to public safety or security, including those denied bail for non-violent prior offences, such as missing a court date (paras. 52-53). The Crown argued that the provision cast a broad net since that was more practical than identifying only those offenders that posed a public safety risk (para. 53). The Court, citing *Bedford*, held this concern for

portée excessive dans la mesure où elle visait aussi des personnes qui entretenaient avec les travailleuses du sexe des rapports dénués d'exploitation, dont les comptables et les réceptionnistes (par. 142). Les procureurs généraux du Canada et de l'Ontario ont fait valoir que la disposition devait être formulée en des termes généraux parce que la ligne de démarcation entre les rapports empreints d'exploitation et les rapports exempts d'exploitation était floue (par. 143). La Cour a conclu que cet argument, fondé sur l'utilité pratique au plan de l'application, avait davantage sa place dans l'analyse relative à l'article premier de la *Charte* (par. 144).

[106] Plus tard, dans l'affaire *Carter*, la Cour était saisie d'une contestation de la prohibition criminelle de l'aide médicale à mourir. La prohibition visait à empêcher que des personnes vulnérables se suicident dans un moment de faiblesse (par. 78). La Cour a conclu que la prohibition en question avait une portée excessive dans la mesure où elle s'appliquait à des personnes qui n'étaient pas vulnérables (par. 86). En parvenant à cette conclusion, la Cour a rejeté l'argument de la Couronne suivant lequel la règle de droit devait être rédigée en des termes généraux parce qu'il était difficile d'identifier de manière concluante les personnes vulnérables (par. 87-88). La Cour a de nouveau conclu qu'il y a lieu d'examiner cet argument dans l'analyse fondée sur l'article premier (par. 88).

[107] L'année suivante, dans l'affaire *Safarzadeh-Markhali*, la Cour s'est penchée sur la contestation d'une disposition législative qui rendait inadmissibles au crédit majoré pour détention présentencielle les délinquants qui se voyaient refuser leur mise en liberté sous caution en raison d'une condamnation antérieure. La disposition avait pour objectif « d'accroître la sûreté et la sécurité publiques en élargissant l'accès des délinquants violents et chroniques à des programmes de réadaptation » (par. 47 (italique omis)). La Cour a conclu que la disposition avait une portée excessive étant donné qu'elle s'appliquait à des délinquants qui ne constituaient pas une menace pour la sûreté et la sécurité publiques, y compris ceux qui se voyaient refuser leur mise en liberté sous caution en raison d'infractions antérieures ne comportant

enforcement practicality did not save the provision from overbreadth under s. 7 (para. 53).

[108] *Bedford*, *Carter*, and *Safarzadeh-Markhali* all affirm that Parliament cannot rely on enforcement practicality or administrative convenience to immunize a law from overbreadth under s. 7 of the *Charter*. The proper approach is to address such considerations under s. 1. The Crown's attempts to rely on enforcement practicality under s. 7 similarly fail in this case.

[109] Moreover, judges make risk assessments routinely, including those informed by expert assessments. Notwithstanding these assessments may not be certain, they are capable of being well informed by an individual's personal circumstances and the best expert evidence. Clearly, there are instances where a sentencing judge can reasonably conclude that it is remote or implausible that an offender's information will ever prove useful to police.

[110] Finally, in the past, judges may have improperly exempted offenders on the basis of gross disproportionality by relying on myths and stereotypes about sexual assaults (see J. Benedet, "A Victim-Centred Evaluation of the Federal Sex Offender Registry" (2012), 37 *Queen's L.J.* 437). To the extent some trial judges may have interpreted the former exemption too broadly, those trial decisions are always subject to appellate review and guidance. This cannot render an unconstitutional law constitutional.

pas de violence, comme l'omission de se présenter devant le tribunal (par. 52-53). La Couronne a soutenu que la disposition ratissait large parce qu'il était plus pratique de viser tous les délinquants que seulement ceux qui constituaient une menace pour la sûreté et la sécurité publiques (par. 53). Citant l'arrêt *Bedford*, la Cour a jugé que ce souci de l'utilité pratique sur le plan de l'application ne permettait pas de protéger la disposition en question contre une allégation de portée excessive fondée sur l'art. 7 (par. 53).

[108] Les arrêts *Bedford*, *Carter* et *Safarzadeh-Markhali* confirment tous que le Parlement ne peut pas invoquer l'utilité pratique sur le plan de l'application ou des raisons de commodité administrative pour protéger une disposition législative contre une allégation de portée excessive fondée sur l'art. 7 de la *Charte*. Ces considérations doivent plutôt être examinées dans le cadre de l'analyse fondée sur l'article premier. Les tentatives faites par la Couronne pour invoquer l'utilité pratique sur le plan de l'application en se fondant sur l'art. 7 échouent également en l'espèce.

[109] De plus, les juges procèdent régulièrement à des évaluations du risque, en se fondant notamment sur des avis d'experts. Bien que ces évaluations ne procurent peut-être pas de la certitude, on peut en optimiser la valeur en tenant compte de la situation personnelle de l'individu concerné et de l'avis des meilleurs experts. Il s'agit évidemment de situations dans lesquelles le juge chargé de la détermination de la peine peut raisonnablement conclure qu'il est peu probable que les renseignements recueillis au sujet du délinquant puissent un jour s'avérer utiles pour la police.

[110] Enfin, dans le passé, des juges ont peut-être indûment soustrait des délinquants au registre en raison des effets nettement démesurés que leur inscription aurait sur eux en se fondant sur des mythes et des stéréotypes au sujet des agressions sexuelles (voir J. Benedet, « A Victim-Centred Evaluation of the Federal Sex Offender Registry » (2012), 37 *Queen's L.J.* 437). Dans la mesure où certains juges du procès ont pu interpréter l'ancienne exemption de manière trop large, il est toujours possible pour les cours d'appel de réviser ces décisions de première instance et de proposer certaines orientations. Cela ne saurait rendre constitutionnelle une loi qui ne l'est pas.

[111] Thus, mandatory registration is overbroad. Since it captures offenders who are not at an increased risk to reoffend, s. 490.012 breaches s. 7 of the *Charter*.

(b) *Lifetime Registration*

[112] Lifetime registration of those convicted of more than one sexual offence (s. 490.013(2.1)) is also overbroad.

[113] The Crown's expert distinguished between two categories of offenders who commit more than one offence. The first is an offender, like Mr. Ndhlovu, who commits more than one sex offence without an intervening conviction. The second is an offender who, after being convicted of a sex offence, goes on to commit another offence. Dr. Hanson explained that committing more than one offence without an intervening conviction is *not* associated with an enhanced recidivism risk. As he put it, "individuals who are convicted of . . . two or three offences at the same sentencing occasion are the same risk as an individual who is convicted of one" (A.R., vol. II, at p. 196). He noted, however, that committing another offence after a conviction did substantially increase recidivism risk.

[114] Dr. Hanson's evidence establishes that lifetime registration for more than one offence without an intervening conviction is overbroad. The purpose of the measure is to give police a longer period of access to information on offenders at a greater risk of reoffending. Yet, as the expert evidence establishes, the measure captures some offenders who are not at a relatively greater risk of reoffending because their two or more offences were committed, for example, in a single transaction. Section 490.013(2.1), however, provides no discretion to exempt offenders in this circumstance.

[111] En conséquence, l'inscription obligatoire a une portée excessive. Comme l'art. 490.012 vise des délinquants qui ne présentent pas un risque accru de récidive, il viole l'art. 7 de la *Charte*.

b) *L'inscription à perpétuité*

[112] L'inscription à perpétuité des personnes reconnues coupables de plus d'une infraction sexuelle (par. 490.013(2.1)) a également une portée excessive.

[113] L'expert de la Couronne fait une distinction entre deux catégories de délinquants qui commettent plus d'une infraction. La première est celle des délinquants qui, comme M. Ndhlovu, commettent plus d'une infraction sexuelle sans être déclarés coupables d'une infraction dans l'intervalle. La seconde catégorie concerne les délinquants qui, après avoir été reconnus coupables d'une infraction sexuelle, commettent ensuite une autre infraction. Le D^r^ Hanson a expliqué que le fait de commettre plus d'une infraction sans faire l'objet d'une déclaration de culpabilité dans l'intervalle *n'*est *pas* associé à un risque accru de récidive. Comme il l'a dit, [TRADUCTION] « les personnes qui sont reconnues coupables de [. . .] deux ou trois infractions lors de la même instance de détermination de la peine présentent le même risque que la personne déclarée coupable d'une seule infraction » (d.a., vol. II, p. 196). Il a toutefois signalé que le fait de perpétrer une autre infraction après avoir été déclaré coupable augmentait sensiblement le risque de récidive.

[114] Le témoignage du D^r^ Hanson prouve que l'inscription à perpétuité du délinquant qui a commis plus d'une infraction sans être déclaré coupable d'une infraction dans l'intervalle a une portée excessive. L'objectif de la mesure est d'accorder à la police une période d'accès plus longue à des renseignements sur des délinquants qui présentent un risque accru de récidive. Or, comme le témoignage de l'expert le démontre, la mesure en question vise des délinquants qui ne présentent pas un risque relativement plus élevé de récidive parce que, par exemple, les infractions multiples qu'ils ont commises faisaient partie d'un seul événement. Le paragraphe 490.013(2.1) ne confère toutefois aucun pouvoir discrétionnaire qui permettrait de soustraire des délinquants au registre dans ces circonstances.

[115] The Crown submits Parliament was entitled to rely on a common sense inference that committing more than one offence on a single occasion increases recidivism risk. We would not give effect to this argument. The expert evidence clearly undermines the plausibility of any such inference. For this reason, we agree with the defence that s. 490.013(2.1) is overbroad.

(4) Gross Disproportionality

[116] Having concluded the measures are overbroad, we need not decide whether they are grossly disproportionate. That said, we would not foreclose the possibility that the effects of the provisions may be grossly disproportionate to their purposes in some cases. As discussed above, the impact on anyone who is subject to the reporting requirements of a *SOIRA* order is considerable. The personal information registered, the frequency at which offenders are required to update their information and the threat of imprisonment make the conditions onerous. They are not routine reporting requirements. Section 490.012 previously allowed for an exemption to ensure no individual would be subject to a grossly disproportionate order. That option, however, is no longer available.

C. *Sections 490.012 and 490.013(2.1) Are Not Justified Under Section 1 of the Charter*

[117] Having concluded that ss. 490.012 and 490.013(2.1) breach s. 7 of the *Charter*, it remains to determine whether the measures can be justified under s. 1. The Crown submits the measures are saved by s. 1. We do not accept this submission.

[118] The Crown bears the burden of establishing that the challenged measures' infringement of s. 7 is justified under s. 1 of the *Charter*. To meet its burden under s. 1, the Crown must show the infringement is "demonstrably justified", which means the infringing measures must be justified based on a "rational

[115] La Couronne fait valoir qu'il était loisible au Parlement de se fonder sur une inférence de bon sens selon laquelle la perpétration simultanée de plus d'une infraction augmente le risque de récidive. Nous ne retenons pas cet argument. Le témoignage de l'expert mine clairement la vraisemblance d'une telle inférence. Pour cette raison, nous convenons avec la défense que le par. 490.013(2.1) a une portée excessive.

(4) La disproportion totale

[116] Ayant conclu que les mesures ont une portée excessive, nous n'avons pas à décider si elles sont totalement disproportionnées. Cela dit, nous n'excluons pas la possibilité que les effets des dispositions puissent être totalement disproportionnés par rapport à leurs objectifs dans certains cas. Comme nous l'avons vu, l'impact sur quiconque est assujetti aux obligations de déclaration d'une ordonnance prévue par la *LERDS* est considérable. Le caractère personnel des renseignements qui sont consignés, la fréquence à laquelle les délinquants sont tenus de les mettre à jour et la menace d'emprisonnement rendent ces conditions onéreuses. Il ne s'agit pas d'obligations de déclaration de routine. L'article 490.012 prévoyait auparavant une exemption pour s'assurer que personne ne serait soumis à une ordonnance totalement disproportionnée. Or, cette option n'existe plus.

C. *L'article 490.012 et le par. 490.013(2.1) ne sont pas justifiés en vertu de l'article premier de la Charte*

[117] Ayant conclu que l'art. 490.012 et le par. 490.013(2.1) violent l'art. 7 de la *Charte*, il nous reste à déterminer si ces mesures peuvent être justifiées en vertu de l'article premier. La Couronne affirme que les mesures sont sauvegardées par application de l'article premier. Nous n'acceptons pas cet argument.

[118] Il incombe à la Couronne de démontrer que la violation de l'art. 7 par les mesures contestées est justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte*. Pour s'acquitter du fardeau que lui impose l'article premier, la Couronne doit établir que la violation se situe à l'intérieur de limites « dont la justification

inference from evidence or established truths" (*RJR-MacDonald*, at para. 128). Bare assertions will not suffice: evidence, supplemented by common sense and inference, is needed (*R. v. Sharpe*, 2001 SCC 2, [2001] 1 S.C.R. 45, at para. 78).

[119] A breach of the *Charter* is justified under s. 1 when the challenged law has a "pressing and substantial object and . . . the means chosen are proportional to that object" (*Carter*, at para. 94). The law is proportionate where the means adopted are rationally connected to the law's objective, minimally impairing of the right in question, and the law's salutary effects outweigh its deleterious effects (*R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, at pp. 136-40). The focus of the analysis is on the infringing measures, not on the overall legislative scheme. Thus, the Crown's burden requires it to show the challenged measures, and not *SOIRA* as a whole, impose a reasonable limit on s. 7 (*Ontario (Attorney General) v. G*, 2020 SCC 38, [2020] 3 S.C.R. 629, at para. 72, citing *RJR-MacDonald*, at para. 144; *Toronto Star Newspapers Ltd. v. Canada*, 2010 SCC 21, [2010] 1 S.C.R. 721, at para. 20).

[120] The defence concedes that the prevention and investigation of sex crimes is a pressing and substantial purpose. We agree. Parliament's goals in enacting *SOIRA* are laudable. In our view, this holds true for the specific objectives of the provisions at issue. Parliament's efforts to provide tools to police that make it easier to prevent and investigate sex offences are clearly aligned with the public's interest in preventing sex crimes and bringing sex offenders to justice.

[121] Furthermore, the measures are rationally connected to their objectives. The standard is not onerous; *Oakes* requires *a* rational connection, not a complete rational correspondence (*R. v. Appulonappa*, 2015 SCC 59, [2015] 3 S.C.R. 754, at para. 80;

puisse se démontrer », ce qui veut dire que les mesures attentatoires doivent être justifiées selon une « inférence rationnelle [tirée] de la preuve ou des faits établis » (*RJR-MacDonald*, par. 128). De simples affirmations ne suffisent pas : il faut présenter une preuve complétée par le bon sens et le raisonnement par déduction (*R. c. Sharpe*, 2001 CSC 2, [2001] 1 R.C.S. 45, par. 78).

[119] Une violation de la *Charte* est justifiée en vertu de l'article premier lorsque l'objet de la loi contestée « est urgent et réel et que les moyens choisis sont proportionnels à cet objet » (*Carter*, par. 94). Une loi est proportionnée à son objet si les moyens adoptés sont rationnellement liés à cet objet, si la loi porte atteinte de façon minimale au droit en question, et si les effets bénéfiques de la loi l'emportent sur ses effets préjudiciables (*R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, p. 136-140). L'analyse est axée sur les mesures attentatoires et non sur l'ensemble du régime législatif. Il incombe donc à la Couronne de démontrer que les mesures contestées, et non la *LERDS* dans son ensemble, imposent une limite raisonnable à l'art. 7 (*Ontario (Procureur général) c. G*, 2020 CSC 38, [2020] 3 R.C.S. 629, par. 72, citant *RJR-MacDonald*, par. 144; *Toronto Star Newspapers Ltd. c. Canada*, 2010 CSC 21, [2010] 1 R.C.S. 721, par. 20).

[120] La défense reconnaît que la prévention des crimes sexuels et les enquêtes sur ceux-ci constituent un objectif urgent et réel. Nous sommes du même avis. Les buts que visait le Parlement en adoptant la *LERDS* sont louables. À notre avis, cette affirmation vaut également pour les objectifs précis des dispositions en litige. Les mesures prises par le Parlement pour fournir à la police des outils qui facilitent leurs enquêtes sur les infractions sexuelles et la prévention de celles-ci s'harmonisent clairement avec l'intérêt qu'a le public à prévenir les crimes sexuels et à traduire les délinquants sexuels en justice.

[121] Qui plus est, les mesures sont rationnellement liées à leurs objectifs. Le critère applicable n'est pas exigeant : l'arrêt *Oakes* ne requiert que l'existence d'*un* lien rationnel et non une parfaite correspondance (*R. c. Appulonappa*, 2015 CSC 59,

Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. v. British Columbia, 2007 SCC 27, [2007] 2 S.C.R. 391, at para. 148). This test is met here. Since a conviction for a sexual offence is a reliable indicator of an increased risk of reoffending and committing another sex offence after a conviction can increase recidivism risk, it is reasonable to suppose the provisions may further their respective objectives (*Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 SCC 37, [2009] 2 S.C.R. 567, at para. 48). Yet, as we explain, the measures fail the other branches of the *Oakes* test.

(1) Sections 490.012 and 490.013(2.1) Are Not Minimally Impairing of an Offender's Rights

[122] A key issue on this appeal is whether the measures are minimally impairing of an offender's rights. To be minimally impairing, the challenged provisions must interfere with s. 7 "as little as reasonably possible in order to achieve the[ir] legislative objective" (*RJR-MacDonald*, at para. 160). The analysis turns on whether there are alternative, less drastic means of achieving the objective in a real and substantial manner (*K.R.J.*, at para. 70). The Crown bears the burden of showing no less drastic means are available (*Safarzadeh-Markhali*, at para. 63). A court need not find that the alternative measures "satisfy the objective to *exactly* the same extent or degree as the impugned measure[s]" (*Hutterian Brethren*, at para. 55 (emphasis in original)). Instead, it suffices that the alternative measures "substantially" achieve the challenged measures' objective (paras. 55 and 60). For this reason, the Court in *G* rejected the Crown's argument that since recidivism risk could not be perfectly predicted, the mandatory and permanent registration of offenders who were found not criminally responsible on account of mental disorder in Ontario's sex offender registry was minimally impairing. The Court concluded that absolute certainty in risk assessments cannot be expected (para. 75).

[2015] 3 R.C.S. 754, par. 80; *Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*, 2007 CSC 27, [2007] 2 R.C.S. 391, par. 148). Ce critère est satisfait en l'espèce. Puisqu'une déclaration de culpabilité à l'égard d'une infraction sexuelle constitue un indicateur fiable du risque accru de récidive et que le fait de commettre une autre infraction de nature sexuelle après avoir été reconnu coupable est susceptible d'augmenter le risque de récidive, on peut raisonnablement supposer que les dispositions en question favorisent l'atteinte de leur objectif respectif (*Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 CSC 37, [2009] 2 R.C.S. 567, par. 48). Pourtant, comme nous allons l'expliquer, les mesures ne satisfont pas aux autres volets du critère de l'arrêt *Oakes*.

(1) L'article 490.012 et le par. 490.013(2.1) ne portent pas atteinte de façon minimale aux droits des délinquants

[122] Une des principales questions en litige dans le présent pourvoi est de savoir si les mesures portent une atteinte minimale aux droits des délinquants. Pour porter une atteinte minimale, les dispositions contestées doivent contrevenir à l'art. 7 « aussi peu que cela est raisonnablement possible aux fins de la réalisation de l'objectif législatif » (*RJR-MacDonald*, par. 160). L'analyse porte sur la question de savoir s'il existe d'autres moyens moins radicaux de réaliser l'objectif de façon réelle et substantielle (*K.R.J.*, par. 70). La Couronne doit prouver l'absence de moyens moins radicaux d'atteindre l'objectif (*Safarzadeh-Markhali*, par. 63). Le tribunal n'a pas à conclure que la solution de rechange « permettrait d'atteindre l'objectif *exactement* dans la même mesure que l[es] mesure[s] contestée[s] » (*Hutterian Brethren*, par. 55 (en italique dans l'original)). Il suffit plutôt que les solutions de rechange permettent d'atteindre l'objectif des mesures contestées de façon « substantiell[e] » (par. 55 et 60). Pour cette raison, dans l'arrêt *G*, la Cour a rejeté l'argument de la Couronne selon lequel, comme il est impossible de prédire avec exactitude le risque de récidive, l'inscription obligatoire et permanente au registre des délinquants sexuels de l'Ontario des personnes déclarées non responsables criminellement

For similar reasons, we conclude the Crown has not discharged its burden on this step.

[123] The Crown argues that mandatory *SOIRA* orders (s. 490.012) are necessary to achieve "Parliament's objective of providing police with a comprehensive source of information on convicted sexual offenders, and particularly those who reoffend" and "to achieve an offender inclusion rate similar to that of the Ontario registry" (R.F., at paras. 162-63). This argument, however, is based on a flawed premise, since it mischaracterizes s. 490.012's objective. As stated above, the purpose is to capture information about offenders that may assist police prevent and investigate sex offences. The means chosen is the registration of all sex offenders. The Crown's argument under minimal impairment inappropriately shifts the characterization of mandatory registration's purpose.

[124] When the purpose of mandatory registration is properly characterized, it is apparent that the Crown has not met its burden under minimal impairment. To begin, the Crown concedes that restoring judicial discretion in the registration process would allow for a 90 percent inclusion rate of offenders in the registry. Yet the Crown did not adduce any evidence to explain why an inclusion rate of 90 percent would not substantially achieve s. 490.012's purpose of capturing information that assists police prevent and investigate sex offences. Specifically, no evidence or plausible argument was provided to explain why a discretion to exclude offenders from *SOIRA* where the impacts are likely too onerous or unrelated to s. 490.012's purpose would not substantially achieve Parliament's aims. In fact, the Crown did not adduce any evidence about the difficulties faced by police in preventing or investigating sexual offences before 2011, when a form of judicial discretion was in place. Indeed, the

pour cause de troubles mentaux portait une atteinte minimale. La Cour a conclu que les évaluations du risque ne pouvaient jamais procurer une certitude absolue (par. 75). Pour des raisons similaires, nous concluons que la Couronne ne s'est pas acquittée du fardeau qui lui incombait à cette étape.

[123] La Couronne fait valoir que les ordonnances d'inscription obligatoire prévues par la *LERDS* (art. 490.012) sont nécessaires pour réaliser [TRADUCTION] « l'objectif du Parlement de fournir à la police une source complète de renseignements sur les délinquants sexuels reconnus coupables, et en particulier sur ceux qui récidivent », et « pour parvenir à un taux d'inscription de délinquants comparable à celui du registre ontarien » (m.i., par. 162-163). Cet argument repose toutefois sur une prémisse erronée, parce qu'il dénature l'objectif de l'art. 490.012. Comme nous l'avons dit plus haut, l'objectif de cet article est de recueillir, au sujet des délinquants, des renseignements qui sont susceptibles d'aider la police à prévenir les infractions sexuelles et à enquêter sur celles-ci. Le moyen retenu pour atteindre cet objectif est l'inscription de tous les délinquants sexuels. L'argument que la Couronne invoque relativement à l'atteinte minimale déforme de façon inacceptable la caractérisation de l'objectif visé par l'inscription obligatoire.

[124] Lorsqu'on caractérise correctement l'objectif de l'inscription obligatoire, il est évident que la Couronne ne s'est pas acquittée du fardeau qui lui incombait en ce qui concerne le critère de l'atteinte minimale. Tout d'abord, la Couronne reconnaît que le rétablissement du pouvoir discrétionnaire des juges dans le processus d'inscription permettrait d'atteindre un taux d'inscription de 90 p. 100 des délinquants dans le registre. Pourtant, la Couronne n'a produit aucune preuve afin d'expliquer pourquoi un taux d'inscription de 90 p. 100 ne permettrait pas d'atteindre de façon substantielle l'objectif de l'art. 490.012 de recueillir des renseignements susceptibles d'aider la police à prévenir les infractions sexuelles et à enquêter sur celles-ci. Plus précisément, la Couronne n'a présenté aucun élément de preuve ou argument plausible afin d'expliquer pourquoi le pouvoir discrétionnaire de soustraire des délinquants à la *LERDS* lorsque la conséquence de leur inscription

Crown's expert, Dr. Hanson, was unable to find any study of *SOIRA*'s efficacy or consequences before the 2011 amendments.

[125] There is also no persuasive evidence that the difficulties in assessing recidivism risk renders judicial discretion incompatible with Parliament's goals. Judges frequently assess risk. As noted, this Court said in *G* at the minimal impairment stage, "[i]ndividual assessment does not need to perfectly predict risk — certainty cannot be the standard" (para. 75). A variety of tools are available to improve the accuracy of judicial risk assessments, including expert evidence. Alternatively, Parliament can enumerate specific criteria to guide judges on when registering an offender is unlikely to advance the scheme's objective. We do not accept the Crown's submission that reliable, tailored alternatives are simply not available. There is, it would seem, a variety of measures that Parliament may introduce, keeping in mind the measures must neither be overbroad nor grossly disproportionate.

[126] In essence, the Crown's argument rests on the proposition that all offenders must be registered unless the defence can demonstrate that judicial discretion will not hamper the police's ability to prevent and investigate sex offences. The unproven premise is that police can only effectively prevent and investigate sex offences if all designated offenders are registered. The assumption appears to be that if some are good, more is better, and all is best. The Court in *Carter* rejected a similar argument at the minimal impairment stage because it "effectively reverses the onus under s. 1,

serait vraisemblablement trop lourde ou n'aurait aucun lien avec l'objectif de l'art. 490.012 ne permettrait pas d'atteindre de façon substantielle les buts visés par le Parlement. En fait, la Couronne n'a présenté aucune preuve sur les difficultés auxquelles se sont heurtées les forces policières dans la prévention des infractions sexuelles ou dans les enquêtes sur celles-ci avant 2011, lorsque les juges disposaient d'un certain pouvoir discrétionnaire. En effet, l'expert de la Couronne, le D^r^ Hanson, n'a pas été en mesure de citer quelque étude que ce soit sur l'efficacité ou les effets de la *LERDS* avant les modifications de 2011.

[125] On ne nous a pas non plus présenté de preuve convaincante démontrant que les difficultés que comporte l'évaluation du risque de récidive rendent le pouvoir discrétionnaire du juge incompatible avec les objectifs du Parlement. Les juges sont fréquemment appelés à évaluer le risque. Comme nous l'avons signalé, notre Cour a mentionné dans l'arrêt *G*, à l'étape de l'étude de l'atteinte minimale, que « [l]es évaluations individuelles n'ont pas besoin de prédire le risque avec une exactitude parfaite — la certitude ne saurait servir de norme » (par. 75). Les tribunaux disposent d'une foule d'outils — dont les témoignages d'experts — pour évaluer plus exactement les risques. Par ailleurs, le Parlement peut énumérer des critères précis pour aider les juges à déterminer si l'inscription d'un délinquant est peu susceptible de favoriser l'atteinte de l'objectif du régime. Nous n'acceptons pas l'argument de la Couronne selon lequel il n'existe tout simplement pas de solution de rechange fiable et adaptée. Il y a, semble-t-il, toute une série de mesures que le Parlement peut mettre en œuvre, en gardant à l'esprit que ces mesures ne doivent pas avoir une portée excessive ni être totalement disproportionnées.

[126] En substance, l'argument de la Couronne repose sur la proposition selon laquelle tous les délinquants doivent être inscrits à moins que la défense ne puisse démontrer que l'exercice par le juge de son pouvoir discrétionnaire n'empêchera pas la police de prévenir les infractions sexuelles et d'enquêter sur celles-ci. La prémisse non démontrée veut que la police ne puisse efficacement prévenir les infractions de nature sexuelle et enquêter sur celle-ci que si tous les délinquants désignés sont inscrits. Cette hypothèse semble reposer sur l'idée que si certains

requiring the claimant whose rights are infringed to prove less invasive ways of achieving the prohibition's object" (para. 118). The same concern in *Carter* arises in this case. It is the Crown, not Mr. Ndhlovu, who bears the burden under s. 1. Rather than call evidence that shows less infringing measures would fail to substantially achieve the measure's objective, the Crown relies on assertion and conjecture. That is not enough to meet its burden under s. 1. As the Court stated in *Carter*, at para. 119, "[j]ustification under s. 1 is a process of demonstration, not intuition or automatic deference to the government's assertion of risk" (citing *RJR-MacDonald*, at para. 128).

délinquants sont inscrits, c'est bien, si un plus grand nombre le sont, c'est encore mieux, et si tous sont inscrits, c'est l'idéal. Dans l'arrêt *Carter*, la Cour a rejeté un argument semblable à l'étape de l'étude de l'atteinte minimale parce que « [c]ela a pour effet d'inverser le fardeau imposé par l'article premier et d'exiger du demandeur dont les droits ont été violés de prouver l'existence de moyens moins attentatoires d'atteindre l'objet de la prohibition » (par. 118). La réserve formulée dans l'arrêt *Carter* est la même dans le cas qui nous occupe. C'est à la Couronne, et non à M. Ndhlovu, qu'il incombe de s'acquitter du fardeau imposé par l'article premier. Plutôt que de présenter des éléments de preuve qui montrent que des mesures moins attentatoires ne permettraient pas d'atteindre de façon substantielle l'objectif de la mesure, la Couronne se contente d'affirmations et de conjectures, ce qui n'est pas suffisant pour lui permettre de s'acquitter du fardeau que lui impose l'article premier. Ainsi que la Cour l'a déclaré dans l'arrêt *Carter*, par. 119, « [l]a justification en vertu de l'article premier est un processus de démonstration, et non d'intuition ou de déférence automatique envers le risque invoqué par l'État » (citant *RJR-MacDonald*, par. 128).

[127] Nor has the Crown met its burden on lifetime registration (s. 490.013(2.1)). As noted, the expert evidence indicates that offenders who commit more than one offence without an intervening conviction have no increased recidivism rate relative to offenders who commit a single offence. The Crown has not explained why exempting this category of offenders would not achieve s. 490.013(2.1)'s purpose — that is, to give police a longer period of access to information on offenders at a greater risk of reoffending — in a real and substantial manner.

[127] La Couronne ne s'est pas non plus acquittée du fardeau qui lui incombait relativement à l'inscription à perpétuité (par. 490.013(2.1)). Comme nous l'avons déjà signalé, le témoignage de l'expert indique que les délinquants qui commettent plusieurs infractions sans avoir fait l'objet d'une déclaration de culpabilité dans l'intervalle ne présentent pas un taux de récidive plus élevé que celui des délinquants qui ne commettent qu'une seule infraction. La Couronne n'a pas expliqué pourquoi le fait d'exempter cette catégorie de délinquants ne permettrait pas d'atteindre l'objectif du par. 490.013(2.1) — accorder à la police une période d'accès plus longue aux renseignements sur des délinquants qui présentent un risque accru de récidive — d'une manière réelle et substantielle.

[128] Consequently, as in *G*, the Crown has failed to tender the evidence needed to discharge its burden at the minimal impairment stage. There is no basis on which to conclude that alternative measures do not achieve the purpose of ss. 490.012 and 490.013(2.1) in a real and substantial manner.

[128] Par conséquent, comme dans l'affaire *G*, la Couronne n'a pas présenté les éléments de preuve requis pour s'acquitter du fardeau qui lui incombait à l'étape de l'étude de l'atteinte minimale. Rien ne permet de conclure que des solutions de rechange ne permettraient pas d'atteindre l'objectif de l'art. 490.012 et du par. 490.013(2.1) d'une manière réelle et substantielle.

(2) Sections 490.012 and 490.013(2.1)'s Deleterious Effects Outweigh Their Salutary Effects

[129] At the heart of the s. 1 analysis is the determination of whether the salutary effects outweigh the negative impacts of the challenged measures. This is the final stage of the proportionality inquiry in *Oakes*. We conclude that the Crown has also not met its burden at this stage.

[130] The final stage requires a court to weigh the harm to the claimant's rights against the public benefits conferred by the challenged measure, by asking whether "the benefits which accrue from the limitation [of the claimant's rights] are proportional to its deleterious effects" (*K.R.J.*, at para. 77, quoting *Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 877, at para. 125). The final stage of the *Oakes* test, as a result, involves a broader assessment than in the prior stages of "whether the benefits of the impugned law are worth the cost of the rights limitation" (*Hutterian Brethren*, at para. 77). Benefits that are speculative and marginal in nature carry less weight when balanced against a measure's significant and tangible deleterious effects (*K.R.J.*, at para. 92; *Thomson Newspapers Co.*, at paras. 129-30).

[131] The Crown's evidence on the challenged measures' benefits is insufficient to meet its burden under s. 1. The goal of capturing information that assists police to prevent and investigate sex offences is obviously an important consideration in whether the provisions' overbreadth is justified under s. 1. So too is the aim of giving police longer access to the information of offenders at greater risk of reoffending. To the extent the provisions succeed, they are strongly in the public interest.

(2) Les effets préjudiciables de l'art. 490.012 et du par. 490.013(2.1) l'emportent sur leurs effets bénéfiques

[129] La question de savoir si les effets bénéfiques des mesures contestées l'emportent sur leurs effets néfastes se trouve au cœur de l'analyse fondée sur l'article premier. Il s'agit de l'étape finale de l'analyse de la proportionnalité prescrite par l'arrêt *Oakes*. Nous concluons que la Couronne ne s'est pas non plus acquittée du fardeau qui lui incombait à cette étape.

[130] À l'étape finale, le tribunal doit soupeser l'atteinte portée aux droits du demandeur au regard des avantages pour la société de la mesure contestée, en se demandant si « les avantages découlant de la limitation [aux droits du demandeur] sont proportionnels aux effets préjudiciables » (*K.R.J.*, par. 77, citant *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877, par. 125). L'étape finale du critère de l'arrêt *Oakes* comporte donc une évaluation plus large qu'aux étapes précédentes de « la question de savoir si les effets bénéfiques de la mesure législative contestée en justifient le coût que représente la restriction au droit » (*Hutterian Brethren*, par. 77). Les effets bénéfiques qui sont de nature négligeable et hypothétique ont moins de poids lorsqu'ils sont mis en balance avec les effets préjudiciables importants et tangibles de la mesure en cause (*K.R.J.*, par. 92; *Thomson Newspapers Co.*, par. 129-130).

[131] La preuve présentée par la Couronne au sujet des avantages des mesures contestées n'est pas suffisante pour lui permettre de s'acquitter du fardeau que lui impose l'article premier. L'objectif de recueillir des renseignements qui peuvent aider la police à prévenir les infractions sexuelles et à enquêter sur celles-ci est de toute évidence un facteur important pour décider si la portée excessive des dispositions est justifiée en vertu de l'article premier. Il en va de même pour l'objectif de donner à la police un accès prolongé aux renseignements sur des délinquants qui présentent un risque accru de récidive. Dans la mesure où leur validité est reconnue, ces dispositions servent incontestablement l'intérêt public.

[132] The Crown's arguments on the benefits of ss. 490.012 and 490.013(2.1) are premised on the alleged benefits flowing from the sex offender registry. The Crown's evidence on its efficacy was, however, limited, both on the investigation and prevention of sexual offences. The Crown cites evidence in its factum regarding the general benefits of sex offender registries. Specifically, it relies on Dr. Zgoba's testimony that some studies in the United States found registries may assist police in detaining offenders more quickly if they reoffend. Yet the experts also testified that the United States' registries were public and therefore not comparable to *SOIRA*. The Crown, moreover, identified no cases where *SOIRA* helped police solve or prevent a sex offence, either before or after the challenged measures were introduced. In fact, at the s. 1 hearing, the Crown called the registry's national database manager with the RCMP and, on cross-examination, he testified that he was unaware of any offences that were solved using *SOIRA*.

[132] Les arguments de la Couronne sur les avantages de l'art. 490.012 et du par. 490.013(2.1) reposent sur les avantages que le registre des délinquants sexuels est censé comporter. La preuve de la Couronne quant à son efficacité était toutefois limitée, tant en ce qui concerne les enquêtes que la prévention des infractions sexuelles. La Couronne cite dans son mémoire des éléments de preuve concernant les avantages généraux des registres des délinquants sexuels. Plus précisément, elle s'appuie sur le témoignage de M^me^ Zgoba selon lequel certaines études menées aux États-Unis ont révélé que les registres pouvaient aider la police à arrêter plus rapidement les délinquants en cas de récidive. Les experts ont cependant témoigné que les registres des États-Unis étaient accessibles au public et qu'on ne pouvait donc pas les comparer à la *LERDS*. De plus, la Couronne n'a relevé aucun cas où la *LERDS* avait aidé la police à résoudre ou à prévenir une infraction sexuelle, que ce soit avant ou après l'introduction des mesures contestées. En fait, à l'audience concernant l'article premier, la Couronne a fait témoigner le gestionnaire de la base de données nationale de la GRC; en contre-interrogatoire, il a déclaré n'être au courant de l'existence d'aucune infraction qui aurait été résolue grâce à la *LERDS*.

[133] It is, moreover, unclear how *SOIRA* could even *prevent* a sex offence. Det. Hove provided only a hypothetical example where the police used the database to intercept an offender after witnessing some suspicious behaviour. In theory, of course, the registry might prevent offences if a serial offender is apprehended using it, preventing future assaults by that person, but no evidence was adduced to support this hypothesis.

[133] De plus, on ne sait pas vraiment de quelle façon la *LERDS* pourrait même permettre de *prévenir* une infraction sexuelle. La détective Hove n'a donné qu'un seul exemple hypothétique dans lequel la police consulterait la base de données pour intercepter un délinquant après avoir été témoin d'un comportement suspect. En théorie, le registre pourrait bien entendu empêcher un récidiviste de commettre des infractions s'il était appréhendé grâce au registre, ce qui l'empêcherait de commettre d'autres agressions, mais aucune preuve n'a été présentée pour appuyer cette hypothèse.

[134] More significantly, the Crown has adduced *no* evidence that demonstrates the salutary effects of the challenged measures. Under s. 1, the onus is on the Crown to justify the *specific* infringing measures, not the overall scheme (*G*, at para. 72). The Crown did not adduce any evidence on the difficulties that police faced in investigating sexual offences with *SOIRA* before the 2011 amendments and how the amendments mitigated these difficulties.

[134] Plus important encore, la Couronne n'a présenté *aucune* preuve démontrant les effets bénéfiques des mesures contestées. À l'étape de l'analyse fondée sur l'article premier, il incombe à la Couronne de justifier les mesures attentatoires *spécifiques* contestées et non le régime législatif dans son ensemble (*G*, par. 72). La Couronne n'a présenté aucun élément de preuve sur les difficultés auxquelles se seraient heurtées les forces policières dans les enquêtes qu'elles ont menées

No evidence was adduced to demonstrate the benefit of registering every sex offender, without regard for their risk of reoffending. To the contrary, we note that Dr. Hanson, the Crown's own expert, testified that "[b]lanket policies that treat all sex offenders as 'high risk' waste resources by over-supervising lower risk offenders and risk diverting resources from the truly high-risk offenders who could benefit from increased supervision and human service" (A.R., vol. II, at p. 236). No more evidence was presented on the benefits that flow from police having longer access to the information of offenders who have committed multiple offences without an intervening conviction.

[135] In this case, we must weigh those potential and theoretical benefits against the impact on registrants. The impact on anyone who is subject to the reporting requirements of a *SOIRA* order is considerable. To reiterate, *SOIRA*'s reporting requirements are not routine: the scope of the personal information registered, the frequency at which offenders are required to update their information and, above all, the threat of imprisonment make the conditions onerous. Additionally, these effects are more acute when considering their effects on marginalized populations, such as people experiencing homelessness. Considering these deleterious impacts, the sparse evidence on the provisions' benefits and the fact that the registration of approximately 10 percent of offenders who have the lowest recidivism risk does not serve the provisions' purpose, we conclude the Crown did not meet its burden at this stage either. As result, the Crown has not shown that ss. 490.012 and 490.013(2.1) are saved under s. 1 of the *Charter*.

au sujet d'infractions sexuelles sous le régime de la *LERDS* avant qu'elle ne soit modifiée en 2011 et sur la façon dont les modifications avaient permis d'atténuer ces difficultés. Aucune preuve n'a été présentée pour démontrer l'avantage d'inscrire chaque délinquant sexuel, sans tenir compte du risque de récidive qu'il présente. Au contraire, nous notons que le D^r^ Hanson, le propre expert de la Couronne, a déclaré que [TRADUCTION] « [l]es politiques générales qui considèrent que tous les délinquants sexuels présentent un "risque élevé" entraînent un gaspillage de ressources par la surveillance excessive de délinquants à faible risque et sont susceptibles de détourner des ressources des délinquants à risque élevé qui pourraient bénéficier d'une surveillance et de services accrus » (d.a., vol. II, p. 236). Aucune autre preuve n'a été présentée sur les avantages que comporterait le fait d'accorder à la police un accès prolongé aux renseignements relatifs aux délinquants qui ont commis de multiples infractions sans être déclarés coupables d'une infraction dans l'intervalle.

[135] Dans le cas qui nous occupe, nous devons soupeser ces avantages potentiels et théoriques par rapport aux effets de ces mesures sur les délinquants inscrits au registre. L'impact sur toute personne assujettie aux obligations de déclaration imposées par une ordonnance de la *LERDS* est considérable. Rappelons que ces obligations n'ont rien d'habituel : la portée des renseignements personnels consignés, la fréquence à laquelle les délinquants sont tenus de mettre à jour leurs renseignements et surtout la menace d'emprisonnement rendent ces conditions onéreuses. De plus, ces effets sont plus aigus lorsqu'on tient compte de leurs répercussions sur les groupes marginalisés, comme les personnes qui vivent dans l'itinérance. Compte tenu de ces effets préjudiciables, des rares preuves sur les avantages des dispositions et du fait que l'inscription d'environ 10 p. 100 des délinquants qui présentent le risque de récidive le plus faible ne contribue pas à l'atteinte de l'objectif des dispositions, nous concluons que la Couronne ne s'est pas non plus acquittée du fardeau qui lui incombait à cette étape. Par conséquent, la Couronne n'a pas démontré que l'art. 490.012 et le par. 490.013(2.1) étaient sauvegardés en vertu de l'article premier de la *Charte*.

V. Result and Remedy

[136] We would allow the appeal and declare ss. 490.012 and 490.013(2.1) of no force or effect under s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*. On mandatory registration, we find a one-year suspension of the declaration is appropriate given concerns about public safety and since there are many ways Parliament could address the legislative gap for individualized assessment (*G*, at para. 165). An immediate declaration, however, is appropriate for lifetime registration.

[137] The framework governing *Charter* remedies was recently revisited in *G*. Once the court has determined the extent of the law's inconsistency with the *Charter* (para. 160), the next step is to determine whether a tailored remedy would be appropriate (such as reading down, reading in, or severance), rather than a declaration of invalidity applying to the whole of the challenged law (para. 163).

A. *Section 490.012*

[138] The Crown submits that "[a] tailored remedy is not appropriate in this case" (R.F., at para. 175). Since the issue is the mandatory registration of all sex offenders, its unconstitutionality does not lend itself to such a remedy. As the Crown notes, reading down s. 490.012 so that it would simply not apply to offenders who are not at an increased risk of reoffending or who suffer grossly disproportionate impacts would, in practice, reinstate judicial discretion and contradict Parliament's clear intention to remove all judicial discretion to exempt offenders at the time of sentencing from the registry (*R. v. Boudreault*, 2018 SCC 58, [2018] 3 S.C.R. 599, at para. 100; *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679, at p. 718). We agree with the Crown that the appropriate remedy is a declaration of invalidity.

V. Résultat et réparation

[136] Nous sommes d'avis d'accueillir le pourvoi et de déclarer l'art. 490.012 et le par. 490.013(2.1) inopérants en application du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. À notre avis, il convient de suspendre pour un an l'exécution de ce jugement déclaratoire en ce qui concerne l'inscription obligatoire, compte tenu des préoccupations relatives à la sécurité publique et des nombreux moyens dont dispose le Parlement pour corriger les lacunes de la loi en ce qui concerne l'évaluation individualisée (*G*, par. 165). Il y a toutefois lieu de prononcer une déclaration d'invalidité d'application immédiate en ce qui concerne l'inscription à perpétuité.

[137] Le cadre régissant les réparations pouvant être accordées en vertu de la *Charte* a récemment été revu dans l'arrêt *G*. Après avoir établi dans quelle mesure la loi est incompatible avec la *Charte* (par. 160), le tribunal doit décider s'il convient d'accorder une réparation adaptée — en recourant, par exemple, à l'interprétation atténuée, à l'interprétation large ou à la dissociation — au lieu de déclarer invalide l'ensemble de la loi contestée (par. 163).

A. *L'article 490.012*

[138] Selon la Couronne, [TRADUCTION] « [i]l ne convient pas d'accorder une réparation adaptée en l'espèce » (m.i., par. 175). Comme le débat porte sur l'inscription obligatoire de tous les délinquants sexuels, l'inconstitutionnalité de ce régime ne se prête pas à une telle réparation. Comme le fait observer la Couronne, interpréter de façon atténuée l'art. 490.012 de manière à ce qu'il ne s'applique tout simplement pas aux délinquants qui ne présentent pas un risque accru de récidive ou qui subissent des effets nettement démesurés reviendrait en pratique à rétablir le pouvoir discrétionnaire des juges et contredirait la volonté claire du Parlement de retirer aux juges tout pouvoir discrétionnaire leur permettant de soustraire des délinquants à l'inscription obligatoire au registre au moment de la détermination de la peine (*R. c. Boudreault*, 2018 CSC 58, [2018] 3 R.C.S. 599, par. 100; *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679, p. 718). Nous sommes d'accord avec la Couronne pour dire que la réparation appropriée est une déclaration d'invalidité.

[139] Declarations should be suspended when the government demonstrates that "an immediately effective declaration of invalidity would endanger an interest of such great importance that, on balance, the benefits of delaying the effect of that declaration outweigh the cost of preserving an unconstitutional law that violates *Charter* rights" (*G*, at para. 117; see also paras. 133, 139 and 156). Declaring s. 490.012 to be of no force or effect immediately would effectively preclude courts from imposing *SOIRA* orders on any offenders, including those at high risk of recidivism. Granting an immediate declaration could therefore endanger the public interest in preventing and investigating sexual offences committed by high-risk offenders, undermining public safety. Balanced against this consideration is the significance of the rights violation that the suspension would temporarily prolong. Granting a suspension also runs counter to the public's interest in legislation that complies with the Constitution. On balance, however, the circumstances justify a suspension of the declaration of invalidity for 12 months.

[139] Il y a lieu de suspendre l'effet d'un jugement déclaratoire lorsque l'État démontre « qu'une déclaration d'invalidité avec effet immédiat s[erait] susceptible de porter atteinte à un intérêt qui revêt une importance si grande que, tout bien considéré, les avantages qu'il y a à suspendre l'effet de cette déclaration l'emportent sur les inconvénients du maintien d'une loi inconstitutionnelle qui viole des droits garantis par la *Charte* » (*G*, par. 117; voir aussi par. 133, 139 et 156). Déclarer l'art. 490.012 inopérant avec effet immédiat empêcherait effectivement les tribunaux d'imposer des ordonnances de la *LERDS* à tous les délinquants, y compris à ceux qui présentent un risque élevé de récidive. Prononcer une déclaration immédiate d'invalidité pourrait donc mettre en danger l'intérêt public à prévenir les infractions sexuelles commises par des délinquants présentant un risque élevé et à enquêter sur celles-ci, ce qui compromettrait la sécurité publique. En contrepartie, il faut tenir compte de l'importance de la violation des droits qui serait temporairement maintenue en raison de la suspension de cette déclaration. Ordonner la suspension irait également à l'encontre de l'intérêt qu'a le public à l'égard d'une loi conforme à la Constitution. Or, tout bien considéré, les circonstances justifient la suspension de l'exécution de la déclaration d'invalidité pour une période de 12 mois.

[140] A declaration of invalidity is presumed to operate retroactively (*R. v. Albashir*, 2021 SCC 48, [2021] 3 S.C.R. 531, at paras. 34 and 38). However, in this case, a retroactive application of the declaration at the conclusion of the suspension could frustrate the compelling public interests that require a period of transition, creating uncertainty and removing the protection that justifies the suspension in the first place (paras. 46, 52 and 72). Specifically, a retroactive declaration would undermine the purpose of the suspension (i.e., ensuring high-risk offenders are registered on *SOIRA* for public safety). Moreover, a prospective declaration of invalidity would not unduly prejudice offenders who have been registered since 2011 but whose rights under s. 7 are still violated. Those offenders will be able to ask for a personal remedy pursuant to s. 24(1) of the *Charter* in order to be removed from the registry if they can demonstrate that *SOIRA*'s impacts on their liberty bears no

[140] Une déclaration d'invalidité est présumée s'appliquer rétroactivement (*R. c. Albashir*, 2021 CSC 48, [2021] 3 R.C.S. 531, par. 34 et 38). Toutefois, en l'espèce, l'application rétroactive à la fin de la période de suspension pourrait contrecarrer les intérêts publics impérieux qui exigent une période de transition, ce qui créerait de l'incertitude et supprimerait la protection qui, au départ, avait justifié la suspension (par. 46, 52 et 72). Plus précisément, une déclaration avec effet rétroactif minerait le but de la suspension (c.-à-d. s'assurer que les délinquants présentant un risque élevé sont inscrits sous le régime de la *LERDS* pour des raisons de sécurité publique). De plus, une déclaration d'invalidité avec effet prospectif ne porterait pas indûment préjudice aux délinquants qui sont inscrits depuis 2011, mais dont les droits protégés par l'art. 7 sont toujours violés. Ces délinquants pourront demander une réparation personnelle en vertu du par. 24(1) de la *Charte* pour

relation or is grossly disproportionate to the objective of s. 490.012.

[141] Finally, we would grant Mr. Ndhlovu a remedy under s. 24(1) and exempt him from the suspension of the declaration. It is generally desirable that a claimant who brings a successful constitutional challenge benefit from their efforts in litigating the issue (*G*, at paras. 148 and 182). Further, the Crown only adduced expert evidence on recidivism risk at the s. 1 hearing, *after* the sentencing judge had made a determination that Mr. Ndhlovu was at little risk to reoffend. While the Crown's expert, Dr. Hanson, opined someone with some of the same characteristics as Mr. Ndhlovu would have an enhanced risk of reoffending, one that was about average for sex offenders, he indicated risk assessment is an individualized exercise involving many variables. That is precisely what the sentencing judge did in this case in finding that Mr. Ndhlovu was unlikely to reoffend. Moen J. found that he "will be safe to release into the community. I have absolutely no concerns that [he] will re-offend. Nor does the Crown suggest that [he] will." Nor does the Crown argue on appeal that the sentencing judge made a palpable and overriding error in making this finding of fact. Based on this finding, there is no connection between subjecting Mr. Ndhlovu to a *SOIRA* order and the objective of capturing information about offenders that may assist police prevent and investigate sex offences.

B. *Section 490.013(2.1)*

[142] With respect to lifetime registration, the Crown conceded a suspension would not be appropriate. We agree: an immediate declaration is appropriate given those offenders will remain registered and there is no "gap" for Parliament to fill. As a result, the existing

être retirés du registre s'ils peuvent démontrer que les effets de la *LERDS* sur leur droit à la liberté n'ont aucun lien avec l'objectif de l'art. 490.012 ou sont totalement disproportionnés.

[141] Enfin, nous sommes d'avis d'accorder à M. Ndhlovu une réparation personnelle en vertu du par. 24(1) et de l'exempter de la suspension de la déclaration. Il est généralement souhaitable de ne pas priver le demandeur de l'avantage d'avoir eu gain de cause dans sa contestation constitutionnelle (*G*, par. 148 et 182). De plus, la Couronne n'a fait témoigner son expert sur le risque de récidive que lors de l'audience relative à l'article premier, c'est-à-dire *après que* la juge chargée de déterminer la peine soit arrivée à la conclusion que M. Ndhlovu présentait un faible risque de récidive. Bien que l'expert de la Couronne, le D^r^ Hanson, se soit dit d'avis qu'une personne ayant certaines des caractéristiques de M. Ndhlovu présenterait un risque accru de récidive, c'est-à-dire un risque se situant à peu près dans la moyenne chez les délinquants sexuels, il a précisé que l'évaluation du risque constituait une analyse individualisée faisant entrer en ligne de compte de nombreuses variables. C'est précisément ce qu'a estimé la juge chargée de la détermination de la peine en concluant qu'il était peu probable que M. Ndhlovu récidive. La juge Moen a déclaré qu'on pouvait « en toute sécurité lui permettre de réintégrer la société. Je n'ai absolument aucune crainte qu['il] récidiv[e]. La Couronne n'a pas non plus suggéré qu['il] récidiver[a] ». La Couronne n'a pas non plus soutenu en appel que la juge chargée de la détermination de la peine avait commis une erreur manifeste et déterminante en tirant cette conclusion de fait. Vu cette conclusion, il n'y a aucun lien entre l'assujettissement de M. Ndhlovu à une ordonnance de la *LERDS* et l'objectif de recueillir au sujet des délinquants des renseignements qui peuvent aider la police à prévenir les infractions sexuelles et à enquêter sur celles-ci.

B. *Le paragraphe 490.013(2.1)*

[142] En ce qui concerne l'inscription à perpétuité, la Couronnne a admis qu'une suspension ne constituerait pas une mesure appropriée. Nous sommes du même avis : il convient de rendre une déclaration immédiate d'invalidité étant donné que ces délinquants

provisions that dictate a length of registration will operate, pending any new constitutional provision that would target offenders who commit more than one offence. For instance, those convicted of offences with a maximum term of imprisonment of 2 to 5 years will receive a 10-year registration order, while those convicted of an offence with a maximum term of imprisonment of 10 to 14 years would receive a 20-year registration order (s. 490.013(2)). Here, there is no compelling reason to rebut the presumption of retroactive application of the declaration of invalidity. Section 490.013(2.1) is therefore declared invalid. Because the declaration affects all those impacted by the enactment of the provision since 2011, offenders who are subject to a lifetime order pursuant to this provision after having been convicted of more than one sexual offence without an intervening conviction can seek a s. 24(1) remedy to change the length of their registration.

VI. Conclusion

[143] We would allow the appeal. The judgment of the Court of Appeal of Alberta is set aside. Sections 490.012 and 490.013(2.1) of the *Criminal Code* infringe s. 7 of the *Charter*, and the Crown has not demonstrated the infringement is justified under s. 1. The provisions are therefore declared of no force or effect under s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*. The declaration in respect of s. 490.012 is suspended for one year and applies prospectively. Mr. Ndhlovu is exempted from the suspension of the declaration. An immediate declaration is granted for s. 490.013(2.1) and applies retroactively.

demeureront inscrits au registre et qu'il n'y a pas de « lacune » que le Parlement doit combler. Par conséquent, les dispositions actuelles qui imposent une durée d'inscription s'appliqueront, en attendant l'adoption d'une nouvelle disposition constitutionnelle qui ciblerait les délinquants qui commettent plus d'une infraction. Par exemple, les personnes reconnues coupables d'infractions passibles d'un emprisonnement maximal de 2 à 5 ans feront l'objet d'une ordonnance d'inscription pour une période de 10 ans, tandis que celles reconnues coupables d'une infraction passible d'un emprisonnement maximal de 10 à 14 ans seront inscrites pour une période de 20 ans (par. 490.013(2)). En l'espèce, il n'existe aucune raison impérieuse de réfuter la présomption d'application rétroactive de la déclaration d'invalidité. Le paragraphe 490.013(2.1) est par conséquent déclaré invalide. Étant donné que la déclaration touche toutes les personnes visées par l'adoption de cette disposition depuis 2011, les délinquants qui font l'objet d'une ordonnance d'inscription à perpétuité conformément à cette disposition après avoir été reconnus coupables de plus d'une infraction d'ordre sexuel sans avoir été l'objet d'une déclaration de culpabilité dans l'intervalle peuvent demander une réparation en vertu du par. 24(1) pour faire modifier la durée de leur inscription.

VI. Dispositif

[143] Nous sommes d'avis d'accueillir le pourvoi. Le jugement de la Cour d'appel de l'Alberta est annulé. L'article 490.012 et le paragraphe 490.013(2.1) du *Code criminel* violent l'art. 7 de la *Charte*, et la Couronnne n'a pas démontré que cette violation se justifie en vertu de l'article premier. La Cour déclare donc l'art. 490.012 et le par. 490.013(2.1) inopérants en application du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. L'exécution du jugement déclaratoire est suspendue pour un an en ce qui concerne l'art. 490.012, et elle s'applique prospectivement. Monsieur Ndhlovu est soustrait à la suspension de la déclaration. La Cour prononce une déclaration immédiate d'invalidité en ce qui concerne le par. 490.013(2.1), et celle-ci s'applique rétroactivement.

The reasons of Wagner C.J. and Moldaver, Côté and Brown JJ. were delivered by

BROWN J. (dissenting in part) —

I. Introduction

[144] I agree with the majority that mandatory lifetime registration in s. 490.013(2.1) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, is overbroad. The Court of Appeal erred in saying there was no evidence to displace the "common sense inference" that individuals convicted of multiple offences at one time pose a greater risk of reoffending than those convicted of a single offence. The expert evidence was clear and uncontested: they do not. It therefore cannot reasonably be said that mandatory lifetime registration accords with the principles of fundamental justice. Nor can this be justified under s. 1 of the *Charter*, since Parliament could have crafted a narrower regime that distinguishes multiple sequential offences from prior convictions.

[145] I depart from the majority, however, on the constitutionality of s. 490.012. In finding it unconstitutional, my colleagues fixate on the removal of judicial discretion to exempt offenders who do not pose an "increased risk" to reoffend. But the exercise of discretion was *the very problem* that prompted Parliament to amend the *Criminal Code* to provide for automatic registration of sex offenders under the *Sex Offender Information Registration Act*, S.C. 2004, c. 10 ("*SOIRA*"). Specifically, many judges had exercised their discretion to exempt offenders in a manifestly improper manner, and the Registry's low inclusion rate undermined its efficacy. The evidence is clear that even low risk sex offenders, relative to the general criminal population, pose a heightened risk to commit another sexual offence. It is also clear that it cannot be reliably predicted *at the time of sentencing* which offenders will reoffend. In the

Version française des motifs du juge en chef Wagner et des juges Moldaver, Côté et Brown rendus par

LE JUGE BROWN (dissident en partie) —

I. Introduction

[144] Je suis d'accord avec les juges majoritaires que l'inscription obligatoire à perpétuité prévue au par. 490.013(2.1) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, a une portée excessive. La Cour d'appel a commis une erreur lorsqu'elle a affirmé qu'aucune preuve ne permettait d'écarter [TRADUCTION] « l'inférence conforme au bon sens » selon laquelle les individus reconnus coupables de multiples infractions à un même moment sont plus à risque de récidiver que ceux reconnus coupables d'une seule infraction. La preuve d'expert était claire et incontestée : ce n'est pas le cas. Par conséquent, on ne peut pas raisonnablement affirmer que l'enregistrement obligatoire à perpétuité est conforme aux principes de justice fondamentale. En outre, il est impossible de justifier cet enregistrement obligatoire à perpétuité en vertu de l'article premier de la *Charte*, puisque le Parlement aurait pu concevoir un régime plus restreint qui fait la distinction entre des infractions séquentielles multiples et des déclarations de culpabilité antérieures.

[145] Je me dissocie toutefois de l'opinion majoritaire en ce qui concerne la constitutionnalité de l'art. 490.012. En concluant que cet article est inconstitutionnel, mes collègues se fondent sur la suppression du pouvoir discrétionnaire des juges d'accorder une dispense aux délinquants qui ne présentent pas un « risque accru » de récidive. Toutefois, l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire est *justement le problème* qui a incité le Parlement à modifier le *Code criminel* afin d'y prévoir l'inscription automatique des délinquants sexuels en application de la *Loi sur l'enregistrement de renseignements sur les délinquants sexuels*, L.C. 2004, c. 10 (« *LERDS* »). En particulier, de nombreux juges avaient exercé leur pouvoir discrétionnaire de dispenser certains délinquants d'une manière manifestement inappropriée, et le taux peu élevé d'inscription au registre minait son efficacité. La preuve montre clairement que même les délinquants sexuels qui

face of that uncertain risk, Parliament was entitled to cast a wide net.

II. Background

[146] While the majority has summarized the background to this matter, I would stress a few points.

[147] The appellant pled guilty to sexual offences committed against two complainants, R.D. and C.B., at a party hosted by R.D. A pre-sentence report led the sentencing judge to find he was a low risk to reoffend, that he would "be safe to release into the community", and that she had "absolutely no concerns that [he] will re-offend" (A.R., vol. II, at p. 38). She sentenced the appellant to six months' imprisonment followed by three years' probation.

[148] The sentencing judge granted the mandatory DNA order, but adjourned the imposition of a *SOIRA* order, instead expressly inviting counsel to challenge the constitutional validity of the amended provisions. She also volunteered her own view that it is "completely disproportionate in circumstances of a case like this to – to put someone on a sex offender registry for the balance of their life" (p. 49). After seeking instructions, defence counsel confirmed that she would seek an adjournment to bring a constitutional challenge. The sentencing judge allowed the adjournment and explained why she had raised it: ". . . I consider this to be much harsher than any term imprisonment. So I thought it was time" (p. 50).

présentent relativement moins de risques sont plus à risque de commettre une autre infraction sexuelle que la population criminelle générale. En outre, il est clair qu'on ne peut prédire de manière fiable, *au moment de la détermination de la peine*, quels délinquants récidiveront. Compte tenu de ce risque incertain, le Parlement était en droit de ratisser large.

II. Contexte

[146] Bien que les juges majoritaires aient résumé le contexte de la présente affaire, je voudrais souligner quelques points.

[147] L'appelant a plaidé coupable à des infractions sexuelles commises à l'encontre de deux plaignantes, R.D. et C.B., lors d'une fête organisée par R.D. Le rapport présentenciel a mené la juge chargée de la détermination de la peine à conclure que l'appelant présentait un faible risque de récidive, qu'on pouvait [TRADUCTION] « en toute sécurité lui permettre de réintégrer la société », et qu'elle n'avait « absolument aucune crainte qu['il] récidiv[e] » (d.a., vol. II, p. 38). Elle a condamné l'appelant à une peine de six mois d'emprisonnement suivie d'une période de probation de trois ans.

[148] La juge chargée de la détermination de la peine a accordé l'ordonnance de prélèvement génétique obligatoire, mais a suspendu l'imposition de l'ordonnance de se conformer à la *LERDS*, invitant plutôt expressément les avocats à contester la validité constitutionnelle des dispositions modifiées. De plus, elle a exprimé son point de vue selon lequel [TRADUCTION] « l'inscription d'un individu à un registre de délinquants sexuels pour le restant de sa vie est totalement disproportionnée dans les circonstances d'une affaire comme celle qui nous occupe » (p. 49). Après avoir sollicité des directives, l'avocate de la défense a confirmé qu'elle demanderait un ajournement afin de contester la constitutionnalité des dispositions. La juge chargée de la détermination de la peine a accordé l'ajournement et a expliqué pourquoi elle avait soulevé cette question : [TRADUCTION] « . . . j'estime que cette mesure est beaucoup plus sévère que toute peine d'emprisonnement. C'est pourquoi je croyais qu'il était temps » (p. 50).

[149] After the hearing, the sentencing judge, unsurprisingly given her earlier statement, declared the provisions to be overbroad and grossly disproportionate to the extent they remove judicial discretion to refuse to register offenders who present no risk of reoffending (2016 ABQB 595, 44 Alta. L.R. (6th) 382 ("ABQB reasons (2016)")). She was not satisfied that including people like the appellant on the Registry would help police prevent and investigate sexual crimes. Subjecting all offenders, regardless of their future risk, to onerous reporting requirements, random compliance checks, and internal stigma goes further than is necessary to accomplish the goal of protecting the public. She further held that the limits on s. 7 could not be saved under s. 1 (2018 ABQB 277, 68 Alta. L.R. (6th) 89).

[149] À l'issue de l'audience, la juge chargée de la détermination de la peine a déclaré, sans surprise compte tenu de sa déclaration antérieure, que les dispositions avaient une portée excessive et qu'elles étaient totalement disproportionnées dans la mesure où elles enlèvent aux tribunaux le pouvoir discrétionnaire de refuser l'inscription des délinquants qui ne présentent aucun risque de récidive (2016 ABQB 595, 44 Alta. L.R. (6th) 382 (« motifs de la CBR de l'Alb. (2016) »)). Elle n'était pas convaincue que le fait d'inclure des individus comme l'appelant dans le registre aiderait la police à prévenir les crimes sexuels et à enquêter sur ceux-ci. Le fait d'imposer à l'ensemble des délinquants, quel que soit leur risque de récidive, des exigences de comparution et de production de renseignements onéreuses, des contrôles de conformité aléatoires, ainsi que de les assujettir à un stigmate intériorisé, va au-delà de ce qui est nécessaire pour réaliser l'objectif de protéger le public. Elle a également conclu que les limites aux droits garantis par l'art. 7 ne pouvaient être sauvegardées en vertu de l'article premier (2018 ABQB 277, 68 Alta. L.R. (6th) 89).

[150] A majority at the Court of Appeal of Alberta overturned her ruling (2020 ABCA 307, 12 Alta. L.R. (7th) 225). As to overbreadth, the sentencing judge defined the purpose of the legislation too narrowly. Sections 490.012 and 490.013(2.1) must be assessed in light of *SOIRA*'s broader purpose: to protect society from recidivist sexual offenders. Low risk does not equate to no risk. According to the majority, the commission of a sex offence is a reasonable proxy for the risk of recidivism and the appellant is an offender who, by virtue of being convicted of more than one offence, poses enhanced risk. In dissent, Khullar J.A. held that ss. 490.012 and 490.013(2.1) limit the appellant's privacy and liberty rights under s. 7. The appellant was unlikely to reoffend and the provisions requiring him to register for life overreach in their effect. She concluded that the Crown failed to justify the limits as minimally impairing and proportionate.

[150] Les juges majoritaires de la Cour d'appel de l'Alberta ont infirmé son jugement (2020 ABCA 307, 12 Alta. L.R. (7th) 225). En ce qui concerne la portée excessive, la juge chargée de la détermination de la peine a défini l'objet de la loi de façon trop restrictive. L'article 490.012 et le par. 490.013(2.1) doivent être évalués à la lumière de l'objet plus large de la *LERDS* : protéger la société des délinquants sexuels récidivistes. Un risque faible n'équivaut pas à un risque nul. Selon les juges majoritaires, la perpétration d'une infraction sexuelle est un indicateur raisonnable du risque de récidive, et l'appelant est un délinquant qui, puisqu'il a été reconnu coupable de plus d'une infraction, présente un risque accru. La juge Khullar, dissidente, a conclu que l'art. 490.012 et le par. 490.013(2.1) limitent les droits de l'appelant à la vie privée et à la liberté garantis par l'art. 7. L'appelant était peu susceptible de récidiver, et les dispositions l'obligeant à s'inscrire à perpétuité ont un effet démesuré. Elle a conclu que la Couronne n'avait pas démontré que les limites constituaient une atteinte minimale et qu'elles étaient proportionnelles.

III. Analysis

A. *Overview of Section 7 Analysis*

[151] The appellant says the removal of discretion deprives offenders of liberty in a manner that is not in accordance with the principles of fundamental justice. He raises three such principles: arbitrariness, overbreadth, and gross disproportionality. All three are concerned with "failures of instrumental rationality" (*Canada (Attorney General) v. Bedford*, 2013 SCC 72, [2013] 3 S.C.R. 1101, at para. 107, quoting H. Stewart, *Fundamental Justice: Section 7 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms* (2012), at p. 151). First, arbitrariness describes the absence of a rational connection between the law's purpose and the impugned effect on the individual, or where "it can be shown that the impugned effect undermines the objective of the law" (*R. v. Michaud*, 2015 ONCA 585, 127 O.R. (3d) 81, at para. 69, citing *Bedford*, at para. 111). Next, a law will be overbroad where it captures "some conduct" unrelated to its purpose, recognizing that a law can be rational in some cases but overreach in others (*Bedford*, at paras. 112 and 117 (emphasis deleted)). Finally, gross disproportionality will be found where "the law's effects on life, liberty or security of the person are so grossly disproportionate to its purposes that they cannot rationally be supported" (*Michaud*, at para. 71, quoting *Bedford*, at para. 120). As I explain below, s. 490.012 accords with all these principles.

[152] The s. 7 analysis proceeds in four stages. First, I consider the purpose of s. 490.012(1), which is to help police prevent and investigate sexual crimes by requiring the registration of certain information relating to sex offenders. Next, I address why automatic registration is neither arbitrary nor grossly disproportionate in light of that objective. In the final section, I turn to overbreadth. As I will explain, automatic registration does not go further than necessary to achieve its purpose, because all sex offenders pose a higher risk to reoffend and the risk of recidivism cannot be reliably predicted at the time of sentencing.

III. Analyse

A. *Aperçu de l'analyse fondée sur l'art. 7*

[151] L'appelant affirme que la suppression du pouvoir discrétionnaire prive les délinquants de leur liberté d'une manière non conforme aux principes de justice fondamentale. Il évoque trois principes : l'arbitraire, la portée excessive et la disproportion totale. Ces trois principes sont liés à un [TRADUCTION] « manque de logique fonctionnelle » (*Canada (Procureur général) c. Bedford*, 2013 CSC 72, [2013] 3 R.C.S. 1101, par. 107, citant H. Stewart, *Fundamental Justice : Section 7 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms* (2012), p. 151). D'abord, l'arbitraire renvoie à l'absence de lien rationnel entre l'objet de la loi et son effet allégué sur l'individu, ou aux situations où [TRADUCTION] « il est possible de montrer que l'effet allégué compromet la réalisation de l'objet de la loi » (*R. c. Michaud*, 2015 ONCA 585, 127 O.R. (3d) 81, par. 69, citant *Bedford*, par. 111). Ensuite, une loi aura une portée excessive si elle vise « certains actes » qui n'ont aucun lien avec son objet, démontrant ainsi qu'une loi peut être rationnelle dans certains cas et avoir une portée excessive dans d'autres (*Bedford*, par. 112 et 117 (italique omis)). Enfin, on conclura à une disproportion totale lorsque « les effets de la disposition sur la vie, la liberté ou la sécurité de la personne sont si totalement disproportionnés à ses objectifs qu'ils ne peuvent avoir d'assise rationnelle » (*Michaud*, par. 71, citant *Bedford*, par. 120). Comme je l'expliquerai plus loin, l'art. 490.012 se conforme à tous ces principes.

[152] L'analyse fondée sur l'art. 7 se déroule en quatre étapes. D'abord, j'examine l'objet du par. 490.012(1), qui est d'aider la police à prévenir les crimes de nature sexuelle et à enquêter sur ceux-ci en exigeant l'enregistrement de certains renseignements sur les délinquants sexuels. Ensuite, j'explique pourquoi l'enregistrement automatique n'est ni arbitraire ni totalement disproportionné à la lumière de cet objet. Dans la dernière section, je me penche sur la question de la portée excessive. Comme je l'expliquerai, l'enregistrement automatique ne va pas au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre

The sentencing judge erred in concluding otherwise, and my colleagues in the majority perpetuate this error.

B. *Identifying the Purpose of Section 490.012*

[153] Section 490.012 contains no explicit statement of the purpose of automatic registration. The broader legislative scheme offers some clues, though. Section 2(1) of *SOIRA* states that "[t]he purpose of this Act is to help police services prevent and investigate crimes of a sexual nature by requiring the registration of certain information relating to sex offenders." The guiding principles of the legislation include: (a) police having rapid access to certain information relating to sex offenders; (b) ensuring such information is current and reliable by collecting it on an ongoing basis; and (c) protecting the privacy and rehabilitation interests of sex offenders by requiring that the information be collected only to enable police services to prevent or investigate crimes of a sexual nature and restricting access to the information (s. 2(2)).

[154] Extrinsic evidence reveals that Parliament amended the statutory scheme in response to concerns that the Registry's efficacy was compromised by the exclusion of nearly half of all convicted sex offenders. Parliament's reason for creating the Registry and the data on the number of offenders being registered *themselves* substantiate these concerns.

[155] The creation of sex offender registries in Canada was prompted by a growing public concern about "protecting children and other vulnerable victims from sex offenders through a system of careful monitoring of convicted sex offenders" (*R. v. Long*,

son objectif, puisque tous les délinquants sexuels présentent un risque plus élevé de récidive et qu'il est impossible de prédire ce risque de manière fiable au moment du prononcé de la peine. La juge chargée de la détermination de la peine a commis une erreur en concluant le contraire, et mes collègues formant la majorité perpétuent cette erreur.

B. *Définir l'objet de l'art. 490.012*

[153] L'article 490.012 ne mentionne pas expressément l'objectif de l'enregistrement automatique. Cependant, le régime législatif plus large donne certains indices. Le paragraphe 2(1) de la *LERDS* prévoit que « [l]a présente loi a pour objet, en exigeant l'enregistrement de certains renseignements sur les délinquants sexuels, d'aider les services de police à prévenir les crimes de nature sexuelle et à enquêter sur ceux-ci. » Les principes directeurs de la loi comprennent le fait : a) de garantir aux services de police un accès rapide à certains renseignements sur les délinquants sexuels; b) de s'assurer que ces renseignements soient à jour et fiables en les recueillant de façon régulière; c) de protéger la vie privée des délinquants sexuels et l'intérêt du public dans leur réhabilitation en exigeant que les renseignements soient recueillis uniquement dans le but de permettre aux services de police de prévenir les crimes de nature sexuelle et d'enquêter sur ceux-ci, et en restreignant l'accès à ces renseignements (par. 2(2)).

[154] La preuve extrinsèque révèle que le Parlement a modifié le régime législatif afin de répondre à des préoccupations selon lesquelles l'efficacité du registre était compromise par l'exclusion de près de la moitié des personnes déclarées coupables d'infractions sexuelles. La raison pour laquelle le Parlement a créé le registre et les données sur le nombre de délinquants inscrits au registre corroborent *à elles seules* ces préoccupations.

[155] Les registres de délinquants sexuels au Canada ont été créés pour répondre aux préoccupations croissantes du public concernant [TRADUCTION] « la protection des enfants et des autres victimes vulnérables contre les délinquants sexuels au moyen d'un

2018 ONCA 282, 45 C.R. (7th) 98, at para. 86). That concern was exemplified by the enactment of Ontario's registry in 2001, which applied automatically to everyone in the province who was convicted of, or was already serving a sentence for, a listed sexual offence (*Christopher's Law (Sex Offender Registry), 2000*, S.O. 2000, c. 1, s. 2). The national Registry soon followed in 2004.

[156] But after several years, lawmakers queried whether the Registry was fulfilling its purposes. The government struck a standing committee in 2009 to review *SOIRA*. The committee gathered evidence and recommended specific amendments "to help police departments prevent crimes of a sexual nature, solve them more quickly, and more effectively supervise sex offenders in the community" (House of Commons, Standing Committee on Public Safety and National Security, *Statutory Review of the Sex Offender Information Registry Act: Report of the Standing Committee on Public Safety and National Security*, 2nd Sess., 40th Parl., December 2009, at p. 2).

[157] When the committee compared the two registries, it found a significant divergence in the inclusion rate: Ontario's registry included the names of 96.84% of sex offenders, while only approximately 50% of offenders were included on the national Registry (House of Commons, Standing Committee on Public Safety and National Security, *Evidence*, No. 15, 2nd Sess., 40th Parl., April 21, 2009, at p. 4; Standing Committee on Public Safety and National Security, December 2009, at p. 8). And while the Ontario registry was consulted 475 times *per day*, the national Registry was only consulted an average of 165 times *per year* (Standing Committee on Public Safety and National Security, December 2009, at p. 5). Accordingly, the committee recommended, among other things, that registration should be automatic for offenders found guilty of a designated sexual offence,

système permettant de surveiller de près les personnes déclarées coupables d'infractions sexuelles » (*R. c. Long*, 2018 ONCA 282, 45 C.R. (7th) 98, par. 86). Cette préoccupation est bien illustrée par l'entrée en vigueur, en 2001, du registre de l'Ontario, lequel s'appliquait automatiquement à quiconque dans la province ayant été déclaré coupable d'une infraction sexuelle désignée ou purgeant déjà une peine pour une telle infraction (*Loi Christopher de 2000 sur le registre des délinquants sexuels*, L.O. 2000, c. 1, art. 2). Le registre national a été créé peu de temps après, en 2004.

[156] Cependant, après plusieurs années, les législateurs se sont demandé si le registre réalisait ses objets. En 2009, le gouvernement a mis sur pied un comité permanent afin d'examiner la *LERDS*. Le comité a recueilli des éléments de preuve et a recommandé des modifications précises pour « aider les services policiers à prévenir les crimes à caractère sexuel, à les élucider plus rapidement et à mieux surveiller les délinquants sexuels qui se trouvent dans la collectivité » (Chambre des communes, Comité permanent de la sécurité publique et nationale, *Examen de la Loi sur l'enregistrement de renseignements sur les délinquants sexuels : Rapport du Comité permanent de la sécurité publique et nationale*, 2e sess., 40e lég., décembre 2009, p. 2).

[157] En comparant les deux registres, le comité a constaté qu'il existait une divergence importante dans les taux d'inclusion : le registre de l'Ontario comprenait les noms de 96,84 % des délinquants sexuels, alors que seulement environ 50 % des délinquants figuraient dans le registre national (Chambre des communes, Comité permanent de la sécurité publique et nationale, *Témoignages*, no 15, 2e sess., 40e lég., 21 avril 2009, p. 4; Comité permanent de la sécurité publique et nationale, décembre 2009, p. 8). En outre, le registre de l'Ontario était consulté 475 fois *par jour* alors que le registre national était consulté en moyenne seulement 165 fois *par année* (Comité permanent de la sécurité publique et nationale, décembre 2009, p. 5). Par conséquent, le comité a recommandé, entre autres, que l'enregistrement soit automatique pour les délinquants reconnus coupables

as is the case in Ontario, except in rare circumstances where the impact on the offender would be grossly disproportionate to the public interest.

[158] The government provided a written response, explaining that it would adopt most of the committee's recommendations by asking Parliament to enact the *Protecting Victims From Sex Offenders Act*, S.C. 2010, c. 17. With respect to automatic registration, the government agreed that the current model "presented concerns as some convicted sex offenders have not been included on the Registry in cases where the Crown Prosecutor has not made an application or judges have concluded that the offender met the 'grossly disproportionate' test" (*Government Response to the Fifth Report of the Standing Committee on Public Safety and National Security Entitled Statutory Review of the Sex Offender Information Registry Act*, April 12, 2010 (online)). The amendments responded to those concerns by creating "a fully automatic inclusion model", to make the Registry "as effective as possible when police are investigating crimes of a sexual nature" (*Government Response*).

[159] The same themes emerge from the legislative committees and debates. During second reading of Bill C-34, *Protecting Victims From Sex Offenders Act*, 2nd Sess., 40th Parl., 2009, the Minister of Public Safety emphasized that mandatory inclusion would eliminate the "flaw" in the current legislation that allows convicted sex offenders to avoid being added to the Registry, "which hampers future police investigations and exposes Canadians to greater risk" (*House of Commons Debates*, vol. 144, No. 67, 2nd Sess., 40th Parl., June 3, 2009, at p. 4148). Put another way, the amendment aimed to remove a "loophole" that meant the police had "no access to information on some convicted sex offenders during the investigation of a crime, either because a crown attorney has not sought an order for them to register or the presiding judge has declined to grant one" (*House of*

d'une infraction sexuelle désignée, comme c'est le cas en Ontario, sauf dans de rares circonstances où l'effet sur le délinquant serait totalement disproportionné par rapport à l'intérêt public.

[158] Le gouvernement a présenté une réponse écrite dans laquelle il expliquait qu'il adopterait la majorité des recommandations du comité en demandant au Parlement d'adopter la *Loi protégeant les victimes des délinquants sexuels*, L.C. 2010, c. 17. En ce qui concerne l'enregistrement automatique, le gouvernement était d'accord pour dire que le modèle actuel « suscit[ait] des inquiétudes puisque certains délinquants sexuels n'ont pas été inscrits au Registre parce que la Couronne n'avait pas présenté de demande ou qu'un juge avait déterminé que le délinquant avait prouvé que son enregistrement avait un effet "nettement démesuré" » (*Réponse du gouvernement au cinquième rapport du Comité permanent de la sécurité publique et nationale intitulé Examen de la Loi sur l'enregistrement des renseignements sur les délinquants sexuels*, 12 avril 2010 (en ligne)). Les modifications ont répondu à ces préoccupations en créant « un modèle d'enregistrement entièrement automatique » afin de rendre le registre « des plus efficaces lorsque les services de police enquêtent sur des crimes de nature sexuelle » (*Réponse du gouvernement*).

[159] Les mêmes thématiques émergent des comités et débats législatifs. Pendant la deuxième lecture du projet de loi C-34, *Loi protégeant les victimes des délinquants sexuels*, 2e sess., 40e lég., 2009, le ministre de la Sécurité publique a souligné que l'inscription obligatoire corrigerait la « faille » dans la loi actuelle qui permet aux personnes déclarées coupables d'infractions sexuelles d'éviter que leur nom soit inscrit au registre, « ce qui entrave les enquêtes policières éventuelles et expose davantage les Canadiens à des risques » (*Débats de la Chambre des communes*, vol. 144, no 67, 2e sess., 40e lég., 3 juin 2009, p. 4148). Autrement dit, la modification visait à supprimer une « échappatoire » qui faisait en sorte que la police n'avait « pas du tout accès aux renseignements concernant certains délinquants coupables d'infractions sexuelles lorsqu'elle enquêt[ait] sur

Commons Debates, vol. 144, No. 70, 2nd Sess., 40th Parl., June 8, 2009, at p. 4324). As RCMP Inspector Nezan explained to the Standing Committee on Public Safety and National Security, police were concerned about recidivists "falling through the cracks":

> The absence of an automatic inclusion on the registry of all offenders convicted of sexual crimes has led to the inconsistent application of the law across the country. Someone convicted of molesting a child in one province may be ordered to the registry, while in another province they may not. Given the difficulty of determining which sex offender will reoffend and which will not, this means that some of the recidivists are falling through the cracks. [Emphasis added.]
>
> (April 21, 2009, at p. 3)

[160] In light of this evidence of legislative intent, the statements of purpose put forward by both the sentencing judge and the majority of the Court of Appeal should be rejected. The sentencing judge held that the purpose of *SOIRA* was "to protect vulnerable people including children in society, by allowing police quick access to current information on convicted sex offenders" (ABQB reasons (2016), at para. 87; see para. 85). Nothing in the legislative text or proceedings reveals such a narrow purpose. Public safety for vulnerable persons and children, though likely a desirable effect of the legislation, was not a cited purpose (*SOIRA*, s. 2(1)). The legislation was intended to increase safety for all, not just vulnerable persons (*R. v. Redhead*, 2006 ABCA 84, 384 A.R. 206, at paras. 37-38; *R. v. T.A.S.*, 2018 SKQB 183, at para. 79 (CanLII); *Long*, at para. 89). For the majority at the Court of Appeal, the legislative purpose of s. 490.012 was broader: ". . . to require mandatory registration of all sex offenders convicted of designated offences" (para. 74). But that statement erroneously conflates the *purpose* of the law with the *means* for achieving the purpose. The Court of Appeal's reasoning is circular: if mandatory registration is the purpose, then requiring mandatory

un crime, soit parce qu'un procureur n'a[vait] pas demandé que ces délinquants soient inscrits dans le registre, soit parce que le juge a[vait] refusé qu'ils le soient » (*Débats de la Chambre des communes*, vol. 144, nº 70, 2e sess., 40e lég., 8 juin 2009, p. 4324). Comme l'inspecteur Nezan de la GRC l'a expliqué au Comité permanent de la sécurité publique et nationale, la police craignait que des récidivistes « passent entre les mailles du filet » :

> Le fait que tous les délinquants trouvés coupables de crimes sexuels ne soient pas automatiquement inscrits au registre a entraîné une incohérence dans l'application de la loi au pays. Dans un cas d'agression sexuelle sur un enfant, une ordonnance d'inscription au registre du condamné sera émise dans une province, mais pas dans une autre. Puisqu'il est difficile d'établir parmi tous les délinquants sexuels ceux qui récidiveront, il y a des récidivistes qui passent entre les mailles du filet. [Je souligne.]
>
> (21 avril 2009, p. 3)

[160] À la lumière de cette preuve de l'intention du législateur, les énoncés de l'objet formulés par la juge chargée de la détermination de la peine et les juges majoritaires de la Cour d'appel devraient être rejetés. La juge chargée de la détermination de la peine a conclu que l'objet de la *LERDS* était de [TRADUCTION] « protéger les personnes vulnérables de la société, y compris les enfants, en fournissant à la police un accès rapide aux renseignements à jour concernant les personnes déclarées coupables d'infractions sexuelles » (motifs de la CBR de l'Alb. (2016), par. 87; voir par. 85). Or, rien dans le texte législatif ou les procédures ne fait ressortir un objet aussi restreint. La sécurité publique des personnes vulnérables et des enfants, même si elle constitue un effet désirable de la loi, n'était pas un objet cité dans celle-ci (*LERDS*, par. 2(1)). La mesure législative était destinée à accroître la sécurité de tous, et pas uniquement celle des personnes vulnérables (*R. c. Redhead*, 2006 ABCA 84, 384 A.R. 206, par. 37-38; *R. c. T.A.S.*, 2018 SKQB 183, par. 79 (CanLII); *Long*, par. 89). Selon les juges majoritaires de la Cour d'appel, l'objet de l'art. 490.012 avait une portée plus large : [TRADUCTION] « . . . exiger l'inscription obligatoire de tous les délinquants sexuels déclarés

registration will always be rationally connected to that purpose.

[161] The foregoing evidence supports Khullar J.A.'s understanding of the purpose of the automatic registration requirement imposed by s. 490.012(1) as conforming to the overall statutory objective: ". . . to help police services prevent and investigate crimes of a sexual nature by requiring the registration of certain information relating to sex offenders" (para. 198; *SOIRA*, s. 2(1)). This statement of purpose is sufficiently precise and succinct to frame the s. 7 analysis. It is similar to the majority's statement of purpose, being "to capture information about offenders that may assist police prevent and investigate sex offences" (para. 73). I depart from the majority, however, in its conclusion that automatic registration of sex offenders is not rationally connected to the objective of helping police prevent and investigate sexual offences. As I explain below, it clearly is.

C. *Arbitrariness*

[162] The sentencing judge did not find s. 490.012 to be arbitrary, saying it was "not the case that there is no connection between providing police with up-to-date information on previous sex offenders and the goal of investigating and preventing sexual crimes" (ABQB reasons (2016), at para. 92). The majority below agreed (para. 42).

[163] The appellant has not demonstrated any error in those conclusions. There is a clear connection

coupables d'une infraction désignée » (par. 74). Cependant, cette déclaration confond indûment l'*objet* de la loi et les *moyens* utilisés pour le réaliser. Le raisonnement de la Cour d'appel est circulaire : si l'objet est l'enregistrement obligatoire, alors le fait d'exiger l'enregistrement obligatoire sera toujours rationnellement lié à cet objet.

[161] La preuve qui précède appuie l'interprétation de la juge Khullar quant à l'objet de l'exigence d'enregistrement automatique imposée par le par. 490.012(1), à savoir que cette exigence est conforme à l'objet de la loi dans son ensemble, soit [TRADUCTION] « d'aider les services de police à prévenir les crimes de nature sexuelle et à enquêter sur ceux-ci en exigeant l'enregistrement de certains renseignements sur les délinquants sexuels » (par. 198; *LERDS*, par. 2(1)). Cet énoncé de l'objet est suffisamment précis et succinct pour établir le cadre de l'analyse fondée sur l'art. 7. Il est semblable à l'énoncé de l'objet formulé par les juges majoritaires, c'est-à-dire « recueillir au sujet des délinquants des renseignements qui peuvent aider la police à prévenir les infractions sexuelles et à enquêter sur celles-ci » (par. 73). Cependant, je ne souscris pas à la conclusion des juges majoritaires selon laquelle l'inscription automatique des délinquants sexuels n'a aucun lien rationnel avec l'objectif d'aider la police à prévenir les crimes de nature sexuelle et à enquêter sur ceux-ci. Comme je l'expliquerai plus loin, c'est clairement le cas.

C. *Arbitraire*

[162] La juge chargée de la détermination de la peine n'a pas conclu que l'art. 490.012 était arbitraire, affirmant plutôt qu'il [TRADUCTION] « n'est pas vrai qu'il n'y a aucun lien entre le fait de fournir à la police des renseignements à jour au sujet de délinquants sexuels connus et l'objectif d'enquêter sur des crimes sexuels et de prévenir ceux-ci » (motifs de la CBR de l'Alb. (2016), par. 92). Les juges majoritaires de la Cour d'appel étaient du même avis (par. 42).

[163] L'appelant n'a pas démontré d'erreur dans ces conclusions. Il existe un lien clair entre, d'une

between having accurate and up-to-date information about persons more likely to commit sexual offences and the investigation and prevention of sexual crimes. Mandatory registration of convicted sex offenders in *SOIRA* is not arbitrary.

D. *Gross Disproportionality*

[164] The sentencing judge concluded that mandatory registration is grossly disproportionate. She found that the cumulative effects of registration were significant, taking into account not only the scope of the reporting requirements, but also the other deleterious effects on offenders, such as the impact of random compliance checks, the risk of information being divulged during those checks, and the potentially far-reaching effects on an offender's privacy (ABQB reasons (2016), at para. 124). The majority, while not reaching a conclusion on gross disproportionality, observes that *SOIRA* conditions are "onerous and ongoing" (para. 9; see also paras. 45, 56, 83, 116 and 135).

[165] With respect, to describe *SOIRA* conditions as "onerous" strips that term of all meaning. The Court of Appeal for Ontario has characterized the effects of registration on liberty as "modest", relative to the important state interest (*R. v. Dyck*, 2008 ONCA 309, 90 O.R. (3d) 409 ("*Dyck* (C.A.)"), at paras. 104, 106 and 109; *Long*, at para. 147). Applying *Dyck* (C.A.) and *Long*, the Court of Appeal in this case concluded the *SOIRA* requirements were, "if not strictly modest, reasonable and not dissimilar to many other reporting obligations that routinely occur as part of the everyday life of all Canadians, who are state-compelled to provide information from time to time" (para. 130). Moreover, these conditions that my colleagues find so "onerous" flow from the very fact that it is a *registry*. A registry is effective only when it has complete and up-to-date information; absent those conditions, there would be no point to even having it. My colleagues,

part, disposer de renseignements exacts et à jour au sujet de personnes plus susceptibles de commettre des infractions sexuelles et, d'autre part, prévenir des infractions sexuelles et enquêter sur celles-ci. L'enregistrement obligatoire dans la *LERDS* des personnes déclarées coupables d'infractions sexuelles n'est pas arbitraire.

D. *Disproportion totale*

[164] La juge chargée de la détermination de la peine a conclu que l'enregistrement obligatoire est totalement disproportionné. Elle a conclu que les effets cumulatifs de l'enregistrement étaient considérables compte tenu non seulement de la portée des exigences de comparution et de production de renseignements, mais aussi des autres effets préjudiciables sur les délinquants, comme les conséquences des vérifications de conformité aléatoires, le risque que des renseignements soient divulgués au cours de ces contrôles ainsi que les répercussions potentiellement importantes sur la vie privée des délinquants (motifs de la CBR de l'Alb. (2016), par. 124). Bien qu'ils ne tirent aucune conclusion sur la question de la disproportion totale, les juges majoritaires soulignent que les conditions imposées par la *LERDS* sont « onéreuses et continues » (par. 9; voir aussi par. 45, 56, 83, 116 et 135).

[165] En tout respect, le fait de qualifier les conditions imposées par la *LERDS* d'« onéreuses » dépouille cette expression de tout son sens. La Cour d'appel de l'Ontario a estimé que les conséquences de l'enregistrement sur la liberté étaient [TRADUCTION] « minimes » en regard de l'intérêt important de l'État (*R. c. Dyck*, 2008 ONCA 309, 90 O.R. (3d) 409 (« *Dyck* (C.A.) »), par. 104, 106 et 109; *Long*, par. 147). En l'espèce, la Cour d'appel a appliqué les arrêts *Dyck* (C.A.) et *Long* pour conclure que les exigences de la *LERDS* étaient, [TRADUCTION] « si ce n'est strictement minimes, raisonnables et semblables à de nombreuses autres obligations de déclaration qui font partie de la vie quotidienne de la population canadienne, laquelle est tenue par l'État de fournir des renseignements de temps à autre » (par. 130). En outre, ces conditions que mes collègues jugent si « onéreuses » découlent du fait même qu'il s'agit

I note, do not describe conditions of a registry that would be *less* "onerous" while still allowing it to be effective.

[166] I agree that the sentencing judge erred in characterizing the impact of registration. *SOIRA* conditions do not prevent offenders from going anywhere or doing anything (C.A. reasons, at para. 131, citing *Dyck* (C.A.), at paras. 106 and 111; *R. v. Debidin*, 2008 ONCA 868, 94 O.R. (3d) 421, at para. 82; transcript, at p. 145). The appellant raised concerns that the information might be leaked, but these concerns are entirely speculative. Access to the Registry is strictly controlled. The reporting is confidential and use of the information is strictly limited to police for the prevention and investigation of sexual offences (*Dyck* (C.A.), at para. 119; *R. v. Cross*, 2006 NSCA 30, 241 N.S.R. (2d) 349, at para. 84(6.)). While the appellant also testified to the "stigma" he experiences from being constantly labelled a sex offender, any stigma flows from the convictions themselves, not registration (C.A. reasons, at paras. 135-37, citing *R. v. C. (S.S.)*, 2008 BCCA 262, 234 C.C.C. (3d) 365, at paras. 47-48; *Dyck* (C.A.), at para. 118; *Cross*, at para. 55). Further, as Khullar J.A. observed, "[a]nxiety caused by a law is not usually considered an infringement of liberty" (para. 224) and the sentencing judge did not make a finding that the appellant's concerns deprived him of his security of the person (paras. 225-26).

[167] Not only does my conclusion align with appellate jurisprudence, but it also avoids the serious doctrinal difficulties posed by the majority's reasons. If the majority is correct that *SOIRA* orders have a "serious" and "considerable" impact on an offender's liberty (see paras. 7, 45, 54, 57 and 135), the test for punishment as set out in *R. v. K.R.J.*, 2016 SCC 31,

d'un *registre*. Tout registre est efficace uniquement s'il contient des renseignements complets et à jour; si ces conditions ne sont pas réunies, il devient alors inutile d'avoir un registre. Je note que mes collègues ne décrivent pas les conditions pouvant faire en sorte qu'un registre soit *moins* « onéreux » tout en demeurant efficace.

[166] Je conviens que la juge chargée de la détermination de la peine a commis une erreur en qualifiant l'effet de l'enregistrement. Les conditions imposées par la *LERDS* n'empêchent pas les délinquants d'aller où ils veulent ou de faire quoi que ce soit (motifs de la C.A., par. 131, citant *Dyck* (C.A.), par. 106 et 111; *R. c. Debidin*, 2008 ONCA 868, 94 O.R. (3d) 421, par. 82; transcription, p. 145). L'appelant a exprimé certaines inquiétudes concernant la fuite de ses renseignements, mais ces inquiétudes relèvent de la pure conjecture. L'accès au registre est strictement contrôlé. La comparution et la production de renseignements sont confidentielles, et l'utilisation des renseignements est strictement réservée aux services de police, qui y ont recours pour prévenir les infractions sexuelles et enquêter sur celles-ci (*Dyck* (C.A.), par. 119; *R. c. Cross*, 2006 NSCA 30, 241 N.S.R. (2d) 349, par. 84(6.)). Bien que l'appelant ait aussi parlé de la [TRADUCTION] « stigmatisation » qu'il subissait en étant constamment étiqueté comme un délinquant sexuel, cette stigmatisation découle des déclarations de culpabilité elles-mêmes, et non de son inscription au registre (motifs de la C.A., par. 135-137, citant *R. c. C. (S.S.)*, 2008 BCCA 262, 234 C.C.C. (3d) 365, par. 47-48; *Dyck* (C.A.), par. 118; *Cross*, par. 55). En outre, comme l'a fait remarquer la juge Khullar, [TRADUCTION] « [l]'anxiété occasionnée par une loi n'est pas habituellement considérée comme une atteinte à la liberté » (par. 224), et la juge chargée de la détermination de la peine n'a pas conclu que les inquiétudes de l'appelant le privaient de sa sécurité (par. 225-226).

[167] Non seulement ma conclusion s'harmonise-t-elle avec la jurisprudence des cours d'appel, mais elle évite également les sérieuses difficultés théoriques posées par les motifs des juges majoritaires. Si les juges majoritaires ont raison de dire que les ordonnances de se conformer à la *LERDS* ont des répercussions « graves » et « considérables »

[2016] 1 S.C.R. 906, at para. 41, per Karakatsanis J., would likely be met. And yet, this would be inconsistent with appellate jurisprudence consistently holding that sex offender registry requirements do *not* amount to punishment (see *Cross*; *Dyck* (C.A.); *R. v. Hooyer*, 2016 ONCA 44, 129 O.R. (3d) 81, at para. 45).

[168] Further, the majority's conclusion would likely engage s. 11(i) of the *Charter*, such that no one convicted of a sexual offence prior to 2004 could be required to register on the *SOIRA* registry, and that Parliament could not enact a new *SOIRA* law that expressly applies retroactively. Equally alarming are the long-term implications of the majority's conclusion. Unlike other types of punishment, *SOIRA* requirements do not significantly limit lawful activities in which the accused can engage, where the accused can go, or with whom an accused can communicate or associate. The "most obvious impact on liberty", according to the majority, is the risk of imprisonment for failure to meet the reporting requirements without "reasonable excuse" (para. 54). On that logic, other measures that appellate courts have previously concluded were *not* punishment may now constitute punishment. While my majoritarian colleagues "make no finding as to whether *SOIRA* orders constitute punishment under the *K.R.J.* test" (para. 58), that is entirely beside the point. The point is that it is implicit in their analysis that these orders likely constitute punishment. This is no mere theoretical concern. It is hardly unprecedented, after all, for a court to expressly decline to decide an issue while, at the same time, effectively deciding it by adopting a particular line of reasoning (see, e.g., and taken together, *R. v. Moriarity*, 2015 SCC 55, [2015] 3 S.C.R. 485, at para. 30; *R. v. Stillman*, 2019 SCC 40, [2019] 3 S.C.R. 144, at paras. 97-109 and 113).

sur la liberté des délinquants (voir par. 7, 45, 54, 57 et 135), il serait vraisemblablement satisfait au test qui permet d'assimiler une mesure à une peine tel qu'il est énoncé par la juge Karakatsanis au par. 41 de l'arrêt *R. c. K.R.J.*, 2016 CSC 31, [2016] 1 R.C.S. 906. Pourtant, cela ne serait pas cohérent avec la jurisprudence des cours d'appel, qui maintient systématiquement que les exigences imposées par les registres de délinquants sexuels *ne* constituent *pas* une peine (voir *Cross*; *Dyck* (C.A.); *R. c. Hooyer*, 2016 ONCA 44, 129 O.R. (3d) 81, par. 45).

[168] En outre, la conclusion des juges majoritaires ferait probablement intervenir l'al. 11i) de la *Charte* de telle sorte qu'aucun individu déclaré coupable d'une infraction sexuelle avant 2004 ne serait tenu de s'inscrire au registre prévu par la *LERDS*, et que le Parlement ne pourrait adopter une nouvelle loi comme la *LERDS* qui s'appliquerait expressément de manière rétroactive. Les répercussions à long terme de la conclusion des juges majoritaires sont tout aussi alarmantes. Contrairement à d'autres types de peines, les exigences prévues par la *LERDS* ne restreignent pas de manière importante les activités licites auxquelles l'accusé peut s'adonner, les endroits où il peut aller ou les personnes avec qui il peut communiquer ou s'associer. Selon les juges majoritaires, l'« impact le plus évident sur la liberté » est le risque d'être emprisonné pour avoir enfreint les exigences de comparution et de production de renseignements sans « excuse raisonnable » (par. 54). Suivant ce raisonnement, des mesures précédemment jugées comme *n'*étant *pas* des peines par les cours d'appel pourraient maintenant être considérées comme telles. Bien que mes collègues majoritaires « ne tir[ent] aucune conclusion sur le point de savoir si les ordonnances de se conformer à la *LERDS* constituent des peines selon le critère de l'arrêt *K.R.J.* » (par. 58), cela ne change rien. Le fait est que leur analyse reconnaît implicitement que ces ordonnances constituent vraisemblablement des peines. Il ne s'agit pas là d'un simple souci théorique. Il est déjà arrivé, après tout, qu'un tribunal refuse expressément de trancher une question tout en la tranchant dans les faits par l'adoption d'un raisonnement en particulier (voir, p. ex., et pris ensemble, *R. c. Moriarity*, 2015 CSC 55, [2015] 3 R.C.S. 485, par. 30; *R. c. Stillman*, 2019 CSC 40, [2019] 3 R.C.S. 144, par. 97-109 et 113).

[169] Further, and even where the impacts on an offender's liberty and privacy interests are more than modest, those impacts must be considered in context. An offender who is placed on the Registry has already been tried and convicted of a designated sexual offence (*Long*, at para. 147). Until now, a *SOIRA* order has not been characterized as a sentence or a punishment, but a consequence of conviction (*Redhead*, at para. 12). A person convicted of a serious crime should expect a significant loss of personal privacy (*R. v. F. (P.R.)* (2001), 57 O.R. (3d) 475 (C.A.), at para. 18, per Rosenberg J.A.; *R. v. Beare*, [1988] 2 S.C.R. 387, at p. 413). And the impacts must be measured against the inherent severity of the offending conduct (C.A. reasons, at paras. 79-81 and 232). The duration of a *SOIRA* order is directly connected to the maximum term of imprisonment for that sexual offence (s. 490.013(2)). By linking the length of time for reporting to the severity of the offence, Parliament built proportionality into the legislative scheme (I.F., Attorney General of Nova Scotia, at para. 64).

[169] En outre, même lorsque les répercussions sur la liberté et la vie privée du délinquant sont plus que minimes, celles-ci doivent être examinées dans leur contexte. Un délinquant dont le nom est inscrit au registre a déjà fait l'objet d'un procès et a été reconnu coupable d'une infraction sexuelle désignée (*Long*, par. 147). Jusqu'à présent, une ordonnance de se conformer à la *LERDS* n'était pas considérée comme une sanction ou une peine, mais plutôt comme une conséquence de la déclaration de culpabilité (*Redhead*, par. 12). Un individu reconnu coupable d'un crime grave devrait s'attendre à une atteinte importante à sa vie privée (*R. c. F. (P.R.)* (2001), 57 O.R. (3d) 475 (C.A.), par. 18, le juge Rosenberg; *R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387, p. 413). De plus, les répercussions doivent être examinées en fonction de la gravité inhérente au comportement reproché (motifs de la C.A., par. 79-81 et 232). La durée d'une ordonnance de se conformer à la *LERDS* est directement liée à la peine d'emprisonnement maximale prévue pour l'infraction sexuelle en question (par. 490.013(2)). En établissant un lien entre la durée de l'obligation de comparution et de production de renseignements et la gravité de l'infraction, le Parlement a incorporé la question de la proportionnalité dans le régime législatif (m. interv., procureur général de la Nouvelle-Écosse, par. 64).

[170] Another consideration militating against the appellant's arguments on gross disproportionality is the availability of a termination order. The regime permits offenders to apply to terminate *SOIRA* orders after (a) 5 years, if they are subject to an order for 10 years; (b) 10 years if they are subject to a 20-year order; and (c) 20 years if they are subject to a lifetime order (s. 490.015(1)). The termination provision allows judges to assess the impacts of *SOIRA* at a later date when the offender can demonstrate they have been in the community without reoffending, rather than making "speculative predictions of future dangerousness" based on the limited evidence available at sentencing (J. Benedet, "A Victim-Centred Evaluation of the Federal Sex Offender Registry" (2012), 37 *Queen's L.J.* 437, at p. 468). Termination orders are undoubtedly rare, since an offender must meet the "high standard" of showing the impact on the offender's privacy or liberty is "grossly disproportionate to the public interest" (s. 490.016(1); *Redhead*,

[170] Une autre considération qui milite à l'encontre des arguments de l'appelant au sujet de la disproportion totale est la possibilité de présenter une demande de révocation. Le régime permet aux délinquants de demander la révocation d'une ordonnance de se conformer à la *LERDS* après a) 5 ans s'ils sont visés par une ordonnance de 10 ans; b) 10 ans s'ils sont visés par une ordonnance de 20 ans; c) 20 ans s'ils sont visés par une ordonnance à perpétuité (par. 490.015(1)). La disposition de révocation permet aux juges d'évaluer les effets de la *LERDS* à une date ultérieure — lorsque le délinquant est en mesure de démontrer qu'il a réintégré la collectivité sans récidiver — plutôt que de faire des [TRADUCTION] « prédictions conjecturales de la future dangerosité » fondées sur la preuve limitée disponible au moment de la détermination de la peine (J. Benedet, « A Victim-Centred Evaluation of the Federal Sex Offender Registry » (2012), 37 *Queen's L.J.* 437, p. 468). Les ordonnances de révocation sont assurément rares, vu que le délinquant doit satisfaire

at para. 43). But if there is truly a disproportionate impact, a termination order will be available (*R. v. Dyck* (2005), 203 C.C.C. (3d) 365 (Ont. S.C.J.), at para. 125).

[171] Finally, the sentencing judge failed to consider the impacts of *SOIRA* in light of its aim: to investigate and prevent sexual offences. As Khullar J.A. held, "[t]his is not the kind of case where the objective is simply not important enough to warrant the level of infringement of liberty that it imposes" (para. 232). *SOIRA* imposes a burden on offenders, but that burden is not "totally out of sync" with the objectives (*Bedford*, at para. 120). I agree with the Attorney General of Nova Scotia that characterizing reporting obligations as "grossly disproportionate" in this context risks trivializing that term (I.F., at para. 61).

E. *Overbreadth*

[172] A law is overbroad, the Court explained in *R. v. Safarzadeh-Markhali*, 2016 SCC 14, [2016] 1 S.C.R. 180, if it goes "further than reasonably necessary to achieve its legislative goals" (para. 50). There is a heavy onus on the party alleging that legislation is overbroad:

> As noted above, the root question is whether the law is inherently bad because there is no connection, in whole or in part, between its effects and its purpose. This standard is not easily met. The evidence may, as in *Morgentaler*, show that the effect actually undermines the objective and is therefore "inconsistent" with the objective. Or the evidence may, as in *Chaoulli*, show that there is simply no connection on the facts between the effect and the objective, and the effect is therefore "unnecessary". Regardless of how the judge describes this lack of connection, the ultimate question remains whether the evidence establishes that the

à la « norme élevée » de montrer que l'effet sur sa vie privée ou sa liberté est « nettement démesuré par rapport à l'intérêt » public (par. 490.016(1); *Redhead*, par. 43). Cependant, si l'effet est réellement démesuré, il sera possible d'obtenir une ordonnance de révocation (*R. c. Dyck* (2005), 203 C.C.C. (3d) 365 (C.S.J. Ont.), par. 125).

[171] Finalement, la juge chargée de la détermination de la peine n'a pas tenu compte des effets de la *LERDS* à la lumière de sa finalité : prévenir les infractions sexuelles et enquêter sur celles-ci. Comme la juge Khullar l'a conclu, [TRADUCTION] « [i]l ne s'agit pas en l'espèce du genre d'affaire où l'objectif n'est tout simplement pas assez important pour justifier le degré d'atteinte à la liberté qu'il impose » (par. 232). La *LERDS* impose un fardeau aux délinquants, mais celui-ci n'est pas « sans rapport aucun » avec les objectifs (*Bedford*, par. 120). À l'instar du procureur général de la Nouvelle-Écosse, je suis d'avis que le fait de qualifier les obligations de comparution et de production de renseignements de [TRADUCTION] « totalement disproportionnées » dans ce contexte risque de banaliser cette expression (m. interv., par. 61).

E. *Portée excessive*

[172] Dans l'arrêt *R. c. Safarzadeh-Markhali*, 2016 CSC 14, [2016] 1 R.C.S. 180, la Cour a expliqué qu'une règle de droit a une portée excessive si elle va au-delà de « ce qui est raisonnablement nécessaire pour atteindre ses objectifs législatifs » (par. 50). La partie qui allègue que la loi a une portée excessive doit s'acquitter d'un lourd fardeau :

> Rappelons qu'il s'agit fondamentalement de déterminer si la disposition en cause est intrinsèquement mauvaise du fait de l'absence de lien, en tout ou en partie, entre ses effets et son objet. Satisfaire à cette norme n'est pas chose aisée. Comme dans l'affaire *Morgentaler*, la preuve peut démontrer que l'effet compromet en fait la réalisation de l'objectif et qu'il est donc « incompatible » avec celui-ci. Il peut aussi ressortir de la preuve, comme dans *Chaoulli*, qu'il n'y a tout simplement pas de lien entre l'effet et l'objectif, de sorte que l'effet « n'est pas nécessaire ». Peu importe la manière dont le juge qualifie cette absence de

law violates basic norms because there is no connection between its effect and its purpose. This is a matter to be determined on a case-by-case basis, in light of the evidence. [Emphasis added.]

(*Bedford*, at para. 119, per McLachlin C.J.)

[173] Having identified the purpose of s. 490.012(1), the question here is whether automatic registration of all offenders goes further than reasonably necessary to achieve the objective of helping police prevent and investigate sexual crimes by requiring the registration of certain information. The sentencing judge acknowledged there was a statistical probability that a sex offender will reoffend, but concluded the law was overbroad because it captured individuals who have *little or no chance* of reoffending (ABQB reasons (2016), at para. 119). The Crown does not dispute that the Registry may impose obligations on offenders who never end up reoffending, but emphasizes that *all* convicted sex offenders pose a higher risk and it is impossible to say *at the time of sentencing* that a particular offender poses no risk of reoffending.

[174] The Crown's argument is supported by the expert evidence. Offenders convicted of a sexual offence are five to eight times more likely to reoffend than those convicted of a non-sexual offence. Both experts agreed that the recidivism risk cannot be determined with certainty at the time of sentencing. Dr. Zgoba explained that a risk assessment cannot guarantee whether any individual will reoffend. Both experts also testified that observed recidivism rates underestimate the true rates of sexual reoffending. Professor Benedet makes a similar point, saying recidivism studies do not typically measure whether offenders commit further offences (or have already committed other offences in the past) for which they were never apprehended or charged ("*Long and Ndhlovu*: The Federal Sex offender Registry and Section 7 of the *Charter*" (2018), 45 C.R. (7th) 132;

lien, la question demeure au fond de savoir si la preuve établit que la disposition viole des normes fondamentales du fait de l'absence de lien entre son effet et son objet. Il faut statuer en fonction du dossier et de la preuve offerte. [Je souligne.]

(*Bedford*, par. 119, la juge en chef McLachlin)

[173] Comme j'ai déjà défini l'objet du par. 490.012(1), la question est maintenant de savoir si l'inscription automatique de tous les délinquants va au-delà de ce qui est raisonnablement nécessaire pour atteindre l'objectif d'aider la police à prévenir les crimes sexuels et à enquêter sur ceux-ci en exigeant l'enregistrement de certains renseignements. La juge chargée de la détermination de la peine a reconnu que, selon les statistiques, il y avait une probabilité qu'un délinquant sexuel récidive, mais elle a néanmoins conclu que la disposition avait une portée excessive parce qu'elle visait des personnes qui ne présentent que *peu ou pas de risque* de récidive (motifs de la CBR de l'Alb. (2016), par. 119). La Couronne ne conteste pas que le registre puisse imposer des obligations à des délinquants qui ne récidivent finalement jamais, mais elle souligne que *tous* les délinquants sexuels reconnus coupables posent un plus grand risque, et qu'il est impossible de dire *au moment de déterminer la peine* qu'un délinquant en particulier ne présente aucun risque de récidive.

[174] L'argument de la Couronne est étayé par la preuve d'expert. Les délinquants déclarés coupables d'une infraction sexuelle sont de cinq à huit fois plus susceptibles de récidiver que ceux qui ont été déclarés coupables d'une infraction de nature non sexuelle. Les deux experts s'entendaient pour dire que le risque de récidive ne peut être établi avec certitude au moment de déterminer la peine. Madame Zgoba a expliqué que l'évaluation des risques ne peut prédire avec certitude si un délinquant récidivera. Les deux experts ont également déclaré que les taux de récidive observés sous-estiment les taux réels de récidive sexuelle. La professeure Benedet fait une remarque semblable et affirme que, dans les études sur les taux de récidive, on n'évalue généralement pas si les délinquants commettent d'autres infractions (ou ont déjà commis d'autres infractions par le passé) pour lesquelles ils

see also Standing Committee on Public Safety and National Security, April 21, 2009, at p. 9).

[175] The Crown's argument is also supported by logic and experience. Assessing future risk is "inherently imprecise" (*Long*, at para. 125). The Court of Appeal for Ontario has confirmed that, as a group, sex offenders will always pose "a greater risk than the rest of the population for engaging in that activity" and, thus, a prior conviction for a sex offence is "a reliable indication of risk and a proper method of assessing that risk" (*Dyck* (C.A.), at para. 100). More recently, the court in *R. v. B.P.M.*, 2019 BCPC 156, dismissed a similar overbreadth argument. It concluded that all sex offenders should be registered because, "as a matter of common sense and experience, individuals who are convicted of sex crimes have an increased propensity to commit sex crimes in the future" (para. 48 (CanLII), quoting *Long*, at para. 119). Inspector Nezan explained in his Standing Committee on Public Safety and National Security testimony that predicting recidivism is "very difficult" and that, from a police perspective, it is "dangerous" to use a risk-based assessment to determine which offenders should be registered (April 21, 2009, at p. 8).

[176] The majority ignores this evidence, instead hinging its analysis on two premises: (1) that certain offenders do not pose an "increased risk" of reoffending; and (2) that registering such offenders bears no connection to the purpose. Indeed, the phrase "increased risk" is repeated 20 times in the majority's reasons (see paras. 7-8, 10-11, 79, 82-83, 85, 87, 89-90, 92, 100-101, 111, 121 and 138).

[177] My colleagues do not explain their basis for rejecting the expert evidence that an offender's risk cannot be determined with certainty at the time of sentencing. They accept that "the commission of a sexual offence is one of many empirically validated

n'ont jamais été appréhendés ou accusés (« *Long and Ndhlovu* : The Federal Sex offender Registry and Section 7 of the *Charter* » (2018), 45 C.R. (7th) 132; voir aussi Comité permanent de la sécurité publique et nationale, 21 avril 2009, p. 9).

[175] L'argument de la Couronne est également étayé par la logique et l'expérience. L'évaluation des risques futurs est [TRADUCTION] « intrinsèquement imprécise » (*Long*, par. 125). La Cour d'appel de l'Ontario a confirmé que, collectivement, les délinquants sexuels poseront toujours [TRADUCTION] « un plus grand risque que le reste de la population de commettre ces actes » et que, par conséquent, le fait qu'ils ont déjà été déclarés coupables d'une infraction sexuelle est « un indicateur de risque fiable et une bonne méthode d'évaluation de ce risque » (*Dyck* (C.A.), par. 100). Plus récemment, dans la décision *R. c. B.P.M.*, 2019 BCPC 156, la cour a rejeté un argument similaire concernant la portée excessive. Elle a conclu que tous les délinquants sexuels devraient figurer au registre, car [TRADUCTION] « le bon sens et l'expérience nous ont enseigné que les individus reconnus coupables de crimes sexuels sont plus enclins à commettre des crimes sexuels dans le futur » (par. 48 (CanLII), citant *Long*, par. 119). L'inspecteur Nezan a expliqué dans son témoignage devant le Comité permanent de la sécurité publique et nationale qu'il est « très difficile » de prédire les récidives et que, du point de vue de la police, il est « dangereux » de se baser sur une évaluation des risques pour décider quels délinquants devraient être inscrits (21 avril 2009, p. 8).

[176] Les juges majoritaires font fi de ce témoignage et fondent plutôt leur analyse sur deux prémisses : (1) certains délinquants ne présentent pas un « risque accru » de récidive; (2) l'inscription de ces délinquants n'a aucun lien avec l'objet de la loi. En effet, l'expression « *increased risk* » (« risque accru ») est répétée 20 fois dans la version anglaise des motifs des juges majoritaires (voir par. 7-8, 10-11, 79, 82-83, 85, 87, 89-90, 92, 100-101, 111, 121 et 138).

[177] Mes collègues n'expliquent pas sur quel fondement ils rejettent la preuve d'expert démontrant que le risque posé par un délinquant ne peut être établi avec certitude au moment du prononcé de la peine. Ils reconnaissent que « la perpétration d'une

predictors of increased sexual recidivism" (para. 94). In the same breath, however, they assert that, "[i]n certain cases, an offender's personal circumstances mean they are not at an increased risk of reoffending, undermining any real possibility that their information on the registry will ever prove useful to police" (para. 85). My colleagues boldly promenade where experts fear to tread, leaning on the term "increased" to avoid particularizing what they rely on to characterize this risk as such. In support, they claim to cite multiple "examples" (para. 90) of offenders whose likelihood of reoffending is "highly improbable" (para. 89). But in substance they cherry pick just *one* such example: an exceptional case involving an offender who was wheelchair bound. That my colleagues can point to only a single, extreme case where it was clear at the time of sentencing that the offender did not pose an "increased risk" tends to prove my point, not theirs.

infraction sexuelle est l'un des nombreux prédicteurs empiriquement validés d'un risque accru de récidive sexuelle » (par. 94). Du même souffle, toutefois, ils affirment que, « [d]ans certains cas, en raison de sa situation personnelle, le délinquant ne présente pas un risque accru de récidive, ce qui exclut toute possibilité réelle que leurs renseignements figurant au registre se révèlent un jour utiles à la police » (par. 85). Mes collègues s'engagent résolument là où les experts n'osent pas s'aventurer et s'appuient sur le terme « accru » afin d'éviter de préciser ce sur quoi ils se fondent pour qualifier le risque ainsi. À l'appui de leurs conclusions, ils affirment citer de nombreux « exemples » (par. 90) de délinquants dont le risque de récidive est « hautement improbable » (par. 89). Dans les faits, ils ne sélectionnent qu'*un seul* exemple : un cas exceptionnel mettant en cause une délinquante en fauteuil roulant. Le fait que mes collègues ne peuvent citer qu'un seul cas extrême où il ne faisait aucun doute au moment du prononcé de la peine que le délinquant ne présentait pas un « risque accru » de récidive tend à prouver mon point, pas le leur.

[178] The majority's analysis suffers from a further flaw. My colleagues assert that uncertainty in predicting the risk of reoffending is irrelevant in overbreadth, since enforcement practicality can only be considered under s. 1. They rely on *Carter v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 5, [2015] 1 S.C.R. 331, *Bedford* and *Safarzadeh-Markhali*, where this Court held that difficulties in defining the scope of the law to adequately serve the legislative purpose are not relevant in overbreadth (majority reasons, at paras. 103-7).

[178] L'analyse des juges majoritaires souffre d'une autre lacune. Mes collègues affirment que l'incertitude dans la prévision du risque de récidive n'est pas pertinente dans l'analyse de la portée excessive, puisque les considérations liées à la facilité d'application d'une disposition ne peuvent être examinées qu'au regard de l'article premier. Ils se fondent sur les arrêts *Carter c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 5, [2015] 1 R.C.S. 331, *Bedford* et *Safarzadeh-Markhali*, dans lesquels notre Cour a conclu que les difficultés pouvant survenir lors de la définition de la portée de la loi afin que soit adéquatement réalisé son objet ne sont pas pertinentes dans l'analyse de la portée excessive (motifs des juges majoritaires, par. 103-107).

[179] But unlike those instances, here Parliament did not struggle to define the scope of the law. In enacting s. 490.012, Parliament deliberately chose not to distinguish between more serious and less serious sexual offences or higher risk and lower risk offenders. Instead, Parliament required registration for all sex offenders based on a *shared characteristic*: a heightened risk of committing a future sexual offence. The government can enact legislation that

[179] Contrairement à ces instances, en l'espèce, le Parlement n'a pas eu de mal à définir la portée de la loi. En adoptant l'art. 490.012, le Parlement a délibérément choisi de ne pas faire de distinction entre les infractions sexuelles graves et moins graves ou entre les délinquants à haut risque et à faible risque. Le Parlement a plutôt exigé l'enregistrement pour tous les délinquants sexuels sur la base d'une *caractéristique commune* : un risque plus élevé de

treats all individuals with a common characteristic in the same manner, without offending s. 7, provided there is a rational connection between that characteristic and the government's purpose. And here, there is a "logical link" between automatic registration on the basis of a sex conviction and the purpose of s. 490.012. On the information available at the time of sentencing, *every* person convicted of a designated offence poses a heightened risk of committing another sexual offence as compared to persons convicted of non-sexual offences.

commettre une infraction sexuelle dans le futur. Le gouvernement peut édicter une loi qui traite toutes les personnes ayant une caractéristique commune de la même manière, sans contrevenir à l'art. 7, pourvu qu'il y ait un lien rationnel entre cette caractéristique et l'objectif du gouvernement. Et, en l'espèce, il existe un « lien logique » entre l'enregistrement automatique faisant suite à une déclaration de culpabilité pour une infraction sexuelle et l'objet de l'art. 490.012. Sur la foi des renseignements disponibles au moment de la détermination de la peine, *chaque* individu reconnu coupable d'une infraction désignée présente un risque plus élevé de commettre une autre infraction sexuelle comparativement aux individus reconnus coupables d'infractions de nature non sexuelle.

[180] The enhanced risk may be marginal in some cases, but "Parliament is not required to precisely calibrate recidivism risk" (C.A. reasons, at para. 89). Nor is "[p]erfect symmetry between the social science measuring rates of recidivism and the reach of the registry" required (*C. (P.S.) v. British Columbia (Attorney General)*, 2007 BCSC 895, 222 C.C.C. (3d) 230, at para. 118; see also *R. v. Sharpe*, 2001 SCC 2, [2001] 1 S.C.R. 45, at para. 89). Parliament is entitled to act on reasoned apprehension of harm even if on some points "the jury is still out" (*R. v. Malmo-Levine*, 2003 SCC 74, [2003] 3 S.C.R. 571, at para. 78). As the majority at the Court of Appeal explained, any exclusion of convicted sex offenders based on perceived seriousness of an offence or likelihood of recidivism necessarily results in the police not having information on some offenders *who do, in fact, reoffend* (para. 93).

[180] Le risque plus élevé peut être marginal dans certains cas, mais [TRADUCTION] « le Parlement n'est pas tenu de calculer avec précision le risque de récidive » (motifs de la C.A., par. 89). Une [TRADUCTION] « symétrie parfaite entre les taux de récidive calculés en sciences sociales et la portée du registre » n'est pas non plus requise (*C. (P.S.) c. British Columbia (Attorney General)*, 2007 BCSC 895, 222 C.C.C. (3d) 230, par. 118; voir aussi *R. c. Sharpe*, 2001 CSC 2, [2001] 1 R.C.S. 45, par. 89). Le Parlement peut intervenir sur le fondement d'une crainte raisonnée de préjudice même si, à l'égard de certains aspects de la question, « la situation n'est pas encore nette » (*R. c. Malmo-Levine*, 2003 CSC 74, [2003] 3 R.C.S. 571, par. 78). Comme les juges majoritaires de la Cour d'appel l'ont expliqué, si les tribunaux excluent les personnes déclarées coupables d'infractions sexuelles en se fondant sur la gravité perçue de l'infraction ou sur la probabilité d'une récidive, la police n'aura nécessairement pas accès à des renseignements sur certains délinquants *qui, dans les faits, récidivent* (par. 93).

[181] It was within Parliament's purview to draw a line based on that known increased risk of unknown degree, rather than leaving it to prosecutors and judges to weigh if an offender poses an "increased risk" in each case. Once it is demonstrated that the harm sought to be avoided is more than trivial, "the precise weighing and calculation of the nature and extent of the harm is Parliament's job" (*Malmo-Levine*, at para. 133). After that threshold is reached,

[181] Il était du ressort du Parlement de tracer une ligne en se fondant sur ce risque accru, qui est connu mais dont le degré ne l'est pas, plutôt que de laisser aux procureurs et aux juges la tâche d'évaluer si un délinquant présente un « risque accru » dans chaque cas. Une fois qu'il est prouvé que le préjudice que l'on tente d'éviter est plus que négligeable, « l'appréciation et la détermination exactes de la nature et de l'étendue du préjudice relève du Parlement »

the legislature is "entitled to make policy choices within a reasonable range of options" (*Dyck* (C.A.), at para. 124). A small risk of serious harm is sufficient.

[182] My colleagues overlook another important reason that Parliament drew that line: to fix a flaw in the Registry that allowed judges to exempt offenders who they deemed not to be "predators", contrary to the legislative intent. Professor Benedet observes that, prior to the amendments, some judges granted exemptions based not on the *impact* of registration on the offender (as required by the statutory provision) but on whether the offender was the *type* of person for whom the Registry was intended — in other words, a "real" sex offender (Benedet (2012); transcript, at p. 85). The category of "real" sex offender has been, at times, defined so narrowly as to exclude offenders who sexually assaulted people they knew, child pornography users, opportunistic offenders, and historic offenders. A few examples are telling.

[183] Beginning with *R. v. Have*, 2005 ONCJ 27, 194 C.C.C. (3d) 151, a line of decisions found that the aim of the Registry was to assist police in the investigation of crimes by "predatory strangers" and offenders who do not fit this model should be exempted. In *Have*, the offender pled guilty to two counts of possession of child pornography after police seized a large quantity of files from his computer. Duncan J. characterized the circumstances as "exceptional", because possession of child pornography is one of the few sexual offences that does not directly harm a victim and the accused had established that he had no propensity to act on his sexual interests. According to Duncan J., the "fundamental assumption" that the accused, because of his past conduct, had a propensity to commit a sexual crime in the future was "considerably weaker" than in most cases. The value of registration in those circumstances was "negligible", the impact on the accused was "sub-

(*Malmo-Levine*, par. 133). Lorsque ce seuil est atteint, le législateur peut [TRADUCTION] « faire des choix de politique générale qui s'inscrivent dans une gamme raisonnable de solutions » (*Dyck* (C.A.), par. 124). Un faible risque de préjudice grave suffit.

[182] Mes collègues font fi d'une autre raison importante pour laquelle le Parlement a tracé cette ligne : pour corriger une faille dans le registre qui permettait aux juges de dispenser de l'inscription les délinquants qui, selon eux, n'étaient pas des « prédateurs », contrairement à l'intention du législateur. La professeure Benedet fait remarquer que, avant les modifications, certains juges accordaient une dispense en se fondant non pas sur l'*effet* de l'enregistrement sur le délinquant (comme l'exige la disposition de la loi), mais sur la question de savoir si le délinquant était le *genre* de personne pour qui le registre avait été conçu — autrement dit, un « vrai » délinquant sexuel (Benedet (2012); transcription, p. 85). La catégorie des « vrais » délinquants sexuels a parfois été définie de façon si restreinte qu'elle excluait les délinquants qui avaient agressé sexuellement des personnes qu'ils connaissaient, les pédopornographiles, les délinquants opportunistes, ainsi que les délinquants ayant sévi il y a longtemps. Quelques exemples sont révélateurs.

[183] Selon un courant jurisprudentiel qui a commencé par la décision *R. c. Have*, 2005 ONCJ 27, 194 C.C.C. (3d) 151, le but du registre était d'aider les policiers à enquêter sur des crimes commis par des [TRADUCTION] « prédateurs étrangers », et les délinquants qui ne correspondaient pas à ce profil devaient être dispensés de l'enregistrement automatique. Dans l'affaire *Have*, le délinquant a plaidé coupable à deux chefs de possession de pornographie juvénile après que les policiers aient saisi une grande quantité de dossiers dans son ordinateur. Le juge Duncan a dit être en présence de circonstances [TRADUCTION] « exceptionnelles », car la possession de pornographie juvénile est l'une des rares infractions sexuelles à ne pas faire de victime directe, et l'accusé avait démontré qu'il n'avait aucune propension à donner suite à ses penchants sexuels. Selon le juge Duncan, le [TRADUCTION] « postulat fondamental » selon lequel l'accusé, en raison de sa conduite antérieure, avait

stantial", and the balance, in his view, was grossly disproportionate.

[184] Following *Have*, Caldwell J. in *R. v. Burke*, 2005 ONCJ 422, found that the impact of *SOIRA* registration on the accused was grossly disproportionate and declined to make an order. Mr. Burke was convicted of sexual assault after trial. The judge found that he grabbed the complainant, got on top of her, and began kissing her, touching her breasts, and touching her under her shorts in the area of her vagina (paras. 2 and 4 (CanLII)). At sentencing, he did not present any evidence of his risk of reoffending, but the judge inferred it was low based on his lack of criminal history (paras. 59 and 63). Caldwell J. found it "extremely significant that [*SOIRA*] obligations are on-going for a minimum of ten years and that the individual is potentially subject to conviction, fine and/or imprisonment if they provide inaccurate information" (para. 17). Mr. Burke's offence was "on the lower end of the spectrum" (para. 58), and therefore, the public interest in his registration was "substantially lower than the interest in registering the type of offender upon whom the registry was modelled" (para. 64).

[185] Notably, both judges found that registration was a significant intrusion for offenders who were not predatory strangers and remarked that an overly inclusive registry could be counter-productive because it could dilute police resources (*Have*, at p. 157; *Burke*, at para. 39). Those propositions have been discredited by appellate courts. The Court of Appeal of Alberta in *Redhead* rejected the conclusion from *Have* that the Registry's purpose was limited to investigating predatory offenders with a propensity to commit similar offences in the future. Specifically, it

une propension à commettre un crime sexuel dans le futur était « considérablement plus faible » que dans la plupart des cas. La valeur de l'enregistrement dans ces circonstances était « négligeable », l'effet sur l'accusé était « substantiel » et le résultat, selon lui, était totalement disproportionné.

[184] À la suite de la décision *Have*, la juge Caldwell a conclu dans *R. c. Burke*, 2005 ONCJ 422, que l'effet sur l'accusé de l'enregistrement requis par la *LERDS* était totalement disproportionné et a refusé de rendre une ordonnance. Monsieur Burke a été déclaré coupable d'agression sexuelle à l'issue du procès. La juge a conclu que l'accusé avait agrippé la plaignante, s'était jeté sur elle et avait commencé à l'embrasser, à toucher ses seins et à la toucher sous son short près de son vagin (par. 2 et 4 (CanLII)). À l'audience sur la détermination de la peine, l'accusé n'a présenté aucune preuve de son risque de récidive, mais la juge a inféré que ce risque était faible vu qu'il n'avait aucun antécédent criminel (par. 59 et 63). Selon la juge Caldwell, il était [TRADUCTION] « extrêmement préoccupant que les obligations [imposées par la *LERDS*] soient en vigueur pour une période minimale de dix ans et que l'individu soit potentiellement assujetti à une déclaration de culpabilité, une amende et/ou une peine d'emprisonnement s'il donne des renseignements inexacts » (par. 17). L'infraction commise par M. Burke se situait [TRADUCTION] « à l'extrémité inférieure du spectre » (par. 58) et, par conséquent, l'intérêt du public à ce qu'il figure au registre était « considérablement plus faible que l'intérêt à inscrire les délinquants pour qui le registre avait été conçu » (par. 64).

[185] Fait à noter, les deux juges ont conclu que l'enregistrement était une intrusion importante pour les délinquants qui n'étaient pas des prédateurs étrangers et ont fait observer qu'un registre trop inclusif pourrait être contre-productif, car il pourrait diluer les ressources policières (*Have*, p. 157; *Burke*, par. 39). Ces propositions ont été discréditées par les cours d'appel. Dans *Redhead*, la Cour d'appel de l'Alberta a rejeté la conclusion tirée dans *Have* selon laquelle l'objet du registre était limité aux enquêtes visant les délinquants prédateurs ayant une propension à

addressed the argument that the accused was not the *type* of offender covered by *SOIRA* because he did not have a criminal history of the same nature, the offence was less serious, and the risk of reoffending was low. The court held:

> We do not agree. The language of s. 490.012 does not suggest its application is so limited. Rather, the absence of such limiting language reflects Parliament's recognition of predictable repetitive behaviour of sexual offenders, and the inordinate consequences of sexual offences for victims of any age. [para. 38]

[186] The British Columbia Court of Appeal followed *Redhead* in *R. v. Y. (B.T.)*, 2006 BCCA 331, 210 C.C.C. (3d) 484, overturning a decision granting an exemption to an offender who had sexually abused his daughter over a six-year period. The trial judge found that he was not a "predatory stranger" and thus not caught within the purpose of the legislation. Rowles J.A. wrote that, by focusing the purpose of *SOIRA* on a particular class of offender, the trial judge "created a classification scheme that Parliament did not enact" (para. 39). The Court of Appeal for Ontario also rejected the predatory stranger model in *Debidin*, observing that *SOIRA* "does not distinguish between the predatory stranger and the opportunistic friend, relative or custodian" (para. 77).

[187] Yet, judges did not only exempt offenders deemed to be non-predatory or unlikely to reoffend. Even violent offenders who were *likely* recidivists have been exempted from *SOIRA*. In *R. v. B.S.S.*, 2006 BCPC 135, the accused pled guilty to sexual assault and assault against his wife. He had a serious drinking problem and had a history of violence. On the day of the first offence, he raped his wife. He was assessed as posing a high risk of future violence against her. Nevertheless, Baird Ellan Prov. Ct. J. exempted the accused from registration, following

commettre des infractions similaires dans le futur. Plus précisément, elle s'est penchée sur l'argument suivant lequel l'accusé n'était pas le *genre* de délinquant visé par la *LERDS* parce qu'il n'avait pas d'antécédents criminels de la même nature, que l'infraction était moins grave, et que le risque de récidive était faible. La cour a conclu :

> [TRADUCTION] Nous ne sommes pas de cet avis. Le libellé de l'art. 490.012 ne donne pas à penser que son application est à ce point limitée. Au contraire, l'absence d'un tel libellé limitatif démontre que le Parlement reconnaît qu'il est prévisible que les délinquants sexuels répètent leur comportement et que les infractions sexuelles ont des conséquences néfastes sur les victimes de tous âges. [par. 38]

[186] Dans l'arrêt *R. c. Y. (B.T.)*, 2006 BCCA 331, 210 C.C.C. (3d) 484, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a suivi l'arrêt *Redhead* et a infirmé une décision dans laquelle le tribunal avait accordé une dispense à un délinquant qui avait commis des sévices sexuels contre sa fille au cours d'une période de six ans. Le juge du procès avait conclu que le délinquant n'était pas un « prédateur étranger » et qu'il n'était donc pas visé par l'objet de la loi. La juge Rowles a écrit que, en affirmant que l'objet de la *LERDS* ne visait qu'une catégorie précise de délinquants, le juge du procès [TRADUCTION] « a créé un régime de classification que le Parlement n'avait pas adopté » (par. 39). La Cour d'appel de l'Ontario a également rejeté le modèle fondé sur le prédateur étranger dans *Debidin*, où elle a fait remarquer que la *LERDS* [TRADUCTION] « ne fait aucune distinction entre le prédateur étranger et l'ami, le parent ou le gardien opportuniste » (par. 77).

[187] Les juges ne s'en sont toutefois pas tenus à dispenser les délinquants jugés non prédateurs ou peu susceptibles de récidiver. Même des délinquants violents qui récidiveraient *probablement* ont été dispensés de l'application de la *LERDS*. Dans *R. c. B.S.S.*, 2006 BCPC 135, l'accusé a plaidé coupable à des accusations d'agression sexuelle et de voies de fait envers son épouse. Il avait un grave problème d'alcool et des antécédents de violence. Le jour de la première infraction, il a violé son épouse. Selon l'évaluation dont il a fait l'objet, il présentait un risque

Have and *Burke* which held that the purpose of the Registry was to deal with predatory offenders and it was not "designed to address this kind of offence" (para. 82 (CanLII)), whatever that means.

élevé de commettre d'autres actes de violence envers elle. La juge Baird Ellan, de la Cour provinciale, a néanmoins dispensé l'accusé de l'enregistrement, suivant ainsi les décisions *Have* et *Burke*, où il a été conclu que le registre visait les délinquants prédateurs et n'était pas [TRADUCTION] « conçu pour remédier à ce genre d'infraction » (par. 82 (CanLII)), comprenne qui pourra de ces propos.

[188] Judges have granted exemptions even where the victim was a stranger and the offences were highly predatory. In *R. v. Worm*, 2005 ABPC 92, the accused pled guilty to sexual assault and assault with a weapon. He grabbed the complainant's buttocks as she was jogging and threatened bystanders with a knife before running away. He was assessed at a low to moderate risk of recidivism, with the risk increasing significantly during periods of intoxication. Though the offender was a drunk predatory stranger armed with a weapon, the sentencing judge nevertheless found that the impact of registration would be grossly disproportionate "having regard to the circumstances and severity of the offence" (para. 53 (CanLII)).

[188] Les juges ont accordé des dispenses même lorsque la victime ne connaissait pas l'agresseur et que les infractions participaient d'un comportement hautement prédateur. Dans *R. c. Worm*, 2005 ABPC 92, l'accusé a plaidé coupable à des accusations d'agression sexuelle et d'agression armée. Il avait agrippé les fesses de la plaignante pendant qu'elle faisait son jogging et avait menacé les passants au couteau avant de s'enfuir. Selon l'évaluation dont il avait fait l'objet, il présentait un risque de récidive faible à modéré, mais ce risque augmentait grandement lorsqu'il était intoxiqué. Le délinquant était un inconnu prédateur ivre et armé, mais cela n'a pas empêché le juge chargé de la détermination de la peine de conclure que l'effet de l'enregistrement serait totalement disproportionné [TRADUCTION] « eu égard aux circonstances et à la gravité de l'infraction » (par. 53 (CanLII)).

[189] Perhaps most concerning is *R. v. Randall*, 2006 NSPC 38, 247 N.S.R. (2d) 205, where the accused was convicted of internet luring after inviting an undercover police officer, believed to be a 13-year-old girl, to meet him for sexual activity. He insisted on meeting for sex, rejecting her suggestion that they go shopping instead. The accused arrived with packets of condoms and was arrested. The sentencing judge found that the accused was in denial about his behaviour, but still granted an exemption because he was assessed at a low risk of reoffending, "his conduct was not predatory" but rather "poor judgment", he was not considered a "hunter," and he had no prior sexual offences (para. 16). The judge was also concerned that registration would severely affect the accused because he would "carry a stigma" and his privacy would be impacted (para. 15). It is difficult to imagine a more predatory activity than online child luring (Benedet

[189] La décision la plus inquiétante est probablement *R. c. Randall*, 2006 NSPC 38, 247 N.S.R. (2d) 205, dans laquelle l'accusé a été reconnu coupable de leurre par Internet après avoir invité un agent d'infiltration de la police, qu'il croyait être une fille âgée de 13 ans, à le rencontrer pour avoir des relations sexuelles. Il insistait pour qu'ils se rencontrent à cette fin, rejetant la suggestion de l'agent d'aller plutôt magasiner. L'accusé est arrivé avec des paquets de condoms et a été arrêté. Le juge chargé de la détermination de la peine a conclu que l'accusé était dans le déni quant à son comportement, mais lui a tout de même accordé une dispense parce que, selon l'évaluation dont il avait fait l'objet, il présentait un faible risque de récidive, il [TRADUCTION] « n'avait pas un comportement prédateur » mais avait plutôt « manqué de jugement », il n'était pas considéré comme un « traqueur » et il n'avait jamais commis

(2012), at p. 455) — yet that was not enough for the offender to be caught by *SOIRA*.

[190] And finally, exemptions have been granted to offenders who occupied positions of trust and abused vulnerable victims. In *R. v. Aldea*, 2005 SKQB 461, 271 Sask. R. 272, a priest prostituted underage girls in the church rectory and took pornographic photographs of each of them. The court held that an exemption was justified, "having regard to the nature of his vocation, his current living circumstances", and his low risk to reoffend (para. 40). In *R. v. S. (M.W.)*, 2007 BCSC 1188, 52 C.R. (6th) 77, a doctor was convicted of sexually assaulting female patients under the guise of medical examinations over a 20-year period, including having sexual intercourse with one patient. Though the offender had little insight into his crimes and insisted the assaults were "misunderstandings" on the part of the victims, the psychologists assessed him as a low risk to reoffend because he was no longer practicing medicine (paras. 17 and 67). Bruce J. granted an exemption, noting that the public interest served by registration was "minimal to non-existent" (para. 72), *SOIRA*'s impact on him would be "substantial" (para. 74), and he was "not the type of person Parliament had in mind when it created the SOIRA registry" (para. 76).

[191] Those cases — and many others decided prior to the amendments in 2011 — demonstrate that judges too often found "reasons" to exempt offenders who committed offences *they* viewed as less serious, who had no prior history of sexual offending, or who did not appear to pose a high risk (or, to use the majority's phrase, an "increased risk") to strangers. They also "provide a window into judicial thinking about the

d'infractions sexuelles auparavant (par. 16). Le juge craignait également que l'enregistrement n'ait une grave incidence sur l'accusé parce qu'il serait [TRADUCTION] « stigmatisé » et que sa vie privée en serait affectée (par. 15). Il est difficile d'imaginer un comportement plus prédateur qu'un leurre d'enfant en ligne (Benedet (2012), p. 455) — pourtant, ce crime n'était pas suffisant pour que le délinquant tombe sous le coup de la *LERDS*.

[190] Enfin, des dispenses ont été accordées à des délinquants qui étaient en position de confiance et qui ont abusé de victimes vulnérables. Dans *R. c. Aldea*, 2005 SKQB 461, 271 Sask. R. 272, un prêtre avait forcé des filles mineures à se prostituer dans le presbytère et avait pris des photographies pornographiques de chacune d'elles. La cour a conclu qu'une dispense était justifiée, [TRADUCTION] « compte tenu de la nature de sa vocation, de ses conditions de vie actuelles », ainsi que de son faible risque de récidive (par. 40). Dans *R. c. S. (M.W.)*, 2007 BCSC 1188, 52 C.R. (6th) 77, un médecin a été déclaré coupable d'avoir agressé sexuellement ses patientes sous le couvert d'examens médicaux, y compris d'avoir eu des relations sexuelles avec une patiente, le tout s'étant déroulé sur une période de 20 ans. Même si le délinquant était peu conscient de ses propres crimes et qu'il insistait pour dire que les agressions étaient des « malentendus » de la part des victimes, les psychologues étaient d'avis qu'il présentait un faible risque de récidive, car il ne pratiquait plus la médecine (par. 17 et 67). La juge Bruce a accordé une dispense, soulignant que l'intérêt public servi par l'enregistrement était [TRADUCTION] « minimal, voire inexistant » (par. 72), que l'effet de la *LERDS* sur lui serait « substantiel » (par. 74) et qu'il n'était « pas le genre de personne que le Parlement avait à l'esprit lorsqu'il a créé le registre prévu par la LERDS » (par. 76).

[191] Ces décisions — et bon nombre d'autres décisions rendues avant les modifications de 2011 — démontrent que les juges ont trop souvent trouvé des « raisons » d'accorder une dispense aux délinquants, soit parce qu'ils avaient commis des infractions que *les juges* considéraient comme moins graves, qu'ils n'avaient jamais commis d'infractions sexuelles auparavant, ou qu'ils ne semblaient pas poser un risque

relative seriousness of types of sexual offending, and show that the exercise of judicial discretion in the area of sexual assault is fraught with the persistence of problematic assumptions about what a 'real' sex offender looks like" (Benedet (2012), at p. 440).

[192] As if to remove all doubt on this point, similar assumptions about what a "real" sex offender looks like were also relied upon by the sentencing judge in this case. She found that "low risk" offenders, such as the appellant, fall in the category of offenders who should not be captured by *SOIRA*, and therefore the law is overbroad. But this reasoning is flawed for two reasons. First, it ignores that "the purpose of the regime is not limited to tracking predators" and the appellant nonetheless poses a heightened *risk* of reoffending (*T.A.S.*, at para. 79; see *Long*, at para. 89). Secondly, it assumes that offenders who commit "minor" sex crimes are less likely to reoffend. There is no evidence supporting this assumption. Both experts testified that the seriousness of a sexual offence is a poor predictor of recidivism on its own. The Registry aims to help police prevent and investigate *all* sexual crimes. Under s. 7, the court's task is not to assess the law's efficacy but simply to compare the objective with its effects (*Bedford*, at para. 123). Here, the objective (preventing and investigating sexual offences) is clearly furthered by its effect (registering all sex offenders) because we do not know who will reoffend, but we know that many will, with serious effects.

[193] On that point, I would endorse the comments of the Court of Appeal that digital penetration of a sleeping victim is never "minor" or "*de minimis*" conduct (paras. 77-84). All forms of sexual violence are morally blameworthy, precisely because they

élevé (ou, pour utiliser l'expression des juges majoritaires, un « risque accru ») pour les étrangers. Ces décisions nous donnent également [TRADUCTION] « un aperçu de la pensée judiciaire au sujet de la gravité relative des différents types d'infractions sexuelles et montrent que l'exercice du pouvoir discrétionnaire des juges en matière d'agressions sexuelles est truffé de suppositions persistantes et problématiques sur ce à quoi ressemble un "vrai" délinquant sexuel » (Benedet (2012), p. 440).

[192] Pour dissiper tout doute sur ce point, des suppositions similaires quant à savoir à quoi ressemble un « vrai » délinquant sexuel ont servi de fondement à la juge chargée de la détermination de la peine en l'espèce. Elle a conclu que les délinquants qui présentent un « faible risque », comme l'appelant, appartiennent à la catégorie de délinquants qui ne devraient pas être visés par la *LERDS* et que, par conséquent, la loi a une portée excessive. Or, ce raisonnement est vicié pour deux raisons. Premièrement, il ne tient pas compte du fait que [TRADUCTION] « l'objet du régime n'est pas uniquement de suivre les prédateurs » et que l'appelant présente néanmoins un *risque* élevé de récidive (*T.A.S.*, par. 79; voir *Long*, par. 89). Deuxièmement, il suppose que les délinquants qui commettent des crimes sexuels « mineurs » sont moins susceptibles de récidiver. Rien n'étaye cette supposition. Les deux experts ont déclaré que la gravité d'une infraction sexuelle, à elle seule, est un mauvais prédicteur de récidive. Le registre a pour but d'aider les policiers à prévenir *tous* les crimes sexuels et à enquêter sur ceux-ci. Dans l'analyse de l'art. 7, la tâche du tribunal ne consiste pas à évaluer l'efficacité de la loi, mais simplement à comparer l'objectif à ses effets (*Bedford*, par. 123). En l'espèce, l'objet de la loi (prévenir les infractions sexuelles et enquêter sur celles-ci) est clairement favorisé par son effet (inscrire tous les délinquants sexuels au registre), car nous ne savons pas qui récidivera, mais savons que bon nombre d'entre eux récidiveront et que cela entraînera de graves conséquences.

[193] Sur ce point, je ferais miens les commentaires de la Cour d'appel selon lesquels la pénétration digitale d'une victime endormie n'est jamais [TRADUCTION] « mineure » ni une conduite « *de minimis* » (par. 77-84). Toutes les formes de violence sexuelle

involve wrongful exploitation and denial of the victim's dignity as a human being (*R. v. Friesen*, 2020 SCC 9, [2020] 1 S.C.R. 424, at para. 89, citing *R. v. Mabior*, 2012 SCC 47, [2012] 2 S.C.R. 584, at paras. 45 and 48). This Court has recently described the serious harms that flow from sexual offences, particularly against children, which "are notorious for their devastating impact, often ruining the lives of their victims, and of those whose lives intersect with those victims as they move into adulthood" (*K.R.J.*, at para. 131). Sentencing judges must "properly understand the wrongfulness of sexual offences" and "the profound harm that they cause" (*Friesen*, at para. 50).

[194] Given what appears to have been a persistent, routine failure to appreciate the seriousness of these offences, it can be confidently predicted that the rampant misuse of judicial discretion prior to the amendments will recur once automatic registration is removed. There is a remarkable consistency of views between the judgment in *Have*, which viewed the possession of child pornography as essentially a victimless crime, and the sentencing judge's reasons in this case, which refused to characterize the penetration of a sleeping woman as a major sexual assault. Indeed, and as Schutz J.A. wrote, the sentencing judge's own conclusions prove Parliament's point in making all orders mandatory: ". . . different judges may make different assessments about the seriousness of criminal conduct and an offender's risk to reoffend" (C.A. reasons, at para. 79). This explains Parliament's decision to remove judicial discretion to include *all* offenders convicted of a designated offence.

[195] Parliament sought to avoid those chronic and improper exercises of judicial discretion by drawing a clear line: all sexual offences are serious and all sex offenders pose a heightened risk. Both premises are backed by expert evidence, judicial precedents, and logic. The majority's reasons suggest that judicial

sont moralement blâmables précisément parce qu'elles comportent l'exploitation illicite de la victime et le déni de sa dignité humaine (*R. c. Friesen*, 2020 CSC 9, [2020] 1 R.C.S. 424, par. 89, citant *R. c. Mabior*, 2012 CSC 47, [2012] 2 R.C.S. 584, par. 45 et 48). Notre Cour a récemment décrit le préjudice grave qui découle des infractions sexuelles, particulièrement contre les enfants : « Nul ne conteste les effets dévastateurs de ces actes qui ruinent souvent la vie des victimes et celle des personnes qui côtoient les victimes une fois qu'elles sont devenues adultes » (*K.R.J.*, par. 131). Les juges chargés de déterminer la peine doivent « bien comprendre le caractère répréhensible des infractions d'ordre sexuel » et « les torts considérables qu'elles causent » (*Friesen*, par. 50).

[194] Étant donné que les juges semblent avoir omis de façon répétée et régulière d'apprécier la gravité de ces infractions, on peut prédire avec confiance que la mauvaise utilisation du pouvoir discrétionnaire des tribunaux qui avait cours avant les modifications se reproduira lorsque l'enregistrement automatique sera supprimé. Il est d'ailleurs frappant de constater la cohérence des points de vue entre la décision *Have*, où la possession de pornographie juvénile a été considérée comme un crime ne faisant essentiellement aucune victime, et les motifs de la juge chargée de la détermination de la peine en l'espèce, où cette dernière a refusé de qualifier la pénétration d'une femme endormie d'agression sexuelle majeure. En effet, et comme la juge d'appel Schutz l'écrit, les conclusions de la juge chargée de la détermination de la peine, en soi, démontrent pourquoi le Parlement a choisi de rendre toutes les ordonnances obligatoires : [TRADUCTION] « . . . différents juges peuvent évaluer différemment la gravité d'une conduite criminelle et le risque de récidive du délinquant » (motifs de la C.A., par. 79). Ceci explique la décision du Parlement d'enlever aux tribunaux leur pouvoir discrétionnaire afin d'inscrire au registre *tous* les délinquants déclarés coupables d'une infraction désignée.

[195] Le Parlement a cherché à éviter que les juges exercent ainsi constamment leur pouvoir discrétionnaire de manière inappropriée en traçant une ligne claire : toutes les infractions sexuelles sont graves, et tous les délinquants sexuels présentent un risque plus élevé. Ces deux prémisses sont étayées par une

discretion cannot be fettered. But following the majority's analysis to its inevitable conclusion, Parliament could never remove judicial discretion from a criminal law scheme. And yet, is that not what all legislation does to some extent? This Court's role is limited to examining legislation for *Charter* compliance, not second-guessing policy decisions. Operating within that confine, I am constrained to conclude that s. 490.012 is appropriately tailored to its purpose of helping the police prevent and investigate sexual crimes, and does not limit an offender's s. 7 rights in a manner that bears no connection to its objective.

IV. Conclusion

[196] I would allow the appeal in part. Section 490.012 is constitutional.

Appeal allowed, Wagner C.J. *and* Moldaver, Côté *and* Brown JJ. *dissenting in part.*

Solicitors for the appellant: Iginla & Company, Edmonton.

Solicitor for the respondent: Alberta Crown Prosecution Service, Appeals and Specialized Prosecutions Office, Edmonton.

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

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

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

Solicitor for the intervener the Attorney General of Nova Scotia: Attorney General of Nova Scotia, Halifax.

preuve d'expert, des précédents judiciaires et la logique. Les motifs des juges majoritaires donnent à penser que le pouvoir discrétionnaire des tribunaux ne peut être entravé. Or, si l'on suit leur analyse, force est de conclure que le Parlement ne pourrait jamais supprimer le pouvoir discrétionnaire des tribunaux d'un régime législatif en matière criminelle. Pourtant, n'est-ce pas là ce que fait toute loi dans une certaine mesure? Le rôle de notre Cour se limite à examiner la loi pour s'assurer qu'elle est conforme à la *Charte*, et non à remettre en question les décisions de politique générale. Dans le respect de cette limite, je suis obligé de conclure que l'art. 490.012 est bien adapté à son objet, soit celui d'aider les policiers à prévenir les crimes sexuels et à enquêter sur ceux-ci, et qu'il ne limite pas les droits garantis au délinquant par l'art. 7 d'une manière qui n'a aucun lien avec son objectif.

IV. Conclusion

[196] Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi en partie. L'article 490.012 est constitutionnel.

Pourvoi accueilli, le juge en chef Wagner *et les juges* Moldaver, Côté *et* Brown *sont dissidents en partie.*

Procureurs de l'appelant : Iginla & Company, Edmonton.

Procureur de l'intimé : Alberta Crown Prosecution Service, Appeals and Specialized Prosecutions Office, Edmonton.

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

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

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

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Nouvelle-Écosse : Procureur général de la Nouvelle-Écosse, Halifax.

Solicitor for the intervener the Attorney General of British Columbia: Attorney General of British Columbia, Victoria.

Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario): Daniel Brown Law, Toronto.

Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Henein Hutchison, Toronto.

Solicitors for the interveners the HIV & AIDS Legal Clinic Ontario and the HIV Legal Network: Henein Hutchison, Toronto; HIV & AIDS Legal Clinic Ontario, Toronto.

Solicitor for the intervener the Mobile Legal Clinic: Mobile Legal Clinic, Montréal.

Solicitors for the intervener Association québécoise des avocats et avocates de la défense: Caissy et Pelletier-Quirion, avocats, Amqui, Que.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique : Procureur général de la Colombie-Britannique, Victoria.

Procureurs de l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario) : Daniel Brown Law, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : Henein Hutchison, Toronto.

Procureurs des intervenants HIV & AIDS Legal Clinic Ontario et le Réseau juridique VIH : Henein Hutchison, Toronto; HIV & AIDS Legal Clinic Ontario, Toronto.

Procureur de l'intervenante la Clinique juridique itinérante : Clinique juridique itinérante, Montréal.

Procureurs de l'intervenante l'Association québécoise des avocats et avocates de la défense : Caissy et Pelletier-Quirion, avocats, Amqui (Qc).

His Majesty The King in Right of Canada *Appellant*

v.

Cheyenne Sharma *Respondent*

and

Attorney General of British Columbia, Attorney General of Saskatchewan, Aboriginal Legal Services Inc., Federation of Sovereign Indigenous Nations, British Columbia Civil Liberties Association, Queen's Prison Law Clinic, HIV & AIDS Legal Clinic Ontario, HIV Legal Network, Canadian Bar Association, Women's Legal Education and Action Fund Inc., Legal Services Board of Nunavut, Criminal Lawyers' Association (Ontario), Canadian Civil Liberties Association, Native Women's Association of Canada, David Asper Centre for Constitutional Rights, Ontario Native Women's Association, Assembly of Manitoba Chiefs, Canadian Association of Elizabeth Fry Societies, John Howard Society of Canada, Criminal Trial Lawyers' Association and Association québécoise des avocats et avocates de la défense *Interveners*

Sa Majesté le Roi du chef du Canada *Appelant*

c.

Cheyenne Sharma *Intimée*

et

Procureur général de la Colombie-Britannique, procureur général de la Saskatchewan, Aboriginal Legal Services Inc., Federation of Sovereign Indigenous Nations, British Columbia Civil Liberties Association, Queen's Prison Law Clinic, HIV & AIDS Legal Clinic Ontario, Réseau juridique VIH, Association du Barreau canadien, Fonds d'action et d'éducation juridique pour les femmes, Legal Services Board of Nunavut, Criminal Lawyers' Association (Ontario), Association canadienne des libertés civiles, Association des femmes autochtones du Canada, David Asper Centre for Constitutional Rights, Ontario Native Women's Association, Assembly of Manitoba Chiefs, Association canadienne des sociétés Elizabeth Fry, Société John Howard du Canada, Criminal Trial Lawyers' Association et Association québécoise des avocats et avocates de la défense *Intervenants*

Indexed as: R. *v.* Sharma

2022 SCC 39

File No.: 39346.

2022: March 23; 2022: November 4.

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

Répertorié : R. *c.* Sharma

2022 CSC 39

N° du greffe : 39346.

2022 : 23 mars; 2022 : 4 novembre.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Constitutional law — Charter of Rights — Right to equality — Discrimination based on race — Right to liberty — Fundamental justice — Sentencing — Aboriginal offenders — Conditional sentences — Aboriginal offender pleading guilty to importing cocaine and seeking conditional sentence — Offender challenging constitutionality of Criminal Code provisions making conditional sentences unavailable for certain serious offences and categories of serious offences — Sentencing judge holding conditional sentence unavailable for offender and dismissing Charter challenge — Court of Appeal striking down impugned provisions on basis that they are overbroad and discriminate against Aboriginal offenders — Whether unavailability of conditional sentence infringes offender's Charter-protected rights — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 15(1) — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 718.2(e), 742.1(c), 742.1(e)(ii).

In 2015, S, a woman of Ojibwa ancestry and a member of the Saugeen First Nation, arrived in Toronto on an international flight. Her suitcase was found to contain 1.97 kilograms of cocaine. She confessed that her partner had promised to pay her $20,000 to bring the suitcase to Canada, and pleaded guilty to importing a Sch. I substance contrary to s. 6(1) of the *Controlled Drugs and Substances Act*. At the time, S was 20 years old, with no prior criminal record, and was two months behind on rent and facing eviction. S had become a single mother at 17, had few supports, and the prospect of homelessness for her child motivated her to agree to import the drugs. A pre-sentence (*Gladue*) report also noted that S's grandmother was a residential school survivor, S's mother had spent time in foster care, S had been sexually assaulted, and she had dropped out of school due to financial difficulties.

S sought a conditional sentence. Conditional sentences are a type of incarceration, provided for under s. 742.1 of the *Criminal Code*, that permit offenders who meet statutory criteria to serve their sentences under strict surveillance in their communities, rather than in jail. In 2012, Parliament amended the conditional sentencing regime to make such sentences unavailable for certain serious offences. Three prerequisites must be met before a conditional sentence can

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

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à l'égalité — Discrimination fondée sur la race — Droit à la liberté — Justice fondamentale — Détermination de la peine — Délinquants autochtones — Emprisonnement avec sursis — Délinquante autochtone plaidant coupable à une accusation d'importation de cocaïne et réclamant une peine d'emprisonnement avec sursis — Contestation par la délinquante de la constitutionnalité des dispositions du Code criminel qui rendent l'emprisonnement avec sursis inaccessible pour certaines infractions et catégories d'infractions graves — Juge chargé de la détermination de la peine concluant que la délinquante ne peut pas obtenir un sursis à l'emprisonnement et rejetant la contestation fondée sur la Charte — Dispositions contestées invalidées par la Cour d'appel au motif qu'elles ont une portée excessive et sont discriminatoires à l'égard des délinquants autochtones — L'impossibilité d'obtenir un sursis à l'emprisonnement porte-t-elle atteinte aux droits de la délinquante protégés par la Charte? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 15(1) — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 718.2e), 742.1c), 742.1e)(ii).

En 2015, S, une femme d'ascendance ojibwée faisant partie de la Première Nation de Saugeen, est arrivée à Toronto à bord d'un vol international. On a découvert 1,97 kilogramme de cocaïne dans sa valise. Elle a avoué que son partenaire avait promis de lui payer 20 000 $ pour qu'elle apporte la valise au Canada, et elle a plaidé coupable à l'accusation d'avoir importé une substance inscrite à l'ann. I en violation du par. 6(1) de la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*. À l'époque, S avait 20 ans, n'avait aucun casier judiciaire, avait deux mois de retard sur son loyer et risquait d'être expulsée. S était devenue mère célibataire à 17 ans et avait peu de soutien, et la perspective de se retrouver dans la rue avec son enfant l'avait incitée à accepter d'importer la drogue. En outre, un rapport présentenciel (*Gladue*) indiquait que la grand-mère de S était une survivante des pensionnats, que la mère de S avait séjourné en foyer d'accueil, que S avait été agressée sexuellement et qu'elle avait abandonné ses études en raison de difficultés financières.

S a réclamé une peine d'emprisonnement avec sursis. L'emprisonnement avec sursis est un type d'incarcération prévu à l'art. 742.1 du *Code criminel* qui permet aux délinquants répondant aux critères prévus par la loi de purger leur peine sous une stricte surveillance dans leur collectivité, plutôt qu'en prison. En 2012, le Parlement a modifié le régime d'octroi du sursis à l'emprisonnement pour rendre l'emprisonnement avec sursis inaccessible pour

be imposed: the offender must not have been convicted of one of the offences listed at paras. 742.1(b) through (f) of the *Criminal Code*; a court would have otherwise imposed a sentence of imprisonment of fewer than two years; and the safety of the community would not be endangered by the offender serving the sentence in the community. Where these prerequisites are met, a court must consider whether a conditional sentence is appropriate, having regard to the fundamental purpose and principles of sentencing set out in ss. 718 to 718.2. In particular, s. 718.2(e) provides that "all available sanctions, other than imprisonment, that are reasonable in the circumstances and consistent with the harm done to victims or to the community should be considered for all offenders, with particular attention to the circumstances of Aboriginal offenders".

The 2012 amendments to the *Criminal Code* prevented S from receiving a conditional sentence. In particular, s. 742.1(c) made conditional sentences unavailable for any offence with a maximum term of imprisonment of 14 years or life, such as the offence to which S pleaded guilty. S brought *Charter* challenges against s. 742.1(c) and against s. 742.1(e)(ii), which made conditional sentences unavailable for offences, prosecuted by indictment, having a maximum term of imprisonment of 10 years and involving the import, export, trafficking, or production of drugs. The sentencing judge held that a conditional sentence was unavailable to S, dismissed her *Charter* challenges under ss. 7 and 15, and imposed a sentence of 18 months' imprisonment. A majority of the Court of Appeal held that ss. 742.1(c) and 742.1(e)(ii) were overbroad under s. 7 and discriminated against Indigenous offenders like S under s. 15(1). It struck down the provisions and sentenced S to time served.

Held (Karakatsanis, Martin, Kasirer and Jamal JJ. dissenting): The appeal should be allowed and the sentence imposed at first instance restored.

Per Wagner C.J. and Moldaver, Côté, Brown and Rowe JJ.: Sections 742.1(c) and 742.1(e)(ii) are constitutional. They do not limit S's s. 15(1) *Charter* rights; S did not demonstrate that the impugned provisions created or contributed to a disproportionate impact on Indigenous offenders, relative to non-Indigenous offenders, as she must

certaines infractions graves. Trois conditions préalables doivent être remplies avant qu'un emprisonnement avec sursis puisse être octroyé : le délinquant ne doit pas avoir été reconnu coupable d'une des infractions énumérées aux al. 742.1b) à f) du *Code criminel*; le tribunal aurait autrement infligé une peine d'emprisonnement de moins de deux ans; et le fait pour le délinquant de purger sa peine au sein de la collectivité ne mettrait pas en danger la sécurité de celle-ci. Lorsque ces conditions préalables sont réunies, le tribunal doit se demander si l'octroi du sursis à l'emprisonnement constitue une sanction appropriée, compte tenu de l'objectif essentiel et des principes de détermination de la peine énoncés aux art. 718 à 718.2. En particulier, l'al. 718.2e) prévoit « l'examen, plus particulièrement en ce qui concerne les délinquants autochtones, de toutes les sanctions substitutives qui sont raisonnables dans les circonstances et qui tiennent compte du tort causé aux victimes ou à la collectivité ».

Les modifications apportées en 2012 au *Code criminel* empêchaient S de bénéficier d'un emprisonnement avec sursis. En particulier, l'al. 742.1c) empêchait le tribunal d'octroyer un sursis à l'emprisonnement lorsque l'infraction, comme celle à laquelle S a plaidé coupable, est passible d'une peine maximale d'emprisonnement de 14 ans ou d'emprisonnement à perpétuité. S a contesté, sur le fondement de la *Charte*, l'al. 742.1c) et le sous-al. 742.1e)(ii), selon lequel le sursis ne peut être octroyé dans le cas des infractions poursuivies par mise en accusation et passibles d'une peine maximale d'emprisonnement de dix ans qui mettent en cause l'importation, l'exportation, le trafic ou la production de drogues. Le juge chargé de la détermination de la peine a estimé qu'il n'était pas possible d'octroyer à S le sursis à l'emprisonnement, a rejeté sa contestation fondée sur les art. 7 et 15 de la *Charte*, et lui a infligé une peine d'emprisonnement de 18 mois. La Cour d'appel a conclu à la majorité que l'al. 742.1c) et le sous-al. 742.1e)(ii) avaient une portée excessive au regard de l'art. 7, et qu'ils étaient discriminatoires à l'égard des délinquants autochtones comme S au sens du par. 15(1). Elle a invalidé les dispositions et a condamné S à la peine qu'elle avait déjà purgée.

Arrêt (les juges Karakatsanis, Martin, Kasirer et Jamal sont dissidents) : Le pourvoi est accueilli et la peine infligée en première instance est rétablie.

Le juge en chef Wagner et les juges Moldaver, Côté, Brown et Rowe : L'alinéa 742.1c) et le sous-al. 742.1(e)(ii) sont constitutionnels. Ils ne limitent pas les droits garantis à S par le par. 15(1) de la *Charte*; S n'a pas, comme elle était tenue de le faire à la première étape de l'analyse fondée sur le par. 15(1), démontré que les dispositions contestées

show at the first step of the s. 15(1) analysis. Nor do they limit S's s. 7 *Charter* rights. Their purpose is to enhance consistency in the conditional sentencing regime by making imprisonment the typical punishment for certain serious offences and categories of offences, and that is what they do. Maximum sentences are a reasonable proxy for the seriousness of an offence and, accordingly, the provisions do not deprive individuals of their liberty in circumstances that bear no connection to their objective.

The two-step test for assessing a s. 15(1) claim requires the claimant to demonstrate that the impugned law or state action a) creates a distinction based on enumerated or analogous grounds, on its face or in its impact; and b) imposes a burden or denies a benefit in a manner that has the effect of reinforcing, perpetuating, or exacerbating disadvantage. This framework also applies in cases of adverse impact discrimination, which occurs when a seemingly neutral law has a disproportionate impact on members of groups protected on the basis of an enumerated or analogous ground. However, uncertainty in the evidentiary burden in adverse impact cases has arisen when courts collapse the two steps of analysis into one. The two steps are not watertight compartments or impermeable silos, since each step considers the impact of the impugned law on the protected group. While there may be overlap in the evidence at each step, the two steps ask fundamentally different questions. As such, the analysis at each step must remain distinct from the other. While Karakatsanis J. stresses the "touchstone" of substantive equality, a court's focus must ultimately be directed to the two-step test. Where, applying that test, the claimant's burden at either step of s. 15(1) is not met, there is no infringement of s. 15 and therefore no substantively unequal outcome.

The first step for assessing a s. 15(1) claim examines whether the impugned law creates or contributes to a disproportionate impact on the claimant group based on a protected ground. The disproportionate impact requirement necessarily introduces comparison into the first step, and causation is a central issue. The claimant must establish a link or nexus between the impugned law and the discriminatory impact, but does not need to show why the law

créaient un effet disproportionné sur les délinquants autochtones par rapport aux délinquants non autochtones ou qu'elles contribuaient à un tel effet. Elles ne limitent pas non plus les droits garantis à S par l'art. 7 de la *Charte*. Elles visent à renforcer la cohérence du régime d'octroi du sursis à l'emprisonnement en faisant de l'emprisonnement la peine habituellement infligée pour certaines infractions et catégories d'infractions graves, et c'est bel et bien ce qu'elles font. Les peines maximales sont un indicateur raisonnable de la gravité de l'infraction, et, par conséquent, les dispositions en question ne privent pas les individus de leur liberté dans des circonstances qui n'ont aucun lien avec l'objectif visé.

Le critère à deux volets applicable pour évaluer une demande fondée sur le par. 15(1) oblige le demandeur à démontrer que la loi ou la mesure de l'État contestée a) crée, à première vue ou de par son effet, une distinction fondée sur un motif énuméré ou analogue; et b) impose un fardeau ou nie un avantage d'une manière qui a pour effet de renforcer, de perpétuer ou d'accentuer le désavantage. Ce cadre d'analyse s'applique également dans les affaires de discrimination par suite d'un effet préjudiciable, laquelle survient lorsqu'une loi en apparence neutre a une incidence disproportionnée sur des membres de groupes bénéficiant d'une protection contre la discrimination fondée sur un motif énuméré ou analogue. Toutefois, l'incertitude quant au fardeau de preuve dans les affaires de discrimination par suite d'un effet préjudiciable survient lorsque les tribunaux regroupent les deux étapes de l'analyse en une seule. Il n'y a pas de cloisons étanches entre les deux étapes de l'analyse, puisqu'à chaque étape, on s'attarde aux effets de la loi contestée sur le groupe protégé. Bien que les éléments de preuve puissent se recouper à chacune des étapes, les deux étapes posent des questions fondamentalement différentes. L'analyse effectuée à une étape doit donc demeurer distincte de l'analyse faite à l'autre. Bien que la juge Karakatsanis insiste sur le caractère de « pierre d'assise » de l'égalité réelle, le tribunal doit en fin de compte se concentrer sur le critère à deux volets. Si, en appliquant ce critère, il conclut que le demandeur ne s'est pas acquitté du fardeau qui lui incombait à l'une ou l'autre des étapes de l'analyse fondée sur le par. 15(1), il n'y a pas de violation de l'art. 15 et, par conséquent, pas d'inégalité réelle.

La première étape à suivre pour évaluer une demande fondée sur le par. 15(1) consiste à se demander si la loi contestée crée un effet disproportionné sur le groupe demandeur pour un motif protégé ou contribue à cet effet. L'obligation de démontrer l'existence d'un effet disproportionné entraîne nécessairement un exercice de comparaison à la première étape, et le lien de causalité joue un rôle capital. Le demandeur doit établir un lien entre la loi

being challenged has that impact. Two types of evidence are helpful: evidence about the full context of the claimant group's situation, and evidence about the outcomes that the impugned law or policy has produced in practice. Ideally, claims of adverse impact discrimination should be supported by both. To give proper effect to the promise of s. 15(1), however, a claimant's evidentiary burden cannot be unduly difficult to meet. Courts should bear in mind that: no specific form of evidence is required; the claimant need not show the impugned law or state action was the only or the dominant cause of the disproportionate impact; the causal connection may be satisfied by a reasonable inference; scientific evidence of causation should be carefully scrutinized; and novel scientific evidence should be admitted only if it has a reliable foundation.

The second step asks whether that impact imposes burdens or denies benefits in a manner that has the effect of reinforcing, perpetuating, or exacerbating a disadvantage. Not every distinction is discriminatory. Courts must examine the historical or systemic disadvantage of the claimant group. Leaving the situation of a claimant group unaffected is insufficient to meet the step two requirement: a negative impact or worsened situation is required. Several factors may assist in determining whether claimants have met their burden at step two: arbitrariness, prejudice, and stereotyping. Concerning arbitrariness, a distinction that is based on an individual's actual capacities will rarely be discriminatory; but a distinction that fails to respond to the actual capacities and needs of the members of the group will often be discriminatory. Stereotyping or prejudice can play a critical role if the impugned law furthers stereotypes and prejudicial notions or stigmatizing ideas about members of a protected group, and, in so doing, perpetuates the disadvantage they experience. With regard to the evidentiary burden at step two, the claimant need not prove that the legislature intended to discriminate, a court may take judicial notice of notorious and undisputed facts, and courts may infer that a law has a discriminatory effect, where such an inference is supported by the available evidence.

In addition, to determine whether a distinction is discriminatory under the second step, courts should consider the broader legislative context. Relevant considerations

contestée et son effet discriminatoire, mais il n'a pas besoin de prouver pourquoi la loi contestée a cet effet. Deux types d'éléments de preuve sont utiles : les éléments de preuve portant sur tous les éléments contextuels de la situation du groupe de demandeurs et les éléments de preuve sur les conséquences pratiques de la loi ou politique contestée. Idéalement, les allégations de discrimination par suite d'un effet préjudiciable devraient s'appuyer sur les deux types d'éléments de preuve. Pour réaliser concrètement la promesse du par. 15(1), toutefois, il ne devrait pas être indûment difficile pour le demandeur de s'acquitter de son fardeau de preuve. Les tribunaux devraient garder à l'esprit que : aucune forme particulière de preuve n'est requise; le demandeur n'a pas à démontrer que la loi ou la mesure de l'État contestée était la seule ou la principale cause de l'effet disproportionné; le lien de causalité peut être établi par une inférence raisonnable; les preuves scientifiques de causalité devraient être examinées attentivement; et les preuves scientifiques nouvelles ne devraient être admises que si elles ont un fondement fiable.

La deuxième étape vise à déterminer si cet effet impose des fardeaux ou refuse des avantages d'une manière qui a pour effet de renforcer, de perpétuer ou d'accentuer un désavantage. Toute distinction n'est pas discriminatoire. Les tribunaux doivent examiner les désavantages historiques ou systémiques dont a fait l'objet le groupe demandeur. Le fait de laisser subsister un tel désavantage n'est pas suffisant en soi pour satisfaire à l'exigence de la deuxième étape : une incidence négative ou l'aggravation de la situation est nécessaire. Plusieurs facteurs peuvent aider à déterminer si le demandeur s'est déchargé du fardeau qui lui incombait à la deuxième étape : l'arbitraire, les préjugés et les stéréotypes. En ce qui a trait à l'arbitraire, une distinction fondée sur les capacités réelles d'une personne sera rarement discriminatoire; mais une distinction qui ne répond pas aux capacités et aux besoins concrets des membres du groupe sera souvent discriminatoire. Les stéréotypes ou préjugés peuvent jouer un rôle déterminant si la loi contestée encourage les stéréotypes et les préjugés ou les idées stigmatisantes à propos des membres d'un groupe protégé et, ce faisant, elle perpétue le désavantage que subissent ces personnes. Pour ce qui est du fardeau de preuve à la deuxième étape, le demandeur n'a pas à prouver que le législateur avait l'intention de discriminer, le tribunal peut prendre connaissance d'office de faits notoires et non contestés, et il peut inférer qu'une loi a un effet discriminatoire lorsqu'une telle inférence est étayée par la preuve disponible.

En outre, pour déterminer si une distinction est discriminatoire à la deuxième étape de l'analyse, les tribunaux devraient également tenir compte du contexte législatif plus

include: the objects of the scheme, whether a policy is designed to benefit a number of different groups, the allocation of resources, particular policy goals sought to be achieved, and whether the lines are drawn mindful as to those factors. A contextual approach is particularly significant when analyzing the constitutionality of sentencing regimes. As for the scope of the government's obligation under s. 15(1), there is no general, positive obligation on the state to remedy social inequalities or enact remedial legislation, nor is the legislature bound to its current policies. Furthermore, when the state does legislate to address inequality, it can do so incrementally.

In the instant case, S has not satisfied her burden at the first step, and thus there is no need to consider step two. Section 15(1) is not infringed. The impugned provisions do not create or contribute to a disproportionate impact on S as an Indigenous offender. While the crisis of Indigenous incarceration is undeniable, S adduced no statistical information to demonstrate that the impugned provisions create or contribute to increased imprisonment of Indigenous offenders, relative to non-Indigenous offenders. The sentencing judge was required to, and did, take account of the particular circumstances of Indigenous offenders, and that is what Parliament has directed in s. 718.2(e). However, this provision does not guarantee that Indigenous offenders will not receive carceral sentences. While it sets out an important policy, it is a legislative provision, not a constitutional imperative.

With respect to s. 7, the impugned provisions limit S's liberty interests; the question is whether they do so in a manner that accords with the principles of fundamental justice — i.e., whether they are arbitrary or overbroad. As the law's purpose is the principal reference point, its proper identification is crucial. It is important to characterize this purpose at the appropriate level of generality, and the framing of purpose must be precise and succinct. The most significant and reliable indicator would be a statement of purpose within the subject law, but courts can also look to the text, context, and scheme of the legislation, and extrinsic evidence. Extrinsic evidence should be used with caution: statements of purpose in the legislative record may be rhetorical and imprecise, or poor indicators of purpose. What is to be identified is Parliament's purpose, not the purposes of its individual members. Courts should strive

large. Constituent notamment des facteurs pertinents : les objets du régime, la question de savoir si la politique est conçue dans l'intérêt de divers groupes, l'affectation des ressources, les objectifs d'intérêt public particuliers visés par le législateur et la question de savoir si les limites prévues par le régime tiennent compte de ces facteurs. L'approche contextuelle est particulièrement importante lorsqu'on analyse la constitutionnalité d'un régime de détermination de la peine. Quant à la portée des obligations que le par. 15(1) impose à l'État, celui-ci n'a pas une obligation positive générale de remédier aux inégalités sociales ou d'adopter des lois réparatrices, et le législateur n'est pas non plus tenu de maintenir ses politiques actuelles. Qui plus est, lorsque l'État légifère pour s'attaquer à des inégalités, il peut procéder de manière graduelle.

En l'espèce, S ne s'est pas acquittée du fardeau qui lui incombait à la première étape et, par conséquent, il n'est pas nécessaire d'examiner la deuxième étape. Il n'y a pas violation du par. 15(1). Les dispositions contestées n'ont pas un effet disproportionné sur S en tant que délinquante autochtone et elles ne contribuent pas à créer un tel effet. Bien que la crise relative à l'incarcération des Autochtones soit indéniable, S n'a produit aucune donnée statistique pour démontrer que les dispositions contestées ont pour effet d'accroître l'emprisonnement des délinquants autochtones pour les infractions pertinentes par rapport aux délinquants non autochtones ou qu'elles contribuent à un tel effet. Le juge chargé de la détermination de la peine devait tenir compte de la situation particulière des délinquants autochtones, ce qu'il a fait, et c'est ce que le Parlement a prescrit à l'al. 718.2e). Toutefois, cette disposition ne garantit pas que les délinquants autochtones sont à l'abri de peines d'emprisonnement. Bien qu'elle énonce un principe important, il s'agit d'une disposition législative, et non d'un impératif constitutionnel.

En ce qui concerne l'art. 7, les dispositions contestées limitent le droit à la liberté de S; la question qui se pose est de savoir si elles limitent ce droit d'une manière conforme aux principes de justice fondamentale — c.-à-d., si elles sont arbitraires ou ont une portée excessive. Comme l'objet de la règle de droit est le principal point de référence, il est crucial de bien l'identifier. Il est important de qualifier cet objet en fonction du bon degré de généralité, et la formulation de l'objet doit être précise et succincte. L'indicateur le plus significatif et le plus fiable serait un énoncé de l'objet dans la loi applicable, mais le tribunal peut également tenir compte du texte, du contexte et de l'économie de la loi, de même que d'éléments de preuve extrinsèques. La preuve extrinsèque doit être utilisée avec prudence : dans un dossier législatif, l'énoncé de l'objet peut se révéler rhétorique et imprécis ou peut s'avérer un

to arrive at a precise and succinct statement that faithfully represents the legislative purpose. Overly broad statements can artificially make impugned provisions unassailable to arguments of overbreadth or arbitrariness. In the instant case, it is clear, from the text, context, scheme and extrinsic evidence, that the purpose of the amendments was to enhance consistency in the conditional sentencing regime by making imprisonment the typical punishment for certain serious offences. The means by which Parliament achieved this purpose was to remove the availability of a conditional sentence for those offences. The effect of the amendments is to reduce the number of sentences served in the community.

A law is overbroad when it imposes limits in a manner that is not rationally connected to the purpose of the law. Given the impugned provisions' purpose, they are not overbroad. First, maximum sentence is a suitable proxy for offence seriousness. Second, the definition of a serious offence is a normative assessment for which Parliament must be granted significant leeway. Finally, the seriousness of an offence should not be confused with the circumstances of an offender; while the circumstances which led S to import drugs are tragic and attenuate her moral culpability, those facts do not make her offence any less serious.

As for arbitrariness, it exists where there is no connection between the effect of a provision and its purpose. The impugned provisions are not arbitrary. Their purpose is to enhance consistency in the conditional sentencing regime by making imprisonment the typical punishment for certain serious offences. Where a sentencing judge determines that jail is warranted, offenders convicted of those offences will serve their sentences in jail, rather than in the community. There is an obvious connection between the effect of the provisions and their purpose, and S's rights are thus not limited arbitrarily.

Per Karakatsanis, Martin, Kasirer and Jamal JJ. (dissenting): In 1999, the Court called Indigenous overincarceration a crisis in the Canadian criminal justice system. Since then, Indigenous incarceration rates have climbed and those of Indigenous women have soared. Overincarceration is an ongoing source of intergenerational harm to families and

mauvais indicateur de l'intention. Ce qu'il faut déterminer, c'est l'objectif du Parlement, et non l'intention des députés qui le composent. Le tribunal devrait s'efforcer d'en arriver à un énoncé précis et succinct qui représente fidèlement l'objet législatif. Des énoncés de l'objet trop larges peuvent artificiellement mettre les dispositions contestées à l'abri de toute contestation fondée sur la portée excessive ou le caractère arbitraire. En l'espèce, il ressort clairement du texte, du contexte et de l'économie de la loi, ainsi que de la preuve extrinsèque, que les modifications avaient pour objet de renforcer la cohérence du régime d'octroi du sursis à l'emprisonnement en faisant de l'emprisonnement la peine habituellement infligée pour certaines infractions graves. Le moyen choisi par le Parlement pour atteindre cet objet consistait à supprimer l'admissibilité à l'emprisonnement avec sursis pour ces infractions. Les modifications ont pour effet de réduire le nombre de peines qui sont purgées au sein de la collectivité.

Une loi a une portée excessive lorsqu'elle impose des limites d'une manière qui n'a aucun lien rationnel avec son objet. Étant donné l'objet des dispositions contestées, elles n'ont pas une portée excessive. Premièrement, la peine maximale est un indicateur approprié de la gravité de l'infraction. Ensuite, la définition d'une infraction grave représente une appréciation normative à l'égard de laquelle le Parlement doit disposer d'une grande marge de manœuvre. Enfin, il ne faut pas confondre la gravité de l'infraction et la situation du délinquant; bien que les circonstances ayant amené S à importer des drogues soient tragiques et que sa culpabilité morale s'en trouve atténuée, ces faits ne rendent pas moins grave l'infraction qu'elle a commise.

Pour ce qui est du caractère arbitraire, une disposition est arbitraire lorsqu'il n'y a pas de lien entre l'effet de la disposition et son objet. Les dispositions contestées ne sont pas arbitraires. Elles visent à renforcer la cohérence du régime d'octroi du sursis à l'emprisonnement en faisant de l'emprisonnement la peine habituellement infligée pour certaines infractions graves. Lorsqu'un juge détermine que l'emprisonnement est justifié, les délinquants reconnus coupables de ces infractions purgeront leur peine en prison plutôt que dans la collectivité. Il y a un lien évident entre l'effet des dispositions et leur objet, et les droits de S ne sont donc pas limités arbitrairement.

Les juges Karakatsanis, Martin, Kasirer et Jamal (dissidents) : En 1999, la Cour a qualifié la surincarcération des Autochtones de crise dans le système canadien de justice pénale. Depuis, on a constaté l'augmentation du taux d'incarcération des Autochtones et la hausse en flèche du nombre de femmes autochtones incarcérées. La

communities and a striking sign of the discrimination that Indigenous peoples experience in the criminal justice system. Sentencing law is uniquely positioned to ameliorate the racial inequalities in Canada's criminal justice system. Ensuring that Canadian sentencing provisions are consistent with the liberty and equality guarantees under the *Charter* is therefore essential. The Court is required to do so in the instant case.

The appeal should be dismissed. Sections 742.1(c) and 742.1(e)(ii) are unconstitutional. They infringe s. 7 because they deprive some individuals of their liberty in a manner that is overbroad: by using maximum sentences as a proxy for the seriousness of an offence, capturing the most and the least serious criminal conduct, they overstep their aim of punishing more serious offences with incarceration. They also infringe s. 15(1) because they impair the remedial effect of s. 718.2(e) — which directs judges to consider alternatives to imprisonment "with particular attention to the circumstances of Aboriginal offenders" — in a manner that creates a distinction on the basis of race, and that reinforces, perpetuates, and exacerbates the historical disadvantages of Indigenous people.

With respect to s. 7 of the *Charter*, incarceration would deprive S of her liberty. The question is whether the deprivation conforms to the principles of fundamental justice, including the principle that a law that deprives a person of life, liberty or security must not be overbroad. Overbreadth occurs where there is no rational connection between the law's purposes and some of its impacts. This requires identifying the purpose and the scope of the law to determine whether it goes too far by sweeping conduct into its ambit that bears no relation to its objective.

The first step is to determine the purpose of the challenged provisions. The purpose's framing should focus on the ends of the legislation rather than on its means, be at an appropriate level of generality and capture the main thrust of the law in precise and succinct terms. Discerning the purpose requires considering the stated objective in the legislation, if any; the text, context and scheme of the legislation; and extrinsic evidence. In the instant case, Parliament's purpose was to ensure offenders who commit more serious offences serve prison time. This purpose strikes

surincarcération perpétue de génération en génération les torts causés aux familles et aux collectivités autochtones et témoigne de façon éloquente de la discrimination que subissent les peuples autochtones dans le système de justice pénale. Le droit relatif à la détermination de la peine est particulièrement bien placé pour contribuer à atténuer les inégalités raciales dans le système de justice pénale canadien. Il est donc essentiel de veiller à ce que les dispositions canadiennes en matière de détermination de la peine soient compatibles avec les droits à la liberté et à l'égalité garantis par la *Charte*. La présente affaire oblige la Cour à s'atteler à cette tâche.

Le pourvoi devrait être rejeté. L'alinéa 742.1c) et le sous-al. 742.1e)(ii) sont inconstitutionnels. Ils contreviennent à l'art. 7 parce qu'ils privent certaines personnes de leur liberté de manière excessive : en utilisant les peines maximales comme indicateur de la gravité de l'infraction, englobant ainsi tant les comportements criminels les plus graves que les moins graves, ils dépassent leur objectif de réprimer les infractions plus graves par l'incarcération. Ils enfreignent également le par. 15(1) en affaiblissant l'effet réparateur de l'al. 718.2e) — qui oblige les juges à examiner les sanctions substitutives à l'emprisonnement « plus particulièrement en ce qui concerne les délinquants autochtones » — d'une manière qui crée une distinction fondée sur la race, et qui a pour effet de renforcer, de perpétuer et d'accentuer les désavantages historiques subis par les peuples autochtones.

En ce qui a trait à l'art. 7 de la *Charte*, l'incarcération priverait S de sa liberté. Il s'agit de savoir si cette privation est conforme aux principes de justice fondamentale, notamment le principe selon lequel la disposition législative qui porte atteinte au droit d'une personne à la vie, à la liberté ou à la sécurité ne doit pas avoir une portée excessive. Il y a portée excessive lorsqu'il n'existe aucun lien rationnel entre les objets de la disposition et certains de ses effets. Cela suppose de définir l'objet et la portée de la disposition contestée pour déterminer si elle va trop loin en faisant tomber sous le coup de son application un comportement qui n'a aucun rapport avec son objectif.

La première étape consiste à déterminer l'objet des dispositions contestées. La formulation de l'objet devrait s'attacher aux fins visées par la loi plutôt qu'aux moyens choisis pour les réaliser, et elle devrait présenter un niveau approprié de généralité et énoncer l'idée maîtresse du texte de loi en termes précis et succincts. Pour discerner l'objectif, il faut tenir compte de l'objectif énoncé, le cas échéant, dans la loi, ainsi que du texte, du contexte et de l'économie de la loi et d'éléments de preuves extrinsèques. En l'espèce, l'intention qu'avait le Parlement était de faire en sorte que

the appropriate balance between precision and generality, without conflating the means with the ends, nor amounting to a virtual repetition of the provisions.

The second step asks whether the law goes further than reasonably necessary to achieve its legislative goals. The ultimate question is whether the law violates basic norms because there is no connection between its purpose and an effect. In the instant case, Parliament used maximum sentences as the gauge of the seriousness of an offence. But maximum sentences only show that an offence is potentially serious, not that it is necessarily so. Maximum sentences are a flawed proxy for the gravity of offences, which can be committed in circumstances ranging in severity. While maximum sentences provide general guidance, and can assist in setting sentencing ranges, that guidance only goes so far in individual cases. A fit sentence is always defined by the totality of circumstances. As well, the s. 7 analysis cannot simply defer to Parliament's choices about crime and punishment. There is nothing novel, unwieldy, or unsound about subjecting sentencing law to constitutional scrutiny.

Sections 742.1(c) and 742.1(e)(ii) are overbroad and constitute *prima facie* infringement of s. 7 of the *Charter*. They exceed their purpose in applying to offences committed at the lowest range of severity, and in having some effects that bear no relation to their aim. They target more serious offences through the proxy of maximum sentences, yet they capture conduct for which the maximum sentence would far overshoot the offence's gravity. This impact bears no connection to the provisions' purpose. Since the provisions are overbroad, it is unnecessary to address whether they are also arbitrary.

To succeed under s. 15(1), a claimant must show that the law or state action, on its face or in its impact, creates a distinction based on enumerated or analogous grounds, and imposes burdens or denies a benefit in a manner that has the effect of reinforcing, perpetuating, or exacerbating disadvantage. While distinct, the two steps may overlap; the same facts that illustrate a distinction may also illustrate its discriminatory character. The evidentiary requirements vary with the context. When a law creates a facial distinction,

les délinquants qui commettent des infractions plus graves purgent leur peine en prison. Cet objectif crée un juste équilibre entre la précision et la généralité, sans confondre la fin avec les moyens ni constituer une quasi-répétition des dispositions.

La deuxième étape consiste à déterminer si la disposition législative va au-delà de ce qui est raisonnablement nécessaire pour atteindre ses objectifs législatifs. Il s'agit au fond de déterminer si la disposition en cause viole des normes fondamentales du fait de l'absence de lien entre son objet et son effet. En l'espèce, le Parlement a utilisé les peines maximales pour mesurer la gravité de l'infraction. Mais les peines maximales indiquent seulement qu'une infraction est potentiellement grave, non pas qu'elle est nécessairement grave. Les peines maximales ne sont pas un bon indicateur de la gravité des infractions, qui peuvent être commises dans des circonstances de gravité variable. Bien que les peines maximales fournissent des indications générales et peuvent aider le tribunal à établir la fourchette des peines, l'utilité de ces indications est limitée dans les cas individuels. La peine juste est toujours définie en fonction de l'ensemble des circonstances. En outre, dans le cadre de l'analyse fondée sur l'art. 7, on ne peut simplement faire preuve de déférence à l'égard des choix du Parlement en matière de criminalité et de châtiments. Il n'y a rien de nouveau, d'encombrant ou d'irrationnel à soumettre des dispositions législatives portant sur la détermination de la peine à un contrôle constitutionnel.

L'alinéa 742.1c) et le sous-al. 742.1e)(ii) ont une portée excessive et constituent une violation *prima facie* de l'art. 7 de la *Charte*. Ils vont au-delà de leur objet parce qu'ils s'appliquent aux infractions dont le degré de gravité est des plus faible et ont certains effets qui n'ont aucun rapport avec leur objectif. Ils visent les infractions les plus graves par le truchement de l'indicateur que constitue la peine maximale, mais ils s'appliquent à des actes pour lesquels la peine maximale constituerait une sanction qui va bien au-delà de la gravité de l'infraction. Cet impact n'a aucun rapport avec l'objectif des dispositions. Comme les dispositions ont une portée excessive, il n'est pas nécessaire de déterminer si elles sont également arbitraires.

Pour avoir gain de cause en vertu du par. 15(1), le demandeur doit démontrer que la loi ou l'acte de l'État crée, à première vue ou de par son effet, une distinction fondée sur un motif énuméré ou analogue, et impose un fardeau ou nie un avantage d'une manière qui a pour effet de renforcer, de perpétuer ou d'accentuer le désavantage. Bien que distinctes, les deux étapes peuvent se chevaucher; les mêmes faits qui illustrent une distinction peuvent également en démontrer le caractère discriminatoire. Les exigences

the test can be satisfied by reading the relevant text. But claimants in adverse impact cases must show that although the law purports to treat everyone the same, it has a disproportionately negative impact that can be identified by factors relating to enumerated or analogous grounds. For both steps, courts may take judicial notice of social facts where appropriate.

The first step is not a preliminary merits screen, nor an onerous hurdle designed to weed out claims on technical bases; it is aimed at ensuring that those who access the protection of s. 15(1) are those it is designed to protect. The test makes clear that step one only requires a distinction based on a protected ground. Although a distinction can be proven in different ways, evidence of the situation of the claimant group and the physical, social, cultural or other barriers they face, and evidence about the outcomes that the impugned law or policy has produced in practice, are particularly helpful. Ideally, adverse impact claims should be supported by both kinds of evidence, but both are not always required. And while evidence of statistical disparity and of broader group disadvantage may assist, neither is mandatory.

The second step considers the impact of the distinction, asking whether the law has the effect of reinforcing, perpetuating, or exacerbating disadvantage. Claimants may, but need not, prove that the distinction is arbitrary or perpetuates prejudicial or stereotypical attitudes. And while a challenged law may satisfy step two by widening a group's disadvantage, a law may discriminate without aggravating that disadvantage. What matters is the claimant group's situation and the actual impact of the law on that situation. This means the state's intentions are not decisive — the state can discriminate without intending to. Nor is the absence of differential treatment decisive — discrimination may also arise from a failure to take into account the true characteristics of a disadvantaged group. In practice, true equality may sometimes demand differential treatment, and not every distinction is discriminatory. Even where legislative amendments do produce discriminatory effects, the *Charter* invites the state to justify rights limitations under s. 1. Section 15(1) is not a complete code; it must be read together with s. 1. The fault-line of the division

en matière de preuve varient selon le contexte. Lorsqu'une loi établit à première vue une distinction, on peut en règle générale satisfaire à ce critère en prenant connaissance du texte applicable. Mais, dans une affaire de discrimination par suite d'un effet préjudiciable, le demandeur doit démontrer que bien qu'elle prévoie un traitement égal pour tous, la loi a un effet négatif disproportionné identifiable par des facteurs liés à des motifs énumérés ou analogues. Aux deux étapes, les tribunaux peuvent prendre connaissance d'office de certains faits sociaux lorsque la situation s'y prête.

La première étape ne constitue ni une étape de filtrage initial sur le fond, ni un lourd obstacle visant à écarter certaines demandes pour des motifs techniques; son objectif consiste à faire en sorte que les personnes bénéficiant de la protection du par. 15(1) sont celles qu'il est censé protéger. Le critère indique clairement que la première étape n'exige que la démonstration qu'une loi ou une politique crée une distinction fondée sur un motif protégé. Même si une distinction peut se prouver de différentes façons, les éléments de preuve sur la situation du groupe de demandeurs et sur les obstacles, notamment physiques, sociaux ou culturels auxquels ils sont confrontés, et les éléments de preuve sur les conséquences pratiques de la loi ou politique contestée sont particulièrement utiles. Idéalement, les allégations de discrimination par suite d'un effet préjudiciable doivent être étayées par des éléments de preuve sur ces deux aspects, mais les deux types d'éléments de preuve ne sont pas toujours requis. Et, même si tant une preuve de disparité statistique qu'une preuve de désavantage sur le groupe dans son ensemble peuvent s'avérer utiles, ni l'une ni l'autre n'est obligatoire.

À la deuxième étape, l'analyse porte sur l'impact de la distinction, et la question est de savoir si la loi a pour effet de renforcer, de perpétuer ou d'accentuer un désavantage. Il est loisible au demandeur de prouver que la distinction est arbitraire ou qu'elle perpétue une attitude imbue de préjugés ou de stéréotypes, mais il n'est pas tenu de le faire. Et si la loi contestée peut satisfaire à la deuxième étape du fait qu'elle accentue le désavantage subi par le groupe, une loi peut être discriminatoire sans accentuer ce désavantage. Ce qui importe, c'est la situation du groupe de demandeurs et l'effet réel de la mesure législative sur leur situation. Cela signifie que les intentions de l'État ne sont pas décisives; l'État peut discriminer sans en avoir l'intention. L'absence de différence de traitement n'est pas non plus déterminante : la discrimination peut également découler de l'omission de tenir compte des véritables caractéristiques d'un groupe défavorisé. En pratique, l'égalité véritable peut parfois exiger un traitement différent, et toutes les distinctions ne sont pas discriminatoires. Même lorsque les modifications apportées par le législateur créent

between them is justification, which falls to the state. A fair burden on claimants is only to show that there is a discriminatory impact. The state then bears the burden of justifying its choices and goals.

The majority seeks to revise this framework. The thrust of its revisions is to raise the bars at each step of the test: by renewing focus on causation, which adds nothing to the existing framework and recalls rejected pre-*Charter* approaches; by eschewing the test's language of "create a distinction" for more ambiguous "created or contributed to a disproportionate impact"; by claiming that leaving the situation of a claimant group unaffected is insufficient to meet step two of the test; by importing elements of state justification into step two; by pre-emptively foreclosing the possibility of general, positive obligations on the state to remedy social inequalities or enact remedial legislation; by asserting, without support, that it is not enough to show that the law restricts an ameliorative program at step one; and by diminishing the role of interveners. These revisions are unsolicited, unnecessary, and contrary to *stare decisis*, and would dislodge foundational premises of the existing jurisprudence.

In the instant case, S has satisfied both stages of the s. 15(1) test. The first question is whether ss. 742.1(c) and 742.1(e)(ii), on their face or in their impact, create a distinction based on enumerated or analogous grounds. The provisions impair an accommodation — the remedial function of s. 718.2(e) — in a manner that differentially impacts Indigenous offenders. This flows not from the mere existence of historical disadvantage, but from the combined effect of ss. 718.2(e) and 742.1. Conditional sentences under s. 742.1 benefitted a specific sector of Indigenous offenders: those for whom probation was too lenient, but prison too harsh. They allowed courts to integrate Indigenous visions of justice into community-based sanctions. Together with s. 718.2(e), they provided an ameliorative measure that was intended to facilitate the substantive equality mandate under s. 718.2(e) and reduce the overrepresentation of Indigenous offenders in prison. While s. 718.2(e) does not specifically instruct courts to consider a conditional sentence for an Indigenous offender, excluding conditional sentences from its ambit would greatly diminish

effectivement des effets discriminatoires, la *Charte* invite l'État à justifier les limites apportées à des droits au regard de l'article premier. Le paragraphe 15(1) n'est pas un code complet en soi; il doit être interprété conjointement avec l'article premier. Le clivage entre ces deux dispositions réside dans la justification de la mesure, une démonstration qui incombe à l'État. Le fardeau équitable imposé aux demandeurs consiste uniquement à démontrer l'existence d'un effet discriminatoire. Il incombe alors à l'État de justifier ses choix et ses objectifs.

Les juges majoritaires cherchent à revoir ce cadre d'analyse. L'objectif de leurs révisions est d'élever le seuil à chaque étape du critère : en renouvelant l'accent mis sur le lien de causalité — ce qui n'ajoute rien au cadre actuel et rappelle les approches antérieures à la *Charte* qui ont été rejetées; en délaissant le libellé du critère — « crée une distinction » — au profit des termes plus ambigus « a créé un effet disproportionné ou y a contribué »; en affirmant que le fait de laisser subsister le désavantage du groupe demandeur n'est pas suffisant en soi pour satisfaire à la deuxième étape du critère; en intégrant à la deuxième étape des éléments de justification de la part de l'État; en écartant d'emblée toute obligation positive générale de l'État de remédier aux inégalités sociales ou d'adopter des lois réparatrices; en affirmant, sans étayer leur affirmation, qu'il n'est pas suffisant de démontrer que la loi restreint l'accès à un programme améliorateur à la première étape; et en minimisant le rôle des intervenants. Ces révisions sont non sollicitées, inutiles et contraires à la règle du *stare decisis*, et elles écarteraient des prémisses fondamentales de la jurisprudence actuelle.

En l'espèce, S a satisfait aux deux étapes du critère du par. 15(1). La première question est de savoir si l'al. 742.1c) et le sous-al. 742.1e)(ii) créent, à première vue ou de par leur effet, une distinction fondée sur un motif énuméré ou analogue. Les dispositions portent atteinte à un accommodement — la fonction réparatrice de l'al. 718.2e) — d'une manière qui touche différemment les délinquants autochtones. Cela ne découle pas de la simple existence d'un désavantage historique, mais de l'effet combiné de l'al. 718.2e) et de l'art. 742.1. Les peines d'emprisonnement avec sursis prévues à l'art. 742.1 se sont avérées avantageuses pour une tranche bien précise de délinquants autochtones : ceux pour qui la probation était une mesure trop clémente, mais la prison une sanction trop sévère. Elles ont permis aux tribunaux d'intégrer les perspectives autochtones de la justice dans les sanctions purgées dans la collectivité. Avec l'al. 718.2e), elles ont fourni une mesure d'amélioration qui visait à faciliter l'acquittement du mandat d'égalité réelle prévu à l'al. 718.2e) et à réduire la surreprésentation des délinquants autochtones en prison.

its remedial purpose. Prohibiting the use of conditional sentences for some Indigenous offenders undermined the specific accommodation offered by s. 718.2(e): that is, a different sentencing methodology that was animated by their unique needs and circumstances. Given the relationship between s. 718.2(e) and ss. 742.1(c) and 742.1(e)(ii), the challenged provisions necessarily impact Indigenous offenders differently; a distinction arises from the interaction of these provisions, against a backdrop of facts of which courts must take judicial notice. Further evidence is not required because the distinction is plain.

The next question is whether the law imposes a burden or denies a benefit in a manner that has the effect of reinforcing, perpetuating, or exacerbating disadvantage. The claimant group's historical position of disadvantage in the instant case is a matter of judicial notice and the vast overrepresentation of Indigenous peoples in prisons is well-established. This position of disadvantage is worse still for Indigenous women, many of whom continue to face multiple and compounding forms of discrimination. Conditional sentences were never meant to be a catch-all solution. But by impairing the *Gladue* framework, the challenged provisions removed an accommodation capable of ameliorating, to some degree, these historical disadvantages for S and other Indigenous offenders, which reinforces, perpetuates, and exacerbates their disadvantage. First, the impugned provisions logically require sentencing judges to impose more prison sentences than they otherwise would. For Indigenous offenders whose background conditions make them especially unfit for prison, this only compounds their disadvantage. Second, the provisions deny offenders a sentencing option that better accords with Indigenous visions of justice, as conditional sentences better facilitate activities that reflect sacred connection between Indigenous people and the natural world. By leaving no other realistic option but prison, ss. 742.1(c) and 742.1(e)(ii) remove an important tool, and sometimes the only tool, for judges to realize restorative justice principles necessary to craft a fair sentence for Indigenous offenders. This not only perpetuates overrepresentation, but perpetuates cultural loss, dislocation, and community fragmentation. Substantive equality demands a different approach — one that considers the types of sentencing sanctions which may be

Bien que l'al. 718.2e) ne donne pas expressément pour instruction au tribunal d'envisager d'infliger une peine d'emprisonnement avec sursis à l'égard d'un délinquant autochtone, l'exclusion des peines d'emprisonnement avec sursis de son champ d'application aurait pour effet de miner considérablement son objectif réparateur. L'interdiction du recours à l'emprisonnement avec sursis pour certains délinquants autochtones a porté atteinte à l'accommodement spécifique qu'offrait l'al. 718.2e), c'est-à-dire une méthode différente de détermination de la peine guidée par leurs besoins et leur situation uniques. Compte tenu du rapport qui existe entre, d'une part, l'al. 718.2e) et, d'autre part, l'al. 742.1c) et le sous-al. 742.1e)(ii), les dispositions contestées ont nécessairement un effet différent sur les délinquants autochtones. Une distinction découle de la façon dont ces dispositions interagissent dans un contexte factuel dont les tribunaux doivent prendre connaissance d'office. Il n'est pas nécessaire de présenter d'autres éléments de preuve parce que la distinction est claire.

Il faut ensuite se demander si la loi impose un fardeau ou nie un avantage d'une manière qui a pour effet de renforcer, de perpétuer ou d'accentuer un désavantage. La situation historiquement désavantageuse du groupe de demandeurs en l'espèce est un enjeu dont il faut prendre connaissance d'office, et la vaste surreprésentation des Autochtones dans les prisons est un fait bien établi. Cette situation désavantageuse est encore pire pour les femmes autochtones, dont bon nombre continuent de faire face à des formes de discrimination multiples et aggravées. Les peines d'emprisonnement avec sursis n'ont jamais été conçues comme une solution universelle. Mais en affaiblissant le cadre d'analyse de l'arrêt *Gladue*, les dispositions contestées ont supprimé un accommodement susceptible de réduire, dans une certaine mesure, ces désavantages historiques pour S et d'autres délinquants autochtones, ce qui renforce, perpétue et accentue leurs désavantages. Premièrement, les dispositions contestées obligent logiquement les juges chargés de la détermination de la peine à infliger un plus grand nombre de peines d'emprisonnement qu'ils ne le feraient autrement. Dans le cas des délinquants autochtones dont les antécédents les rendent particulièrement inaptes à la prison, cela ne fait qu'aggraver le désavantage qu'ils ont subi. Deuxièmement, les dispositions privent les délinquants de la possibilité de se voir infliger une peine qui correspond davantage aux visions autochtones de la justice, puisque les peines d'emprisonnement avec sursis facilitent davantage des activités qui reflètent le lien sacré entre les peuples autochtones et le monde naturel. En ne laissant aucune autre option réaliste que l'incarcération, l'al. 742.1c) et le sous-al. 742.1e)(ii) suppriment un outil important, qui constitue parfois le seul dont disposent les

appropriate in the circumstances for the offender because of their Aboriginal heritage or connection.

The limitations on ss. 7 and 15(1) are not justified under s. 1. The Crown must demonstrate that the legislative objective is pressing and substantial, and that the means chosen are proportional to that objective, in that: (1) they are rationally connected to that objective; (2) they are minimally impairing of the right; and (3) there is proportionality between the deleterious and salutary effects of the law. While the provisions at issue serve a pressing and substantial objective, and while there is a rational connection between ensuring serious crimes are punished by incarceration and removing the possibility of conditional sentences for certain offences, the provisions are not minimally impairing. The state must show that there is no less drastic means of achieving the objective; but the Crown has not shown this in respect of either breach. Nor are the provisions' salutary effects proportionate to their deleterious effects. The Crown has led no evidence to suggest that the benefits to incarcerating those offenders who were formerly eligible for a conditional sentence outweigh the costs to their liberty. And the costs to the equality interests of Indigenous peoples are still more profound, since they may include separation from one's community, work or family — harms only exacerbated in the case of young single mothers — while contributing to the continued overrepresentation of Indigenous offenders in prison. The state has not met its burden under s. 1.

Cases Cited

By Brown and Rowe JJ.

Considered: *R. v. Gladue*, [1999] 1 S.C.R. 688; *R. v. Proulx*, 2000 SCC 5, [2000] 1 S.C.R. 61; *R. v. C.P.*, 2021 SCC 19, [2021] 1 S.C.R. 679; *Fraser v. Canada (Attorney General)*, 2020 SCC 28, [2020] 3 S.C.R. 113; *Kahkewistahaw First Nation v. Taypotat*, 2015 SCC 30,

juges pour concrétiser les principes de justice réparatrice nécessaires au façonnement d'une peine équitable dans le cas des délinquants autochtones. Cet état de fait perpétue non seulement la surreprésentation, mais aussi les pertes culturelles, l'éclatement et la fragmentation des communautés. L'égalité réelle commande une approche différente, qui tient compte des types de sanctions dans la détermination de la peine qui, dans les circonstances, peuvent être appropriées à l'égard du délinquant en raison de son héritage ou de ses attaches autochtones.

Les limites imposées aux droits garantis par l'art. 7 et le par. 15(1) ne sont pas justifiées au sens de l'article premier. La Couronne doit démontrer que l'objet de la loi est urgent et réel et que les moyens choisis pour le réaliser sont proportionnels à cet objet, en ce que : (1) ils sont rationnellement liés à cet objet, (2) ils portent atteinte de façon minimale au droit, et (3) il y a proportionnalité entre les effets préjudiciables et les effets bénéfiques de la loi. Bien que les dispositions en cause visent un objectif urgent et réel, et bien qu'il existe un lien rationnel entre le fait de veiller à ce que les crimes graves soient punis par l'incarcération et la suppression de la possibilité de prononcer des peines d'emprisonnement avec sursis pour certaines infractions, les dispositions n'équivalent pas à une atteinte minimale. L'État doit démontrer qu'il n'y a pas de moyen moins attentatoire d'atteindre l'objectif; or, la Couronne n'a pas fait cette démonstration en ce qui concerne l'une ou l'autre violation. Il n'y a pas non plus de proportionnalité entre les effets bénéfiques des dispositions et leurs effets préjudiciables. La Couronne n'a présenté aucune preuve tendant à démontrer que les avantages de l'incarcération des délinquants qui étaient auparavant admissibles à une peine d'emprisonnement avec sursis l'emportent sur le prix qu'ils paient en perdant leur liberté. Et le prix que les Autochtones doivent payer en ce qui concerne leur droit à l'égalité est encore plus élevé, puisqu'ils risquent d'être séparés de leur communauté, de leur milieu de travail ou de leur famille — des préjudices forcément exacerbés dans le cas des jeunes mères célibataires — et que les dispositions contribuent à perpétuer la surreprésentation des délinquants autochtones dans les prisons. L'État ne s'est pas acquitté du fardeau qui lui incombe en application de l'article premier.

Jurisprudence

Citée par les juges Brown et Rowe

Arrêts examinés : *R. c. Gladue*, [1999] 1 R.C.S. 688; *R. c. Proulx*, 2000 CSC 5, [2000] 1 R.C.S. 61; *R. c. C.P.*, 2021 CSC 19, [2021] 1 R.C.S. 679; *Fraser c. Canada (Procureur général)*, 2020 CSC 28, [2020] 3 R.C.S. 113; *Première Nation de Kahkewistahaw c. Taypotat*, 2015 CSC

[2015] 2 S.C.R. 548; *Withler v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 12, [2011] 1 S.C.R. 396; *Quebec (Attorney General) v. Alliance du personnel professionnel et technique de la santé et des services sociaux*, 2018 SCC 17, [2018] 1 S.C.R. 464; **referred to:** *R. v. Wells*, 2000 SCC 10, [2000] 1 S.C.R. 207; *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143; *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497; *R. v. Kapp*, 2008 SCC 41, [2008] 2 S.C.R. 483; *Symes v. Canada*, [1993] 4 S.C.R. 695; *Weatherley v. Canada (Attorney General)*, 2021 FCA 158; *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573; *Operation Dismantle Inc. v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 441; *Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission)*, 2000 SCC 44, [2000] 2 S.C.R. 307; *Canada (Attorney General) v. Bedford*, 2013 SCC 72, [2013] 3 S.C.R. 1101; *Kazemi Estate v. Islamic Republic of Iran*, 2014 SCC 62, [2014] 3 S.C.R. 176; *R. v. Kokopenace*, 2015 SCC 28, [2015] 2 S.C.R. 398; *Griggs v. Duke Power Co.*, 401 U.S. 424 (1971); *R. v. J.-L.J.*, 2000 SCC 51, [2000] 2 S.C.R. 600; *R. v. Trochym*, 2007 SCC 6, [2007] 1 S.C.R. 239; *Quebec (Attorney General) v. A*, 2013 SCC 5, [2013] 1 S.C.R. 61; *Ontario (Attorney General) v. G*, 2020 SCC 38, [2020] 3 S.C.R. 629; *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624; *R. v. Ipeelee*, 2012 SCC 13, [2012] 1 S.C.R. 433; *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493; *R. v. Serov*, 2016 BCSC 636, 353 C.R.R. (2d) 264; *R. v. Chen*, 2021 BCSC 697; *Thibaudeau v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 627; *Auton (Guardian ad litem of) v. British Columbia (Attorney General)*, 2004 SCC 78, [2004] 3 S.C.R. 657; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229; *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679; *Gosselin v. Quebec (Attorney General)*, 2002 SCC 84, [2002] 4 S.C.R. 429; *R. v. Morgentaler*, [1993] 1 S.C.R. 462; *R. v. Barton*, 2019 SCC 33, [2019] 2 S.C.R. 579; *Mikisew Cree First Nation v. Canada (Minister of Canadian Heritage)*, 2005 SCC 69, [2005] 3 S.C.R. 388; *R. v. Marshall*, [1999] 3 S.C.R. 533; *R. v. Mabior*, 2012 SCC 47, [2012] 2 S.C.R. 584; *R. v. Lacasse*, 2015 SCC 64, [2015] 3 S.C.R. 1089; *Carter v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 5, [2015] 1 S.C.R. 331; *R. v. Safarzadeh-Markhali*, 2016 SCC 14, [2016] 1 S.C.R. 180; *R. v. Moriarity*, 2015 SCC 55, [2015] 3 S.C.R. 485; *Application under s. 83.28 of the Criminal Code (Re)*, 2004 SCC 42, [2004] 2 S.C.R. 248; *Canada (Attorney General) v. Whaling*, 2014 SCC 20, [2014] 1 S.C.R. 392; *R. v. Heywood*, [1994] 3 S.C.R. 761; *R. v. Appulonappa*, 2015 SCC 59, [2015] 3 S.C.R. 754; *R. v. M. (C.A.)*, [1996] 1 S.C.R. 500; *R. v. Friesen*, 2020 SCC 9, [2020] 1 S.C.R. 424; *R. v. Parranto*, 2021 SCC 46, [2021] 3 S.C.R. 366; *R. v. St-Cloud*, 2015 SCC 27, [2015] 2 S.C.R. 328; *Chiarelli v. Canada (Minister of Employment*

30, [2015] 2 R.C.S. 548; *Withler c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 12, [2011] 1 R.C.S. 396; *Québec (Procureure générale) c. Alliance du personnel professionnel et technique de la santé et des services sociaux*, 2018 CSC 17, [2018] 1 R.C.S. 464; **arrêts mentionnés :** *R. c. Wells*, 2000 CSC 10, [2000] 1 R.C.S. 207; *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497; *R. c. Kapp*, 2008 CSC 41, [2008] 2 R.C.S. 483; *Symes c. Canada*, [1993] 4 R.C.S. 695; *Weatherley c. Canada (Procureur général)*, 2021 CAF 158; *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573; *Operation Dismantle Inc. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 441; *Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, 2000 CSC 44, [2000] 2 R.C.S. 307; *Canada (Procureur général) c. Bedford*, 2013 CSC 72, [2013] 3 R.C.S. 1101; *Kazemi (Succession) c. République islamique d'Iran*, 2014 CSC 62, [2014] 3 R.C.S. 176; *R. c. Kokopenace*, 2015 CSC 28, [2015] 2 R.C.S. 398; *Griggs c. Duke Power Co.*, 401 U.S. 424 (1971); *R. c. J.-L.J.*, 2000 CSC 51, [2000] 2 R.C.S. 600; *R. c. Trochym*, 2007 CSC 6, [2007] 1 R.C.S. 239; *Québec (Procureur général) c. A*, 2013 CSC 5, [2013] 1 R.C.S. 61; *Ontario (Procureur général) c. G*, 2020 CSC 38, [2020] 3 R.C.S. 629; *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624; *R. c. Ipeelee*, 2012 CSC 13, [2012] 1 R.C.S. 433; *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493; *R. c. Serov*, 2016 BCSC 636, 353 C.R.R. (2d) 264; *R. c. Chen*, 2021 BCSC 697; *Thibaudeau c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 627; *Auton (Tutrice à l'instance de) c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, 2004 CSC 78, [2004] 3 R.C.S. 657; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229; *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679; *Gosselin c. Québec (Procureur général)*, 2002 CSC 84, [2002] 4 R.C.S. 429; *R. c. Morgentaler*, [1993] 1 R.C.S. 462; *R. c. Barton*, 2019 CSC 33, [2019] 2 R.C.S. 579; *Première nation crie Mikisew c. Canada (Ministre du Patrimoine canadien)*, 2005 CSC 69, [2005] 3 R.C.S. 388; *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 533; *R. c. Mabior*, 2012 CSC 47, [2012] 2 R.C.S. 584; *R. c. Lacasse*, 2015 CSC 64, [2015] 3 R.C.S. 1089; *Carter c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 5, [2015] 1 R.C.S. 331; *R. c. Safarzadeh-Markhali*, 2016 CSC 14, [2016] 1 R.C.S. 180; *R. c. Moriarity*, 2015 CSC 55, [2015] 3 R.C.S. 485; *Demande fondée sur l'art. 83.28 du Code criminel (Re)*, 2004 CSC 42, [2004] 2 R.C.S. 248; *Canada (Procureur général) c. Whaling*, 2014 CSC 20, [2014] 1 R.C.S. 392; *R. c. Heywood*, [1994] 3 R.C.S. 761; *R. c. Appulonappa*, 2015 CSC 59, [2015] 3 R.C.S. 754; *R. c. M. (C.A.)*, [1996] 1 R.C.S. 500; *R. c. Friesen*, 2020 CSC 9, [2020] 1 R.C.S. 424; *R. c. Parranto*, 2021 CSC 46, [2021] 3 R.C.S. 366; *R. c. St-Cloud*, 2015 CSC 27, [2015] 2 R.C.S. 328; *Chiarelli c.*

and Immigration), [1992] 1 S.C.R. 711; *R. v. Lloyd*, 2016 SCC 13, [2016] 1 S.C.R. 130; *R. v. Neary*, 2017 SKCA 29, [2017] 7 W.W.R. 730.

By Karakatsanis J. (dissenting)

Ewert v. Canada, 2018 SCC 30, [2018] 2 S.C.R. 165; *R. v. Ipeelee*, 2012 SCC 13, [2012] 1 S.C.R. 433; *R. v. Gladue*, [1999] 1 S.C.R. 688; *Canada (Attorney General) v. Bedford*, 2013 SCC 72, [2013] 3 S.C.R. 1101; *R. v. Moriarity*, 2015 SCC 55, [2015] 3 S.C.R. 485; *R. v. Neary*, 2017 SKCA 29, [2017] 7 W.W.R. 730; *R. v. Safarzadeh-Markhali*, 2016 SCC 14, [2016] 1 S.C.R. 180; *Carter v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 5, [2015] 1 S.C.R. 331; *R. v. Parranto*, 2021 SCC 46, [2021] 3 S.C.R. 366; *R. v. Laberge* (1995), 165 A.R. 375; *R. v. Morrisey*, 2000 SCC 39, [2000] 2 S.C.R. 90; *R. v. Sinclair* (1980), 3 Man. R. (2d) 257; *R. v. Cheddesingh*, 2004 SCC 16, [2004] 1 S.C.R. 433; *R. v. L.M.*, 2008 SCC 31, [2008] 2 S.C.R. 163; *R. v. Friesen*, 2020 SCC 9, [2020] 1 S.C.R. 424; *R. v. M. (C.A.)*, [1996] 1 S.C.R. 500; *R. v. Luxton*, [1990] 2 S.C.R. 711; *R. v. Turtle*, 2020 ONCJ 429, 467 C.R.R. (2d) 153; *R. v. Proulx*, 2000 SCC 5, [2000] 1 S.C.R. 61; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143; *Withler v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 12, [2011] 1 S.C.R. 396; *Fraser v. Canada (Attorney General)*, 2020 SCC 28, [2020] 3 S.C.R. 113; *Quebec (Attorney General) v. Alliance du personnel professionnel et technique de la santé et des services sociaux*, 2018 SCC 17, [2018] 1 S.C.R. 464; *Ontario (Attorney General) v. G*, 2020 SCC 38, [2020] 3 S.C.R. 629; *Kahkewistahaw First Nation v. Taypotat*, 2015 SCC 30, [2015] 2 S.C.R. 548; *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624; *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497; *Quebec (Attorney General) v. A*, 2013 SCC 5, [2013] 1 S.C.R. 61; *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296; *R. v. Chouhan*, 2021 SCC 26, [2021] 2 S.C.R. 136; *Miron v. Trudel*, [1995] 2 S.C.R. 418; *Centrale des syndicats du Québec v. Quebec (Attorney General)*, 2018 SCC 18, [2018] 1 S.C.R. 522; *R. v. C.P.*, 2021 SCC 19, [2021] 1 S.C.R. 679; *Bliss v. Attorney General of Canada*, [1979] 1 S.C.R. 183; *R. v. Spence*, 2005 SCC 71, [2005] 3 S.C.R. 458; *R. v. Lavallee*, [1990] 1 S.C.R. 852; *Moge v. Moge*, [1992] 3 S.C.R. 813; *R. v. Wells*, 2000 SCC 10, [2000] 1 S.C.R. 207; *R. v. Le*, 2019 SCC 34, [2019] 2 S.C.R. 692; *Inglis v. British Columbia (Minister of Public Safety)*, 2013 BCSC 2309, 298 C.R.R. (2d) 35; *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493; *R. v. Lloyd*, 2016 SCC 13, [2016] 1 S.C.R. 130; *Newfoundland (Treasury Board) v. N.A.P.E.*, 2004 SCC 66, [2004] 3 S.C.R. 381; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229; *Weatherall v. Canada (Attorney General)*,

Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration), [1992] 1 R.C.S. 711; *R. c. Lloyd*, 2016 CSC 13, [2016] 1 R.C.S. 130; *R. c. Neary*, 2017 SKCA 29, [2017] 7 W.W.R. 730.

Citée par la juge Karakatsanis (dissidente)

Ewert c. Canada, 2018 CSC 30, [2018] 2 R.C.S. 165; *R. c. Ipeelee*, 2012 CSC 13, [2012] 1 R.C.S. 433; *R. c. Gladue*, [1999] 1 R.C.S. 688; *Canada (Procureur général) c. Bedford*, 2013 CSC 72, [2013] 3 R.C.S. 1101; *R. c. Moriarity*, 2015 CSC 55, [2015] 3 R.C.S. 485; *R. c. Neary*, 2017 SKCA 29, [2017] 7 W.W.R. 730; *R. c. Safarzadeh-Markhali*, 2016 CSC 14, [2016] 1 R.C.S. 180; *Carter c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 5, [2015] 1 R.C.S. 331; *R. c. Parranto*, 2021 CSC 46, [2021] 3 R.C.S. 366; *R. c. Laberge* (1995), 165 A.R. 375; *R. c. Morrisey*, 2000 CSC 39, [2000] 2 R.C.S. 90; *R. c. Sinclair* (1980), 3 Man. R. (2d) 257; *R. c. Cheddesingh*, 2004 CSC 16, [2004] 1 R.C.S. 433; *R. c. L.M.*, 2008 CSC 31, [2008] 2 R.C.S. 163; *R. c. Friesen*, 2020 CSC 9, [2020] 1 R.C.S. 424; *R. c. M. (C.A.)*, [1996] 1 R.C.S. 500; *R. c. Luxton*, [1990] 2 R.C.S. 711; *R. c. Turtle*, 2020 ONCJ 429, 467 C.R.R. (2d) 153; *R. c. Proulx*, 2000 CSC 5, [2000] 1 R.C.S. 61; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; *Withler c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 12, [2011] 1 R.C.S. 396; *Fraser c. Canada (Procureur général)*, 2020 CSC 28, [2020] 3 R.C.S. 113; *Québec (Procureure générale) c. Alliance du personnel professionnel et technique de la santé et des services sociaux*, 2018 CSC 17, [2018] 1 R.C.S. 464; *Ontario (Procureur général) c. G*, 2020 CSC 38, [2020] 3 R.C.S. 629; *Première Nation de Kahkewistahaw c. Taypotat*, 2015 CSC 30, [2015] 2 R.C.S. 548; *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624; *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497; *Québec (Procureur général) c. A*, 2013 CSC 5, [2013] 1 R.C.S. 61; *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296; *R. c. Chouhan*, 2021 CSC 26, [2021] 2 R.C.S. 136; *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418; *Centrale des syndicats du Québec c. Québec (Procureure générale)*, 2018 CSC 18, [2018] 1 R.C.S. 522; *R. c. C.P.*, 2021 CSC 19, [2021] 1 R.C.S. 679; *Bliss c. Procureur général du Canada*, [1979] 1 R.C.S. 183; *R. c. Spence*, 2005 CSC 71, [2005] 3 R.C.S. 458; *R. c. Lavallee*, [1990] 1 R.C.S. 852; *Moge c. Moge*, [1992] 3 R.C.S. 813; *R. c. Wells*, 2000 CSC 10, [2000] 1 R.C.S. 207; *R. c. Le*, 2019 CSC 34, [2019] 2 R.C.S. 692; *Inglis c. British Columbia (Minister of Public Safety)*, 2013 BCSC 2309, 298 C.R.R. (2d) 35; *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493; *R. c. Lloyd*, 2016 CSC 13, [2016] 1 R.C.S. 130; *Terre-Neuve (Conseil du Trésor) c. N.A.P.E.*, 2004 CSC 66, [2004] 3 R.C.S. 381; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *McKinney c. Université de Guelph*, [1990]

[1993] 2 S.C.R. 872; *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513; *Lavoie v. Canada*, 2002 SCC 23, [2002] 1 S.C.R. 769; *Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 SCC 37, [2009] 2 S.C.R. 567.

Statutes and Regulations Cited

Act to amend the Criminal Code (conditional sentence of imprisonment), S.C. 2007, c. 12, s. 1.
Act to amend the Criminal Code (sentencing) and other Acts in consequence thereof, S.C. 1995, c. 22, s. 6.
Bill C-16, *Ending House Arrest for Property and Other Serious Crimes by Serious and Violent Offenders Act*, 3rd Sess., 40th Parl., 2010.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 12, 15.
Constitution Act, *1982*, s. 52(1).
Controlled Drugs and Substances Act, S.C. 1996, c. 19, ss. 6(1), (3)(a.1), 8.
Corrections and Conditional Release Act, S.C. 1992, c. 20.
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 57(1), 231(5), 236, 320.13(3), 320.21, 348(1), 450(b), Part XXIII [repl. 1995, c. 22, s. 6], 718 to 718.2, 730(1), 732(1), 742.1 [repl. 2007, c. 12, s. 1; repl. 2012, c. 1, s. 34], 752.01.
Criminal Law Improvement Act, 1996, S.C. 1997, c. 18, s. 107.1.
Criminal Records Act, R.S.C. 1985, c. C-47, s. 4(2)(b).
Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, s. 36(1)(a).
Indian Act, R.S.C. 1985, c. I-5.
Safe Streets and Communities Act, S.C. 2012, c. 1, s. 34.
State Immunity Act, R.S.C. 1985, c. S-18.
Youth Criminal Justice Act, S.C. 2002, c. 1, s. 37(10).

Authors Cited

Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. V, 1st Sess., 35th Parl., September 20, 1994, pp. 5871, 5873.
Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. 145, No. 38, 3rd Sess., 40th Parl., May 3, 2010, pp. 2282-84.
Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. 146, No. 2, 1st Sess., 41st Parl., June 3, 2011, pp. 15-19.
Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. 146, No. 17, 1st Sess., 41st Parl., September 21, 2011, p. 1298-99, 1316-18.

3 R.C.S. 229; *Weatherall c. Canada (Procureur général)*, [1993] 2 R.C.S. 872; *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513; *Lavoie c. Canada*, 2002 CSC 23, [2002] 1 R.C.S. 769; *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 CSC 37, [2009] 2 R.C.S. 567.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 12, 15.
Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 57(1), 231(5), 236, 320.13(3), 320.21, 348(1), 450b), partie XXIII [rempl. 1995, c. 22, art. 6], 718 à 718.2, 730(1), 732(1), 742.1 [rempl. 2007, c. 12, art. 1; rempl. 2012, c. 1, art. 34], 752.01.
Loi constitutionnelle de 1982, art. 52(1).
Loi de 1996 visant à améliorer la législation pénale, L.C. 1997, c. 18, art. 107.1.
Loi modifiant le Code criminel (détermination de la peine) et d'autres lois en conséquence, L.C. 1995, c. 22, art. 6.
Loi modifiant le Code criminel (emprisonnement avec sursis), L.C. 2007, c. 12, art. 1.
Loi réglementant certaines drogues et autres substances, L.C. 1996, c. 19, art. 6(1), (3)a.1), 8.
Loi sur la sécurité des rues et des communautés, L.C. 2012, c. 1, art. 34.
Loi sur le casier judiciaire, L.R.C. 1985, c. C-47, art. 4(2)b).
Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, L.C. 1992, c. 20.
Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents, L.C. 2002, c. 1, art. 37(10).
Loi sur les Indiens, L.R.C. 1985, c. I-5.
Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, c. 27, art. 36(1)a).
Loi sur l'immunité des États, L.R.C. 1985, c. S-18.
Projet de loi C-16, *Loi mettant fin à la détention à domicile de contrevenants violents et dangereux ayant commis des crimes contre les biens ou d'autres crimes graves*, 3e sess., 40e lég., 2010.

Doctrine et autres documents cités

Association du Barreau canadien. *Mémoire sur le projet de loi C-10, Loi sur la sécurité des rues et des communautés*, octobre 2011 (en ligne : https://www.cba.org/CMSPages/GetFile.aspx?guid=e4bba9c8-bcad-4679-bf09-b5ff223bc658; version archivée : https://scc-csc.ca/cso-dce/2022SCC-CSC39_1_fra.pdf).
Canada. Bureau de l'enquêteur correctionnel. *Rapport annuel 2014-2015*, Ottawa, 2015.
Canada. Bureau de l'enquêteur correctionnel. *Rapport annuel 2017-2018*, Ottawa, 2018.
Canada. Bureau de l'enquêteur correctionnel. *Rapport annuel 2020-2021*, Ottawa, 2021.

Canada. National Inquiry into Missing and Murdered Indigenous Women and Girls. *Reclaiming Power and Place: The Final Report*, vol. 1a. Ottawa, 2019.

Canada. Office of the Correctional Investigator. *Annual Report 2014-2015*. Ottawa, 2015.

Canada. Office of the Correctional Investigator. *Annual Report 2017-2018*. Ottawa, 2018.

Canada. Office of the Correctional Investigator. *Annual Report 2020-2021*. Ottawa, 2021.

Canada. Royal Commission on Aboriginal Peoples. *Bridging the Cultural Divide: A Report on Aboriginal People and Criminal Justice in Canada*. Ottawa, 1996.

Canada. Senate. *Debates of the Senate*, vol. 148, No. 39, 1st Sess., 41st Parl., December 8, 2011, p. 831.

Canada. Statistics Canada. *Adult and youth correctional statistics in Canada, 2018/2019*, by Jamil Malakieh. Ottawa, December 2020.

Canada. Truth and Reconciliation Commission. *Calls to Action*. Winnipeg, 2015.

Canada. Truth and Reconciliation Commission. *The Final Report of the Truth and Reconciliation Commission of Canada*, vol. 5, *Canada's Residential Schools: The Legacy*. Montréal: McGill-Queen's University Press, 2015.

Canadian Bar Association. *Submission on Bill C-10, Safe Streets and Communities Act*, October 2011 (online: https://www.cba.org/CMSPages/GetFile.aspx?guid=b8cadb63-95fb-47a2-a0f0-2c0f3f63540b; archived version: https://scc-csc.ca/cso-dce/2022SCC-CSC39_1_eng.pdf).

Daubney, David, and Gordon Parry. "An Overview of Bill C-41 (The Sentencing Reform Act)", in Julian V. Roberts and David P. Cole, eds., *Making Sense of Sentencing*. Toronto: University of Toronto Press, 1999, 31.

Faraday, Fay. "One Step Forward, Two Steps Back? Substantive Equality, Systemic Discrimination and Pay Equity at the Supreme Court of Canada" (2020), 94 *S.C.L.R.* (2d) 301.

Jackson, Michael. "Locking Up Natives in Canada" (1989), 23 *U.B.C. L. Rev.* 215.

Kerr, Lisa. "How Sentencing Reform Movements Affect Women", in David Cole and Julian Roberts, eds., *Sentencing in Canada: Essays in Law, Policy, and Practice*. Toronto: Irwin Law, 2020, 250.

Koshan, Jennifer. "Intersections and Roads Untravelled: Sex and Family Status in *Fraser v Canada*" (2021), 30:2 *Const. Forum* 29.

Koshan, Jennifer, and Jonnette Watson Hamilton. "Meaningless Mantra: Substantive Equality after *Withler*" (2011), 16 *Rev. Const. Stud.* 31.

Manitoba. Public Inquiry into the Administration of Justice and Aboriginal People. *Report of the Aboriginal Justice*

Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. V, 1re sess., 35e lég., 20 septembre 1994, p. 5871, 5873.

Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. 145, nº 38, 3e sess., 40e lég., 3 mai 2010, p. 2282-2284.

Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. 146, nº 2, 1re sess., 41e lég., 3 juin 2011, p. 15-19.

Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. 146, nº 17, 1re sess., 41e lég., 21 septembre 2011, p. 1298-1299, 1316-1318.

Canada. Commission de vérité et réconciliation. *Appels à l'action*, Winnipeg, 2015.

Canada. Commission de vérité et réconciliation. *Rapport final de la Commission de vérité et réconciliation du Canada*, vol. 5, *Pensionnats du Canada : Les séquelles*, Montréal, McGill-Queen's University Press, 2015.

Canada. Commission royale sur les peuples autochtones. *Par-delà les divisions culturelles : Un rapport sur les autochtones et la justice pénale au Canada*, Ottawa, 1996.

Canada. Enquête nationale sur les femmes et les filles autochtones disparues et assassinées. *Réclamer notre pouvoir et notre place : le rapport final*, vol. 1a, Ottawa, 2019.

Canada. Sénat. *Débats du Sénat*, vol. 148, nº 39, 1re sess., 41e lég., 8 décembre 2011, p. 831.

Canada. Statistique Canada. *Statistiques sur les services correctionnels pour les adultes et les jeunes au Canada, 2018-2019*, par Jamil Malakieh, Ottawa, décembre 2020.

Daubney, David, and Gordon Parry. « An Overview of Bill C-41 (The Sentencing Reform Act) », in Julian V. Roberts and David P. Cole, eds., *Making Sense of Sentencing*, Toronto, University of Toronto Press, 1999, 31.

Faraday, Fay. « One Step Forward, Two Steps Back? Substantive Equality, Systemic Discrimination and Pay Equity at the Supreme Court of Canada » (2020), 94 *S.C.L.R.* (2d) 301.

Institut national de la magistrature. *Manuel scientifique à l'intention des juges canadiens*, Ottawa, 2018.

Jackson, Michael. « Locking Up Natives in Canada » (1989), 23 *U.B.C. L. Rev.* 215.

Kerr, Lisa. « How Sentencing Reform Movements Affect Women », in David Cole and Julian Roberts, eds., *Sentencing in Canada : Essays in Law, Policy, and Practice*, Toronto, Irwin Law, 2020, 250.

Koshan, Jennifer. « Intersections and Roads Untravelled : Sex and Family Status in *Fraser v Canada* » (2021), 30:2 *Forum const.* 29.

Koshan, Jennifer, and Jonnette Watson Hamilton. « Meaningless Mantra : Substantive Equality after *Withler* » (2011), 16 *R. études const.* 31.

Inquiry of Manitoba, vol. 1, *The Justice System and Aboriginal People*. Winnipeg, 1991.
McLachlin, Beverley. "Equality: The Most Difficult Right" (2001), 14 *S.C.L.R.* (2d) 17.
Miller, Kayliah. "Canada's Mother-Child Program and Incarcerated Aboriginal Mothers: How and Why the Program is Inaccessible to Aboriginal Female Offenders" (2018), 37 *C.F.L.Q.* 1.
Moon, Richard. "Comment on *Fraser v Canada (AG)*: The More Things Change" (2021), 30:2 *Const. Forum* 85.
National Judicial Institute. *Science Manual for Canadian Judges*. Ottawa, 2018.
National Research Council and Federal Judicial Center. *Reference Manual on Scientific Evidence*, 3rd ed. Washington, D.C.: National Academies Press, 2011.
Plecas, Darryl, et al. *Do Judges Take Prior Record into Consideration? An Analysis of the Sentencing of Repeat Offenders in British Columbia*. Abbotsford: University of the Fraser Valley, 2012.
Puchta, Alicja. "*Quebec v A* and *Taypotat*: Unpacking the Supreme Court's Latest Decisions on Section 15 of the *Charter*" (2018), 55 *Osgoode Hall L.J.* 665.
Roberts, Julian V., and Ronald Melchers. "The Incarceration of Aboriginal Offenders: Trends from 1978 to 2001" (2003), 45 *C.J.C.C.J.* 211.
Rudin, Jonathan. "Aboriginal Over-representation and *R. v. Gladue*: Where We Were, Where We Are and Where We Might Be Going" (2008), 40 *S.C.L.R.* (2d) 687.
Rudin, Jonathan. *Aboriginal Peoples and the Criminal Justice System*. Toronto: Government of Ontario, 2005.
Sharpe, Robert J., and Kent Roach. *The Charter of Rights and Freedoms*, 7th ed. Toronto: Irwin Law, 2021.
Sheppard, Colleen. *Inclusive Equality: The Relational Dimensions of Systemic Discrimination in Canada*. Montréal: McGill-Queen's University Press, 2010.
Sullivan, Ruth. *The Construction of Statutes*, 7th ed. Toronto: LexisNexis, 2022.
Young, Margot. "Unequal to the Task: 'Kapp'ing the Substantive Potential of Section 15" (2010), 50 *S.C.L.R.* (2d) 183.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Feldman, Gillese and Miller JJ.A.), 2020 ONCA 478, 152 O.R. (3d) 209, 390 C.C.C. (3d) 1, 465 C.R.R. (2d) 81, 65 C.R. (7th) 1, [2020] O.J. No. 3183 (QL), 2020 CarswellOnt 10511 (WL), setting aside a decision of Hill J., 2018 ONSC 1141, 405 C.R.R. (2d) 119, 44 C.R. (7th) 341, [2018] O.J. No. 909

Manitoba. Public Inquiry into the Administration of Justice and Aboriginal People. *Report of the Aboriginal Justice Inquiry of Manitoba*, vol. 1, *The Justice System and Aboriginal People*, Winnipeg, 1991.
McLachlin, Beverley. « Equality : The Most Difficult Right » (2001), 14 *S.C.L.R.* (2d) 17.
Miller, Kayliah. « Canada's Mother-Child Program and Incarcerated Aboriginal Mothers : How and Why the Program is Inaccessible to Aboriginal Female Offenders » (2018), 37 *C.F.L.Q.* 1.
Moon, Richard. « Comment on *Fraser v Canada (AG)* : The More Things Change » (2021), 30:2 *Forum const.* 85.
National Research Council and Federal Judicial Center. *Reference Manual on Scientific Evidence*, 3rd ed., Washington, D.C., National Academies Press, 2011.
Plecas, Darryl, et al. *Do Judges Take Prior Record into Consideration? An Analysis of the Sentencing of Repeat Offenders in British Columbia*, Abbotsford, University of the Fraser Valley, 2012.
Puchta, Alicja. « *Quebec v A* and *Taypotat* : Unpacking the Supreme Court's Latest Decisions on Section 15 of the *Charter* » (2018), 55 *Osgoode Hall L.J.* 665.
Roberts, Julian V., and Ronald Melchers. « The Incarceration of Aboriginal Offenders : Trends from 1978 to 2001 » (2003), 45 *R.C.C.J.P.* 211.
Rudin, Jonathan. « Aboriginal Over-representation and *R. v. Gladue* : Where We Were, Where We Are and Where We Might Be Going » (2008), 40 *S.C.L.R.* (2d) 687.
Rudin, Jonathan. *Aboriginal Peoples and the Criminal Justice System*, Toronto, Gouvernement de l'Ontario, 2005.
Sharpe, Robert J., and Kent Roach. *The Charter of Rights and Freedoms*, 7th ed., Toronto, Irwin Law, 2021.
Sheppard, Colleen. *Inclusive Equality : The Relational Dimensions of Systemic Discrimination in Canada*, Montréal, McGill-Queen's University Press, 2010.
Sullivan, Ruth. *The Construction of Statutes*, 7th ed., Toronto, LexisNexis, 2022.
Young, Margot. « Unequal to the Task : "Kapp"ing the Substantive Potential of Section 15 » (2010), 50 *S.C.L.R.* (2d) 183.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Feldman, Gillese et Miller), 2020 ONCA 478, 152 O.R. (3d) 209, 390 C.C.C. (3d) 1, 465 C.R.R. (2d) 81, 65 C.R. (7th) 1, [2020] O.J. No. 3183 (QL), 2020 CarswellOnt 10511 (WL), qui a annulé une décision du juge Hill, 2018 ONSC 1141, 405 C.R.R. (2d) 119, 44 C.R. (7th) 341, [2018]

(QL), 2018 CarswellOnt 2566 (WL). Appeal allowed, Karakatsanis, Martin, Kasirer and Jamal JJ. dissenting.

Jennifer Conroy and *Jeanette Gevikoglu*, for the appellant.

Nader R. Hasan and *Stephen Aylward*, for the respondent.

Micah B. Rankin, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

Noah Wernikowski, for the intervener the Attorney General of Saskatchewan.

Jonathan Rudin, for the intervener the Aboriginal Legal Services Inc.

Eleanore Sunchild, *K.C.*, and *Michael Seed*, for the intervener the Federation of Sovereign Indigenous Nations.

Vincent Larochelle, for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association.

Chris Rudnicki and *Theresa Donkor*, for the intervener the Queen's Prison Law Clinic.

Robin Nobleman and *Ryan Peck*, for the interveners the HIV & AIDS Legal Clinic Ontario and the HIV Legal Network.

Chantelle van Wiltenburg and *Eric V. Gottardi*, *K.C.*, for the intervener the Canadian Bar Association.

Alisa Lombard and *Aubrey Charette*, for the intervener the Women's Legal Education and Action Fund Inc.

Eva Tache-Green, for the intervener the Legal Services Board of Nunavut.

Promise Holmes Skinner and *Andrew Bigioni*, for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario).

O.J. No. 909 (QL), 2018 CarswellOnt 2566 (WL). Pourvoi accueilli, les juges Karakatsanis, Martin, Kasirer et Jamal sont dissidents.

Jennifer Conroy et *Jeanette Gevikoglu*, pour l'appelant.

Nader R. Hasan et *Stephen Aylward*, pour l'intimée.

Micah B. Rankin, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Noah Wernikowski, pour l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

Jonathan Rudin, pour l'intervenante Aboriginal Legal Services Inc.

Eleanore Sunchild, *c.r.*, et *Michael Seed*, pour l'intervenante Federation of Sovereign Indigenous Nations.

Vincent Larochelle, pour l'intervenante British Columbia Civil Liberties Association.

Chris Rudnicki et *Theresa Donkor*, pour l'intervenante Queen's Prison Law Clinic.

Robin Nobleman et *Ryan Peck*, pour les intervenants HIV & AIDS Legal Clinic Ontario et le Réseau juridique VIH.

Chantelle van Wiltenburg et *Eric V. Gottardi*, *c.r.*, pour l'intervenante l'Association du Barreau canadien.

Alisa Lombard et *Aubrey Charette*, pour l'intervenant le Fonds d'action et d'éducation juridique pour les femmes.

Eva Tache-Green, pour l'intervenante Legal Services Board of Nunavut.

Promise Holmes Skinner et *Andrew Bigioni*, pour l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario).

Michelle M. Biddulph and *David M. Humphrey*, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

Laura Ezeuka, for the intervener the Native Women's Association of Canada.

Jessica Orkin and *Adriel Weaver*, for the intervener the David Asper Centre for Constitutional Rights.

Alana Robert and *Connor Bildfell*, for the intervener the Ontario Native Women's Association.

Carly Fox, for the intervener the Assembly of Manitoba Chiefs.

Emilie Taman, for the intervener the Canadian Association of Elizabeth Fry Societies.

Emily Young and *Andrew Max*, for the intervener the John Howard Society of Canada.

Kathryn Quinlan, for the intervener the Criminal Trial Lawyers' Association.

Maxime Raymond and *Emmanuelle Arcand,* for the intervener Association québécoise des avocats et avocates de la défense.

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

Brown and Rowe JJ. —

I. Introduction

[1] Conditional sentences are a form of punishment that allow offenders to serve their sentences in the community, rather than in jail. Parliament created the conditional sentencing regime in 1996. In 2012, it amended the regime to make conditional sentences unavailable for certain serious offences and categories of serious offences. This appeal addresses the constitutionality of certain of those amendments.

Michelle M. Biddulph et *David M. Humphrey*, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

Laura Ezeuka, pour l'intervenante l'Association des femmes autochtones du Canada.

Jessica Orkin et *Adriel Weaver*, pour l'intervenant David Asper Centre for Constitutional Rights.

Alana Robert et *Connor Bildfell*, pour l'intervenante Ontario Native Women's Association.

Carly Fox, pour l'intervenante Assembly of Manitoba Chiefs.

Emilie Taman, pour l'intervenante l'Association canadienne des sociétés Elizabeth Fry.

Emily Young et *Andrew Max*, pour l'intervenante la Société John Howard du Canada.

Kathryn Quinlan, pour l'intervenante Criminal Trial Lawyers' Association.

Maxime Raymond et *Emmanuelle Arcand*, pour l'intervenante l'Association québécoise des avocats et avocates de la défense.

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

Les juges Brown et Rowe —

I. Introduction

[1] L'emprisonnement avec sursis est un type de peine qui permet aux délinquants de purger leur peine dans la collectivité plutôt qu'en prison. Le Parlement a instauré le régime d'octroi du sursis à l'emprisonnement en 1996. En 2012, il a modifié le régime pour rendre l'emprisonnement avec sursis inaccessible pour certaines infractions et catégories d'infractions graves. Le présent pourvoi porte sur la constitutionnalité de certaines de ces modifications.

[2] In 2015, Ms. Sharma brought into Canada 1.97 kilograms of cocaine. She pleaded guilty to importing a Sch. I substance contrary to s. 6(1) of the *Controlled Drugs and Substances Act*, S.C. 1996, c. 19 ("*CDSA*"), and sought a conditional sentence. However, the 2012 amendments to the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, made conditional sentences unavailable for offences with a maximum term of imprisonment of 14 years or life (s. 742.1(c)) and for offences, prosecuted by indictment, having a maximum term of imprisonment of 10 years and involving the import, export, trafficking, or production of drugs (s. 742.1(e)(ii)). The sentencing judge held that a conditional sentence was unavailable, and dismissed Ms. Sharma's challenges under ss. 7 and 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Ms. Sharma appealed. A majority of the Court of Appeal for Ontario held that the impugned provisions (ss. 742.1(c) and 742.1(e)(ii)) were overbroad under s. 7, and that they discriminated against Indigenous offenders like Ms. Sharma under s. 15(1). The Crown appeals from the Court of Appeal's decision.

[2] En 2015, M^me^ Sharma a introduit au Canada 1,97 kilogramme de cocaïne. Elle a plaidé coupable à l'accusation d'avoir importé une substance inscrite à l'ann. I en violation du par. 6(1) de la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*, L.C. 1996, c. 19 (« *LRCDAS* »), et elle a demandé une peine d'emprisonnement avec sursis. Toutefois, à la suite des modifications apportées en 2012 au *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, le sursis ne peut être octroyé dans le cas des infractions passibles d'une peine maximale d'emprisonnement de 14 ans ou d'emprisonnement à perpétuité (al. 742.1c)) et dans le cas des infractions poursuivies par mise en accusation et passibles d'une peine maximale d'emprisonnement de 10 ans qui mettent en cause l'importation, l'exportation, le trafic ou la production de drogues (sous-al. 742.1e)(ii)). Le juge chargé de la détermination de la peine a estimé qu'il n'était pas possible d'octroyer le sursis à l'emprisonnement et a rejeté la contestation de M^me^ Sharma fondée sur l'art. 7 et le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Madame Sharma a fait appel. La Cour d'appel de l'Ontario a conclu à la majorité que les dispositions contestées (al. 742.1c) et sous-al. 742.1e)(ii)) avaient une portée excessive au regard de l'art. 7, et qu'elles étaient discriminatoires à l'égard des délinquants autochtones comme M^me^ Sharma au sens du par. 15(1). La Couronne se pourvoit contre la décision de la Cour d'appel.

[3] We would allow the appeal and restore the sentencing judge's order. The impugned provisions do not limit Ms. Sharma's s. 15(1) rights. While the crisis of Indigenous incarceration is undeniable, Ms. Sharma did not demonstrate that the impugned provisions created or contributed to a disproportionate impact on Indigenous offenders, relative to non-Indigenous offenders, as she must show at the first step of the s. 15(1) analysis.

[3] Nous sommes d'avis d'accueillir le pourvoi et de rétablir l'ordonnance prononcée par le juge chargé de la détermination de la peine. Les dispositions contestées ne limitent pas les droits garantis à M^me^ Sharma par le par. 15(1). Bien que la crise relative à l'incarcération des Autochtones soit indéniable, M^me^ Sharma n'a pas, comme elle était tenue de le faire à la première étape de l'analyse fondée sur le par. 15(1), démontré que les dispositions contestées créaient un effet disproportionné sur les délinquants autochtones par rapport aux délinquants non autochtones ou qu'elles contribuaient à un tel effet.

[4] Nor do the impugned provisions limit Ms. Sharma's s. 7 rights. Their purpose is to enhance consistency in the conditional sentencing regime by making imprisonment the typical punishment for certain serious offences and categories of offences.

[4] Les dispositions contestées ne limitent pas non plus les droits garantis à M^me^ Sharma par l'art. 7. Elles visent à renforcer la cohérence du régime d'octroi du sursis à l'emprisonnement en faisant de l'emprisonnement la peine habituellement infligée

And that is what they do. Maximum sentences are a reasonable proxy for the seriousness of an offence and, accordingly, the provisions do not deprive individuals of their liberty in circumstances that bear no connection to their objective.

pour certaines infractions et catégories d'infractions graves. Et c'est bel et bien ce qu'elles font. Les peines maximales sont un indicateur raisonnable de la gravité de l'infraction, et, par conséquent, les dispositions en question ne privent pas les individus de leur liberté dans des circonstances qui n'ont aucun lien avec l'objectif visé.

II. Facts

[5] In June 2015, Ms. Sharma, a woman of Ojibwa ancestry and a member of the Saugeen First Nation, arrived in Toronto on an international flight. Upon inspection, her suitcase was found to contain 1.97 kilograms of cocaine. She confessed that day to the RCMP that her partner had promised to pay her $20,000 to bring the suitcase to Canada. At the time, she was two months behind on rent and facing eviction. Ms. Sharma was 20 years old, with no prior criminal record.

[6] Ms. Sharma pleaded guilty to importing a Sch. I substance contrary to s. 6(1) of the *CDSA*. Her sentencing was contested, and the judge ordered a *Gladue* report. This report revealed a life of significant hardship and intergenerational trauma. She had become a single mother at 17, had few supports, and the prospect of homelessness for her child motivated her to agree to her partner's request. The *Gladue* report noted that Ms. Sharma's grandmother was a residential school survivor, that Ms. Sharma's mother had spent time in foster care, and that Ms. Sharma had been sexually assaulted and had dropped out of school due to financial difficulties.

III. Legislative Framework

[7] Conditional sentences are a type of incarceration provided for under s. 742.1 of the *Criminal Code*. Such sentences permit offenders who meet statutory criteria to serve their sentences under strict surveillance in their communities, rather than in jail.

II. Faits

[5] En juin 2015, M^me^ Sharma, une femme d'ascendance ojibwée faisant partie de la Première Nation de Saugeen, est arrivée à Toronto à bord d'un vol international. Lors d'une inspection, on a découvert 1,97 kilogramme de cocaïne dans sa valise. Elle a avoué ce jour-là à la GRC que son partenaire avait promis de lui payer 20 000 $ pour qu'elle apporte la valise au Canada. À l'époque, elle avait deux mois de retard sur son loyer et risquait d'être expulsée. Madame Sharma avait alors 20 ans et n'avait aucun casier judiciaire.

[6] Madame Sharma a plaidé coupable à l'accusation d'avoir importé une substance inscrite à l'ann. I en violation du par. 6(1) de la *LRCDAS*. Sa peine a été contestée, et le juge a ordonné la rédaction d'un rapport *Gladue*. Ce rapport a révélé que M^me^ Sharma avait eu une vie marquée par de graves difficultés et des traumatismes intergénérationnels. Elle était devenue mère célibataire à 17 ans et avait peu de soutien, et la perspective de se retrouver dans la rue avec son enfant l'avait incitée à accéder à la demande de son partenaire. Le rapport *Gladue* indiquait que la grand-mère de M^me^ Sharma était une survivante des pensionnats, que la mère de M^me^ Sharma avait séjourné en foyer d'accueil, et que M^me^ Sharma avait été agressée sexuellement et avait abandonné ses études en raison de difficultés financières.

III. Cadre législatif

[7] L'emprisonnement avec sursis est un type d'incarcération prévu à l'art. 742.1 du *Code criminel*. Ce type de peine permet aux délinquants qui répondent aux critères prévus par la loi de purger leur peine sous une stricte surveillance dans leur collectivité, plutôt qu'en prison.

[8] Parliament legislated conditional sentences in 1996 in the *Act to amend the Criminal Code (sentencing) and other Acts in consequence thereof*, S.C. 1995, c. 22. The Act significantly reformed sentencing law (*R. v. Gladue*, [1999] 1 S.C.R. 688, at para. 39), by including an express statement of the purposes and principles of sentencing, by providing for the conditional sentencing regime itself, and by enacting s. 718.2, which sets out considerations for judges to have regard to when determining a fit sentence. In particular, s. 718.2(e) provides that "all available sanctions, other than imprisonment, that are reasonable in the circumstances and consistent with the harm done to victims or to the community should be considered for all offenders, with particular attention to the circumstances of Aboriginal offenders".

[9] Parliament's principal objectives in enacting this legislation were to reduce sentences of imprisonment and to expand the use of restorative justice principles in sentencing (*Gladue*, at para. 48; *R. v. Proulx*, 2000 SCC 5, [2000] 1 S.C.R. 61, at para. 15). Section 718.2(e) and the conditional sentencing regime in s. 742.1 were aimed at achieving these goals (*Proulx*, at paras. 21, 90 and 127; *Gladue*, at para. 40; *R. v. Wells*, 2000 SCC 10, [2000] 1 S.C.R. 207, at para. 31).

[10] The Court first considered s. 742.1 in *Proulx*. Under the legislation at that time, offenders were not eligible for a conditional sentence if (1) their offence was punishable by a minimum term of imprisonment; (2) the court would impose a term of imprisonment of more than two years; (3) imposing a conditional sentence would endanger the safety of the community; or (4) imposing a conditional sentence would be inconsistent with the fundamental purposes and principles of sentencing.

[11] In 2007, Parliament amended s. 742.1 to provide that conditional sentences would also not be available to offenders convicted of a "serious personal injury offence" as defined in s. 752.01, or for offenders convicted of other specific crimes (*An Act*

[8] Le Parlement a instauré l'emprisonnement avec sursis en 1996 en application de la *Loi modifiant le Code criminel (détermination de la peine) et d'autres lois en conséquence*, L.C. 1995, c. 22. La Loi a réformé en profondeur le droit relatif à la détermination de la peine (*R. c. Gladue*, [1999] 1 R.C.S. 688, par. 39), en incluant un énoncé explicite des objectifs et des principes de la détermination de la peine, en créant le régime d'octroi du sursis à l'emprisonnement lui-même et en adoptant l'art. 718.2, lequel énumère les facteurs dont les juges doivent tenir compte au moment de déterminer une peine juste. En particulier, l'al. 718.2e) prévoit « l'examen, plus particulièrement en ce qui concerne les délinquants autochtones, de toutes les sanctions substitutives qui sont raisonnables dans les circonstances et qui tiennent compte du tort causé aux victimes ou à la collectivité ».

[9] Les principaux objectifs qu'avait le Parlement en adoptant cette loi étaient de réduire le nombre de peines d'emprisonnement et d'élargir l'application des principes de justice réparatrice au moment du prononcé de la peine (*Gladue*, par. 48; *R. c. Proulx*, 2000 CSC 5, [2000] 1 R.C.S. 61, par. 15). L'alinéa 718.2e) et le régime d'octroi du sursis à l'emprisonnement prévu à l'art. 742.1 visaient à atteindre ces buts (*Proulx*, par. 21, 90 et 127; *Gladue*, par. 40; *R. c. Wells*, 2000 CSC 10, [2000] 1 R.C.S. 207, par. 31).

[10] La Cour a examiné l'art. 742.1 pour la première fois dans l'affaire *Proulx*. Selon la version en vigueur à l'époque, le délinquant n'était pas admissible à l'octroi d'un sursis à l'emprisonnement dans les cas suivants : (1) il avait commis une infraction pour laquelle une peine minimale d'emprisonnement était prévue; (2) le tribunal lui infligerait une peine d'emprisonnement de plus de deux ans; (3) le fait de purger sa peine au sein de la collectivité mettrait en danger la sécurité de celle-ci; ou (4) le prononcé d'une ordonnance d'emprisonnement avec sursis ne serait pas conforme aux objectifs et aux principes fondamentaux de la détermination de la peine.

[11] En 2007, le Parlement a modifié l'art. 742.1 pour prévoir également qu'une « infraction [. . .] constitu[ant] des sévices graves à la personne » au sens de l'art. 752.01 et d'autres crimes précis ne pourraient plus faire l'objet d'un emprisonnement avec sursis

to amend the Criminal Code (conditional sentence of imprisonment), S.C. 2007, c. 12).

[12] Parliament again amended s. 742.1 in 2012 in the *Safe Streets and Communities Act*, S.C. 2012, c. 1, s. 34 ("*SSCA*"), resulting in the current version of s. 742.1. It reads as follows:

Imposing of conditional sentence

742.1 If a person is convicted of an offence and the court imposes a sentence of imprisonment of less than two years, the court may, for the purpose of supervising the offender's behaviour in the community, order that the offender serve the sentence in the community, subject to the conditions imposed under section 742.3, if

(a) the court is satisfied that the service of the sentence in the community would not endanger the safety of the community and would be consistent with the fundamental purpose and principles of sentencing set out in sections 718 to 718.2;

(b) the offence is not an offence punishable by a minimum term of imprisonment;

(c) the offence is not an offence, prosecuted by way of indictment, for which the maximum term of imprisonment is 14 years or life;

(d) the offence is not a terrorism offence, or a criminal organization offence, prosecuted by way of indictment, for which the maximum term of imprisonment is 10 years or more;

(e) the offence is not an offence, prosecuted by way of indictment, for which the maximum term of imprisonment is 10 years, that

(i) resulted in bodily harm,

(ii) involved the import, export, trafficking or production of drugs, or

(iii) involved the use of a weapon; and

(*Loi modifiant le Code criminel (emprisonnement avec sursis)*, L.C. 2007, c. 12).

[12] Le Parlement a de nouveau modifié l'art. 742.1 en 2012 en application de la *Loi sur la sécurité des rues et des communautés*, L.C. 2012, c. 1, art. 34 (« *LSRC* »), ce qui a débouché sur la version actuelle de l'art. 742.1, dont voici le texte :

Octroi du sursis

742.1 Le tribunal peut ordonner à toute personne qui a été déclarée coupable d'une infraction de purger sa peine dans la collectivité afin que sa conduite puisse être surveillée — sous réserve des conditions qui lui sont imposées en application de l'article 742.3 —, si elle a été condamnée à un emprisonnement de moins de deux ans et si les conditions suivantes sont réunies :

a) le tribunal est convaincu que la mesure ne met pas en danger la sécurité de la collectivité et est conforme à l'objectif essentiel et aux principes énoncés aux articles 718 à 718.2;

b) aucune peine minimale d'emprisonnement n'est prévue pour l'infraction;

c) il ne s'agit pas d'une infraction poursuivie par mise en accusation et passible d'une peine maximale d'emprisonnement de quatorze ans ou d'emprisonnement à perpétuité;

d) il ne s'agit pas d'une infraction de terrorisme ni d'une infraction d'organisation criminelle poursuivies par mise en accusation et passibles d'une peine maximale d'emprisonnement de dix ans ou plus;

e) il ne s'agit pas d'une infraction poursuivie par mise en accusation et passible d'une peine maximale d'emprisonnement de dix ans, et, selon le cas :

(i) dont la perpétration entraîne des lésions corporelles,

(ii) qui met en cause l'importation, l'exportation, le trafic ou la production de drogues,

(iii) qui met en cause l'usage d'une arme;

(f) the offence is not an offence, prosecuted by way of indictment, under any of the following provisions:

(i) section 144 (prison breach),

(ii) section 264 (criminal harassment),

(iii) section 271 (sexual assault),

(iv) section 279 (kidnapping),

(v) section 279.02 (trafficking in persons — material benefit),

(vi) section 281 (abduction of person under fourteen),

(vii) section 333.1 (motor vehicle theft),

(viii) paragraph 334(a) (theft over $5000),

(ix) paragraph 348(1)(e) (breaking and entering a place other than a dwelling-house),

(x) section 349 (being unlawfully in a dwelling-house), and

(xi) section 435 (arson for fraudulent purpose).

[13] While there have been various amendments, the structure of s. 742.1 remains substantially the same as that described in *Proulx*. In particular, three prerequisites must be met before a conditional sentence can be imposed:

(1) the offender was not convicted of one of the offences listed at paras. 742.1(b) through (f) ("exclusionary provisions");

(2) a court would otherwise impose a sentence of imprisonment of fewer than two years (see *Proulx*, at paras. 49-61); and

(3) the safety of the community would not be endangered by the offender serving the sentence in the community (see *Proulx*, at paras. 62-76).

f) il ne s'agit pas d'une infraction prévue à l'une ou l'autre des dispositions ci-après et poursuivie par mise en accusation :

(i) l'article 144 (bris de prison),

(ii) l'article 264 (harcèlement criminel),

(iii) l'article 271 (agression sexuelle),

(iv) l'article 279 (enlèvement),

(v) l'article 279.02 (traite de personnes : tirer un avantage matériel),

(vi) l'article 281 (enlèvement d'une personne âgée de moins de quatorze ans),

(vii) l'article 333.1 (vol d'un véhicule à moteur),

(viii) l'alinéa 334a) (vol de plus de 5 000 $),

(ix) l'alinéa 348(1)e) (introduction par effraction dans un dessein criminel : endroit autre qu'une maison d'habitation),

(x) l'article 349 (présence illégale dans une maison d'habitation),

(xi) l'article 435 (incendie criminel : intention frauduleuse).

[13] Malgré ces diverses modifications, l'économie de l'art. 742.1 demeure essentiellement la même que celle décrite dans l'arrêt *Proulx*. En particulier, trois conditions préalables doivent être remplies avant qu'un emprisonnement avec sursis puisse être octroyé :

(1) le délinquant n'a pas été reconnu coupable d'une des infractions énumérées aux al. 742.1b) à f) (« dispositions d'exclusion »);

(2) le tribunal infligerait autrement une peine d'emprisonnement de moins de deux ans (voir *Proulx*, par. 49-61);

(3) le fait pour le délinquant de purger sa peine au sein de la collectivité ne mettrait pas en danger la sécurité de celle-ci (voir *Proulx*, par. 62-76).

[14] Where these prerequisites are met, a court must consider whether a conditional sentence is appropriate, having regard to the fundamental purpose and principles of sentencing set out in ss. 718 to 718.2 (*Proulx*, at paras. 77-78).

IV. Judicial History

A. *The Sentencing Decision: Ontario Superior Court of Justice, 2018 ONSC 1141, 405 C.R.R. (2d) 119*

[15] Ms. Sharma's sentencing was contested. The Crown provided Ms. Sharma notice of the mandatory minimum sentence (as required by s. 8 of the *CDSA*) and sought a sentence of six years' imprisonment. Ms. Sharma sought a conditional sentence and community service. Three legislative barriers stood in her way: s. 6(3)(a.1) of the *CDSA*, which set out a mandatory minimum sentence of two years' imprisonment; s. 742.1(b) of the *Criminal Code*, which made conditional sentences unavailable for any offence with a mandatory minimum term of imprisonment; and s. 742.1(c) of the *Criminal Code*, which made conditional sentences unavailable for any offence with a maximum term of imprisonment of 14 years or life. Ms. Sharma brought *Charter* challenges against all three provisions, alleging that s. 6(3)(a.1) violates s. 12 and that ss. 742.1(b) and 742.1(c) violate ss. 7 and 15 (although she abandoned her s. 7 arguments during oral submissions).

[16] In light of these constitutional challenges, the Crown unilaterally rescinded the s. 8 *CDSA* notice (so that the mandatory minimum sentence would not apply to Ms. Sharma). The Crown recommended a sentence of 18 months' imprisonment. While this left the constitutionality of s. 6(3)(a.1) moot, the sentencing judge chose to decide the issue, concluding that it violated s. 12 of the *Charter* and could not be saved under s. 1. As the mandatory minimum sentence did

[14] Lorsque ces conditions préalables sont réunies, le tribunal doit se demander si l'octroi du sursis à l'emprisonnement constitue une sanction appropriée, compte tenu de l'objectif essentiel et des principes de détermination de la peine énoncés aux art. 718 à 718.2 (*Proulx*, par. 77-78).

IV. Historique judiciaire

A. *La décision relative à la détermination de la peine : Cour supérieure de justice de l'Ontario, 2018 ONSC 1141, 405 C.R.R. (2d) 119*

[15] La peine infligée à M^me^ Sharma a été contestée. La Couronne a avisé M^me^ Sharma de la peine minimale obligatoire (tel que l'exige l'art. 8 de la *LRCDAS*) et a réclamé une peine d'emprisonnement de six ans. Pour sa part, M^me^ Sharma réclamait une peine d'emprisonnement avec sursis et des travaux communautaires. Sa demande s'est heurtée à trois obstacles législatifs : l'al. 6(3)a.1) de la *LRCDAS*, qui prévoit une peine minimale obligatoire de deux ans d'emprisonnement; l'al. 742.1b) du *Code criminel*, qui empêche le tribunal d'octroyer un sursis à l'emprisonnement lorsqu'une peine d'emprisonnement minimale obligatoire est prévue pour une infraction; et l'al. 742.1c) du *Code criminel*, qui empêche le tribunal d'octroyer un sursis à l'emprisonnement lorsque l'infraction est passible d'une peine maximale d'emprisonnement de 14 ans ou d'emprisonnement à perpétuité. Madame Sharma a contesté ces trois dispositions sur le fondement de la *Charte*, en faisant valoir que l'al. 6(3)a.1) violait l'art. 12 et que les al. 742.1b) et 742.1c) violaient les art. 7 et 15 (bien qu'elle ait abandonné ses arguments fondés sur l'art. 7 lors de sa plaidoirie).

[16] À la lumière de ces contestations constitutionnelles, la Couronne a unilatéralement annulé l'avis qu'elle avait donné en vertu de l'art. 8 de la *LRCDAS* (afin que la peine minimale obligatoire ne s'applique pas à M^me^ Sharma). La Couronne a recommandé une peine d'emprisonnement de 18 mois. Bien que cette décision ait eu pour effet de rendre théorique la question de la constitutionnalité de l'al. 6(3)a.1), le juge chargé de la détermination de la peine a décidé

not apply in the circumstances, the constitutionality of s. 742.1(b) was also moot and was not decided.

[17] The sentencing judge heard testimony from one expert witness: Dr. Carmela Murdocca. Dr. Murdocca is an Associate Professor in the Department of Sociology at York University and studies "racialization, criminalization and social exclusion of Indigenous and racialized peoples in Canada" (para. 18). Dr. Murdocca's report indicated that "[a]spects of Indigenous women's social, economic and cultural experiences often inform their participation in serious offences" (para. 23). She further opined that "specific indicators", such as economic disadvantage and poverty, may render some Indigenous women "more vulnerable to being conscripted into drug couriering" (para. 25). In this way, Dr. Murdocca's testimony connected drug-related offences committed by Indigenous women to "the legacies of colonia[l] racism" (para. 25).

[18] Dr. Murdocca also testified about the unavailability of conditional sentences for certain drug offences. The introduction of mandatory minimum sentences for drug trafficking crimes, together with the removal of conditional sentences for any offence with a mandatory minimum, impeded the sentencing regime's capacity to account for the "contextual and intersectional factors that render Indigenous women vulnerable to [committing] drug crimes" (para. 26).

[19] The sentencing judge held that the mandatory minimum sentence required by s. 6(3)(a.1) of the *CDSA* was grossly disproportionate in Ms. Sharma's

de trancher la question en concluant que cette disposition violait l'art. 12 de la *Charte* et ne pouvait être sauvegardée par application de l'article premier. Comme la peine minimale obligatoire ne s'appliquait pas dans les circonstances, la constitutionnalité de l'al. 742.1b) est également devenue théorique et n'a pas été tranchée.

[17] Le juge chargé de la détermination de la peine a entendu la déposition d'un témoin expert, M^me^ Carmela Murdocca. Madame Murdocca est professeure agrégée au département de sociologie de l'Université York et étudie [TRADUCTION] « la racialisation, la criminalisation et l'exclusion sociale des personnes autochtones et racialisées au Canada » (par. 18). Dans son rapport, M^me^ Murdocca indiquait que [TRADUCTION] « la participation des femmes autochtones à la perpétration d'infractions graves s'explique en partie par certains aspects de leur vécu sur le plan social, économique et culturel » (par. 23). Elle s'est également dite d'avis que [TRADUCTION] « des indicateurs spécifiques », comme les désavantages économiques et la pauvreté, pouvaient rendre certaines femmes autochtones « plus susceptibles d'être recrutées pour transporter de la drogue » (par. 25). Le témoignage de M^me^ Murdocca a ainsi établi un lien entre les infractions liées aux drogues commises par les femmes autochtones et [TRADUCTION] « le legs du racisme colonia[l] » (par. 25).

[18] Madame Murdocca a également témoigné au sujet de l'impossibilité d'octroyer un sursis à l'emprisonnement pour certaines infractions liées aux drogues. L'introduction de peines minimales obligatoires pour les crimes liés au trafic de drogues, ainsi que le retrait de l'emprisonnement avec sursis pour toute infraction passible d'une peine minimale obligatoire, nuisaient à la capacité du régime de détermination de la peine de tenir compte des [TRADUCTION] « facteurs contextuels et intersectionnels qui rendent les femmes autochtones susceptibles de [commettre] des crimes liés à la drogue » (par. 26).

[19] Le juge chargé de la détermination de la peine a conclu que la peine minimale obligatoire exigée par l'al. 6(3)a.1) de la *LRCDAS* était exagérément

circumstances, and infringed s. 12. A fit sentence was 18 months' imprisonment. The Crown did not appeal this ruling.

[20] Addressing s. 15, and having regard to the evidence before him, the sentencing judge dismissed Ms. Sharma's challenge to s. 742.1(c). Ms. Sharma had adduced "no statistical information" on the impact of removing conditional sentences for various offences (para. 257). He questioned whether such impact existed, noting that sentencing judges "maintai[n] a broad discretion to do justice in individual cases including the imposition of less punitive sanctions for serious offences" (para. 258). The length of sentence remains within the discretion of a sentencing judge, and other alternatives to imprisonment remain, including suspended sentences and probation.

B. *Court of Appeal for Ontario, 2020 ONCA 478, 152 O.R. (3d) 209*

[21] Ms. Sharma appealed her sentence and the dismissal of her s. 15 challenge to s. 742.1(c); she sought a 24-month conditional sentence. The Court of Appeal also allowed Ms. Sharma to challenge, for the first time, the constitutionality of s. 742.1(e)(ii). Further, the Court of Appeal allowed Ms. Sharma to renew her s. 7 challenge to s. 742.1(c). The majority allowed Ms. Sharma's appeal, holding that the impugned provisions infringed both ss. 7 and 15, and sentenced her to time served.

[22] As to s. 15, the majority held that the impugned provisions, while facially neutral, created a distinction between Indigenous and non-Indigenous offenders. The constitutionality of s. 742.1 could not be determined without understanding s. 718.2(e). As s. 718.2(e) was introduced to address "substantive inequality" in the criminal justice system, undermining its operation by restricting the availability of conditional sentences had the effect of perpetuating substantive inequality (paras. 70 and 79). Where, as

disproportionnée compte tenu de la situation de M^me^ Sharma, et qu'elle violait l'art. 12. Un emprisonnement de 18 mois était une peine juste. La Couronne n'a pas interjeté appel de cette décision.

[20] Abordant l'art. 15 et tenant compte de la preuve dont il disposait, le juge chargé de la détermination de la peine a rejeté la contestation par M^me^ Sharma de l'al. 742.1c). Madame Sharma n'avait produit [TRADUCTION] « aucune donnée statistique » sur l'effet du retrait de l'emprisonnement avec sursis pour diverses infractions (par. 257). Il s'est demandé s'il existait un tel effet, rappelant que les juges chargés de la détermination de la peine [TRADUCTION] « disposent d'un vaste pouvoir discrétionnaire leur permettant de rendre justice dans les cas individuels, notamment en infligeant des sanctions moins punitives pour les infractions graves » (par. 258). La durée de la peine demeure à la discrétion du juge, et il existe toujours des mesures de rechange à l'emprisonnement, y compris le sursis au prononcé de la peine et la probation.

B. *Cour d'appel de l'Ontario, 2020 ONCA 478, 152 O.R. (3d) 209*

[21] Madame Sharma a fait appel de sa peine et du rejet de sa contestation de l'al. 742.1c) fondée sur l'art. 15; elle a réclamé une peine d'emprisonnement avec sursis de 24 mois. La Cour d'appel a également permis à M^me^ Sharma de contester pour la première fois la constitutionnalité du sous-al. 742.1e)(ii). De plus, la Cour d'appel a autorisé M^me^ Sharma à renouveler sa contestation de l'al. 742.1c) fondée sur l'art. 7. La cour a accueilli à la majorité l'appel de M^me^ Sharma, jugeant que les dispositions contestées contrevenaient à la fois à l'art. 7 et à l'art. 15, et l'a condamnée à la peine qu'elle avait déjà purgée.

[22] En ce qui concerne l'art. 15, les juges majoritaires ont conclu que, même si elles étaient en apparence neutres, les dispositions contestées créaient une distinction entre les délinquants autochtones et les délinquants non autochtones. Il était impossible de déterminer la constitutionnalité de l'art. 742.1 sans comprendre l'al. 718.2e). Étant donné que l'al. 718.2e) avait été adopté pour remédier à une [TRADUCTION] « inégalité réelle » dans le système de justice criminelle, le fait de miner son application en limitant la

here, a law removes a remedial provision that was put in place to alleviate the discriminatory effect of other laws, then the removal of that remedial provision may not create a new distinction, but it will reinforce, perpetuate, or exacerbate the discriminatory effect that was intended to be alleviated by the remedial provision. The effect of the impugned provisions was to exacerbate the disadvantage faced by Indigenous offenders. This was apparent even in the absence of statistical evidence. In the majority's view, it was an error in law for the sentencing judge to require Ms. Sharma to lead statistical evidence to show this.

[23] With respect to s. 7, the majority found that the impugned provisions' purpose was to "maintain the integrity of the justice system by ensuring that offenders who commit serious offences receive prison sentences" (para. 148). In light of this purpose, the legislation was not arbitrary, but it was overbroad. Parliament intended to ensure offenders who committed *serious* crimes went to jail, but the impugned provisions jailed offenders "regardless of the underlying conduct of any particular offender" (para. 158). Parliament could have narrowed the reach of the provisions or provided for judicial discretion in exceptional cases, but did not. The Crown advanced no arguments to justify the s. 7 breach under s. 1. Accordingly, the majority struck down the provisions.

[24] The dissenting judge held that the impugned provisions did not infringe Ms. Sharma's ss. 7 or 15 rights. On s. 15(1), he observed that the proper analytical framework was the subject of controversy. The dissenting judge agreed with the majority that Ms. Sharma's claim met the first step. However, the majority's application of the test would have the effect of "immunizing ordinary legislation from amendment or repeal" (para. 189). This was impermissible.

possibilité de prononcer des peines d'emprisonnement avec sursis avait eu pour effet de perpétuer cette inégalité réelle (par. 70 et 79). Lorsque, comme en l'espèce, une règle de droit supprime une disposition réparatrice qui a été mise en place pour atténuer l'effet discriminatoire d'autres règles de droit, le retrait de cette disposition réparatrice ne crée peut-être pas une nouvelle distinction, mais elle renforce, perpétue ou accentue l'effet discriminatoire que la disposition réparatrice était censée atténuer. Les dispositions contestées avaient pour effet d'accentuer le désavantage subi par les délinquants autochtones. Cela était évident même en l'absence de preuve statistique. De l'avis des juges majoritaires, le juge chargé de la détermination de la peine avait commis une erreur de droit en exigeant de M^me^ Sharma qu'elle produise des données statistiques pour en faire la démonstration.

[23] Pour ce qui est de l'art. 7, les juges majoritaires ont conclu que les dispositions contestées avaient pour objet de [TRADUCTION] « maintenir l'intégrité du système de justice en veillant à ce que les délinquants qui commettent des infractions graves soient condamnés à des peines d'incarcération » (par. 148). Compte tenu de cet objet, la mesure législative n'était pas arbitraire, mais elle avait une portée excessive. Le Parlement voulait s'assurer que les délinquants qui commettent des crimes *graves* aillent en prison, mais les dispositions contestées avaient pour effet d'envoyer en prison des délinquants [TRADUCTION] « sans tenir compte des actes commis par le délinquant concerné » (par. 158). Le Parlement aurait pu restreindre la portée des dispositions ou accorder aux juges un pouvoir discrétionnaire dans des cas exceptionnels, mais il ne l'a pas fait. La Couronne n'a avancé aucun argument pour justifier la violation de l'art. 7 en vertu de l'article premier. Par conséquent, les juges majoritaires ont invalidé les dispositions.

[24] Le juge dissident a conclu que les dispositions contestées ne portaient pas atteinte aux droits garantis à M^me^ Sharma par les art. 7 ou 15. En ce qui concerne le par. 15(1), il a fait observer que le cadre d'analyse applicable suscitait la controverse. Le juge dissident a convenu avec les juges majoritaires que la demande de M^me^ Sharma avait satisfait à la première étape. Il a toutefois estimé que l'application que la majorité faisait du critère aurait pour effet

Parliament had no constitutional obligation to establish the conditional sentencing regime and, therefore, must be allowed to repeal it. In his view, Ms. Sharma failed to demonstrate that the impugned provisions were arbitrary or unfair, a necessary element under the second step of the s. 15(1) framework. The legislation did not infringe her s. 15 rights.

[25] On s. 7, the dissenting judge generally agreed with the majority's characterization of the legislation. Contrary to the majority, he held that the impugned provisions are not overbroad, as Parliament's decision to use maximum sentences as a "rough indicia of seriousness" was appropriate (para. 283).

V. Analysis

[26] As a preliminary point, we note that, at the Court of Appeal, Ms. Sharma challenged the constitutionality of s. 742.1(c) and s. 742.1(e)(ii). The majority held that Ms. Sharma was "affected by both preclusions" (para. 66). We do not see Ms. Sharma as being affected by s. 742.1(e)(ii), as it applies only to offences for which the maximum term of imprisonment is 10 years. That said, as the majority of the Court of Appeal considered s. 742.1(e)(ii), and as the parties made submissions on it before this Court, we will address its constitutionality.

A. *Section 15*

[27] Section 15(1) of the *Charter* states:

15 (1) Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.

[TRADUCTION] « d'empêcher toute modification ou abrogation des lois ordinaires » (par. 189), ce qui était inadmissible. Le Parlement n'avait aucune obligation constitutionnelle d'établir le régime d'octroi du sursis à l'emprisonnement et il devait par conséquent être autorisé à l'abroger. À son avis, M^me^ Sharma n'a pas réussi à démontrer que les dispositions contestées étaient arbitraires ou injustes, un élément nécessaire à la deuxième étape du cadre d'analyse fondé sur le par. 15(1). Les dispositions contestées ne portaient pas atteinte aux droits que lui garantit l'art. 15.

[25] Au sujet de l'art. 7, le juge dissident était pour l'essentiel d'accord avec la caractérisation de la loi faite par les juges majoritaires. Contrairement aux juges majoritaires, il a jugé que les dispositions contestées n'avaient pas une portée excessive, étant donné que la décision du Parlement d'utiliser les peines maximales comme [TRADUCTION] « indice approximatif de la gravité » était appropriée (par. 283).

V. Analyse

[26] À titre préliminaire, nous constatons que, devant la Cour d'appel, M^me^ Sharma a contesté la constitutionnalité de l'al. 742.1c) et du sous-al. 742.1e)(ii). Les juges majoritaires ont conclu que M^me^ Sharma était [TRADUCTION] « touchée par les cas d'exclusion » énumérés dans ces deux dispositions (par. 66). Nous ne considérons pas que M^me^ Sharma est visée par le sous-al. 742.1e)(ii), car celui-ci ne s'applique qu'aux infractions passibles d'une peine d'emprisonnement maximale de 10 ans. Cela dit, puisque les juges majoritaires de la Cour d'appel ont examiné le sous-al. 742.1e)(ii) et que les parties nous ont soumis des observations à ce sujet, nous allons nous pencher sur sa constitutionnalité.

A. *L'article 15*

[27] Le paragraphe 15(1) de la *Charte* dispose :

15 (1) La loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques.

[28] The two-step test for assessing a s. 15(1) claim is not at issue in this case. It requires the claimant to demonstrate that the impugned law or state action:

(a) creates a distinction based on enumerated or analogous grounds, on its face or in its impact; and

(b) imposes a burden or denies a benefit in a manner that has the effect of reinforcing, perpetuating, or exacerbating disadvantage (*R. v. C.P.*, 2021 SCC 19, [2021] 1 S.C.R. 679, at paras. 56 and 141; *Fraser v. Canada (Attorney General)*, 2020 SCC 28, [2020] 3 S.C.R. 113, at para. 27; *Kahkewistahaw First Nation v. Taypotat*, 2015 SCC 30, [2015] 2 S.C.R. 548, at paras. 19-20).

[29] While this framework is set out in the above-cited cases, its proper application and the burden of proof at each step is not clear. That is particularly so in cases of adverse impact discrimination, which "occurs when a seemingly neutral law has a disproportionate impact on members of groups protected on the basis of an enumerated or analogous ground" (*Fraser*, at para. 30; see also *Withler v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 12, [2011] 1 S.C.R. 396, at para. 64; *Taypotat*, at para. 22). Rather than explicitly singling out members of the protected group for differential treatment, the law does so indirectly (*Fraser*, at para. 30). This is the allegation here: that, while facially neutral, the impugned provisions disproportionately impact Ms. Sharma, as an Indigenous woman.

[30] Uncertainty in the evidentiary burden in adverse impact cases has arisen when courts collapse the two steps of analysis into one, as the majority at the Court of Appeal did here (see para. 83). The two steps are not watertight compartments or "impermeable silos" (*Fraser*, at para. 82), since each step considers the impact of the impugned law on the protected group. While there may be overlap in the evidence that is relevant at each step, the two steps ask fundamentally different questions. As such, the analysis at each step must remain distinct from the other.

[28] Le critère à deux volets applicable pour évaluer une demande fondée sur le par. 15(1) n'est pas en cause en l'espèce. Ce critère oblige le demandeur à démontrer que la loi ou la mesure de l'État contestée :

a) crée, à première vue ou de par son effet, une distinction fondée sur un motif énuméré ou analogue;

b) impose un fardeau ou nie un avantage d'une manière qui a pour effet de renforcer, de perpétuer ou d'accentuer le désavantage (*R. c. C.P.*, 2021 CSC 19, [2021] 1 R.C.S. 679, par. 56 et 141; *Fraser c. Canada (Procureur général)*, 2020 CSC 28, [2020] 3 R.C.S. 113, par. 27; *Première Nation de Kahkewistahaw c. Taypotat*, 2015 CSC 30, [2015] 2 R.C.S. 548, par. 19-20).

[29] Bien que ce cadre soit établi dans les arrêts précités, la façon dont il doit être appliqué et le fardeau de preuve à chaque étape ne sont pas clairs. C'est particulièrement le cas dans les affaires de discrimination par suite d'un effet préjudiciable, laquelle « survient lorsqu'une loi en apparence neutre a une incidence disproportionnée sur des membres de groupes bénéficiant d'une protection contre la discrimination fondée sur un motif énuméré ou analogue » (*Fraser*, par. 30; voir aussi *Withler c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 12, [2011] 1 R.C.S. 396, par. 64; *Taypotat*, par. 22). Plutôt que de cibler explicitement les membres du groupe protégé et de les soumettre à un traitement distinct, la loi le fait indirectement (*Fraser*, par. 30). C'est ce qui est allégué en l'espèce : quoique neutres en apparence, les dispositions contestées ont un effet disproportionné sur M^me^ Sharma, en tant que femme autochtone.

[30] L'incertitude quant au fardeau de preuve dans les affaires de discrimination par suite d'un effet préjudiciable survient lorsque les tribunaux regroupent les deux étapes de l'analyse en une seule, comme l'a fait la majorité de la Cour d'appel en l'espèce (voir par. 83). Il n'y a pas de « cloisons étanches » entre les deux étapes de l'analyse (*Fraser*, par. 82), puisqu'à chaque étape, on s'attarde aux effets de la loi contestée sur le groupe protégé. Bien que les éléments de preuve puissent se recouper à chacune des étapes, les deux étapes posent des questions fondamentalement différentes. L'analyse effectuée à une étape doit donc demeurer distincte de l'analyse faite à l'autre.

[31] The first step examines whether the impugned law created or contributed to a *disproportionate impact* on the claimant group based on a protected ground. This necessarily entails drawing a *comparison* between the claimant group and other groups or the general population (*Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143, at p. 164). The second step, in turn, asks whether that impact imposes burdens or denies benefits in a manner that *has the effect of reinforcing, perpetuating, or exacerbating a disadvantage*. The conclusion that an impugned law has a disproportionate impact on a protected group (step one) does not lead automatically to a finding that the distinction is discriminatory (step two).

[32] Deciding the issues raised in this appeal requires us to resolve three particular uncertainties associated with the s. 15(1) framework:

(a) whether the claimant must prove that the impugned law or state conduct *caused* (in the sense of *created or contributed to*) the disproportionate impact on the claimant;

(b) whether *the entire legislative context* is relevant to the s. 15(1) inquiry; and

(c) whether s. 15(1) imposes a *positive obligation* on the legislature to enact remedial legislation, and relatedly, whether the legislature can *incrementally* address disadvantage.

[33] On a careful reading, this Court's jurisprudence answers these questions. In so saying, we do not alter the two-step test for s. 15(1). Rather, we seek to bring clarity and predictability to its application, with a view to assisting parties to *Charter* challenges, judges adjudicating them, and legislators seeking to further s. 15's equality guarantee.

[34] We add that it should not be surprising that clarification is necessary. This Court has described s. 15(1) as the *Charter*'s "most conceptually difficult

[31] La première étape consiste à se demander si la loi contestée a créé un *effet disproportionné* sur le groupe demandeur pour un motif protégé ou a contribué à cet effet. Pour ce faire, il faut nécessairement établir une *comparaison* entre le groupe demandeur et d'autres groupes ou la population générale (*Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, p. 164). La deuxième étape, à son tour, vise à déterminer si cet effet impose des fardeaux ou refuse des avantages d'une manière qui *a pour effet de renforcer, de perpétuer ou d'accentuer un désavantage*. La conclusion que la loi contestée a un effet disproportionné sur un groupe protégé (première étape) ne permet pas automatiquement de conclure que la distinction est discriminatoire (deuxième étape).

[32] Pour trancher les questions soulevées dans le présent pourvoi, nous devons résoudre trois incertitudes particulières associées au cadre d'analyse fondé sur le par. 15(1) :

a) Le demandeur doit-il prouver que l'effet disproportionné dont il fait l'objet a été *causé* par la loi ou la conduite de l'État contestée (en ce sens qu'elle a *créé* cet effet ou y a *contribué*)?

b) *L'ensemble du contexte législatif* est-il pertinent pour l'examen relatif au par. 15(1)?

c) Le paragraphe 15(1) impose-t-il une *obligation positive* au législateur d'adopter des mesures législatives réparatrices et, dans le même ordre d'idées, le législateur peut-il remédier *de manière graduelle* à un désavantage?

[33] Une lecture attentive de la jurisprudence de notre Cour révèle qu'on y trouve des réponses à ces trois questions. En disant cela, nous ne modifions pas le critère à deux volets applicable à l'analyse fondée sur le par. 15(1). Nous cherchons plutôt à rendre son application plus claire et prévisible, afin d'aider les parties aux contestations fondées sur la *Charte*, les juges qui tranchent ces contestations et le législateur qui cherche à favoriser la garantie d'égalité consacrée à l'art. 15.

[34] Nous ajoutons qu'il ne devrait pas être surprenant que des précisions soient nécessaires. Notre Cour a en effet qualifié le par. 15(1) de « disposition

provision" (*Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497, at para. 2). The development of its analytical framework is "daunting" (B. McLachlin, P.C., "Equality: The Most Difficult Right" (2001), 14 *S.C.L.R.* (2d) 17, at p. 17), and it has gone through multiple formulations since 1989 (A. Puchta, "*Quebec v A* and *Taypotat*: Unpacking the Supreme Court's Latest Decisions on Section 15 of the *Charter*" (2018), 55 *Osgoode Hall L.J.* 665, at p. 665). Academics have criticized the current framework from various perspectives, the common thread being that it is unclear and, thus, leads to inconsistent application (see, e.g., J. Koshan and J. Watson Hamilton, "Meaningless Mantra: Substantive Equality after *Withler*" (2011), 16 *Rev. Const. Stud.* 31, at p. 61; M. Young, "Unequal to the Task: 'Kapp'ing the Substantive Potential of Section 15" (2010), 50 *S.C.L.R.* (2d) 183, at p. 185; R. Moon, "Comment on *Fraser v Canada (AG)*: The More Things Change" (2021), 30:2 *Const. Forum* 85).

[35] Our analysis proceeds in two parts. First, we provide guidance on the application of both steps of the s. 15(1) framework, with a preliminary point about the relationship between substantive equality and the two-step test. Under the first step, we discuss causation and its relationship with the evidentiary burden to establish disproportionate impact. Under the second step, we discuss three key issues: (1) the claimant's evidentiary burden to establish that a distinction is discriminatory; (2) the role of legislative context; and (3) the scope of the state's obligations to remedy social inequalities. Second, we apply the s. 15(1) framework to the impugned provisions.

[36] We conclude that Ms. Sharma has not satisfied her burden at the first step. She has not demonstrated that the impugned provisions create or contribute to increased imprisonment of Indigenous offenders for the relevant offences, relative to non-Indigenous offenders. The sentencing judge found that Ms. Sharma adduced *no* statistical information

de la *Charte* la plus difficile à comprendre au niveau conceptuel » (*Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497, par. 2). L'élaboration de son cadre analytique est [TRADUCTION] « une tâche redoutable » (B. McLachlin, C.P., « Equality : The Most Difficult Right » (2001), 14 *S.C.L.R.* (2d) 17, p. 17), et il a connu de multiples formulations depuis 1989 (A. Puchta, « *Quebec v A* and *Taypotat :* Unpacking the Supreme Court's Latest Decisions on Section 15 of the *Charter* » (2018), 55 *Osgoode Hall L.J.* 665, p. 665). Le cadre actuel est critiqué sous divers angles dans la doctrine, le fil conducteur étant que ce cadre n'est pas clair et, par conséquent, qu'il conduit à une application incohérente (voir, p. ex., J. Koshan et J. Watson Hamilton, « Meaningless Mantra : Substantive Equality after *Withler* » (2011), 16 *R. études const.* 31, p. 61; M. Young, « Unequal to the Task : "Kapp"ing the Substantive Potential of Section 15 » (2010), 50 *S.C.L.R.* (2d) 183, p. 185; R. Moon, « Comment on *Fraser v Canada (AG) :* The More Things Change » (2021), 30:2 *Forum const.* 85).

[35] Notre analyse se décline en deux parties. Premièrement, nous allons fournir des repères sur l'application des deux volets du cadre d'analyse fondé sur le par. 15(1), avec une remarque préliminaire au sujet du rapport entre l'égalité réelle et le critère à deux volets. À la première étape, nous examinerons le lien de causalité et sa relation avec le fardeau de preuve dont le demandeur doit s'acquitter pour établir l'existence d'un effet disproportionné. À la deuxième étape, nous traiterons de trois questions clés : (1) le fardeau de preuve qui incombe au demandeur d'établir qu'une distinction est discriminatoire; (2) le rôle que joue le contexte législatif; (3) l'étendue des obligations de l'État de remédier aux inégalités sociales. Deuxièmement, nous allons appliquer le cadre d'analyse fondé sur le par. 15(1) aux dispositions contestées.

[36] Nous concluons que M^me^ Sharma ne s'est pas acquittée du fardeau qui lui incombait à la première étape. Elle n'a pas démontré que les dispositions contestées ont pour effet d'accroître l'emprisonnement des délinquants autochtones pour les infractions pertinentes par rapport aux délinquants non autochtones ou qu'elles contribuent à un tel effet. Le juge

showing that the law creates such a distinction. While evidence of statistical disparity may not have been required to advance her s. 15 claim, the sentencing judge was correct to find that Ms. Sharma had not met her evidentiary burden at the first step based on the record presented. The Court of Appeal erred by interfering with the sentencing judge's finding of fact, and compounded this error by saying that no such evidentiary burden need be met.

(1) Guidance on the Section 15(1) Framework

(a) *Preliminary Point About Substantive Equality*

[37] Several recent decisions of this Court refer to substantive equality as the "animating norm" of s. 15 (*Fraser*, at para. 42, citing *Withler*, at para. 2; *R. v. Kapp*, 2008 SCC 41, [2008] 2 S.C.R. 483, at paras. 15-16; *Quebec (Attorney General) v. Alliance du personnel professionnel et technique de la santé et des services sociaux*, 2018 SCC 17, [2018] 1 S.C.R. 464, at para. 25). In these decisions, the Court stated that s. 15 of the *Charter* specifically protects substantive equality.

[38] The means by which substantive equality is protected is the application of the two-step test, as set out within each of these decisions (*Fraser*, at para. 27; *Withler*, at para. 30; *Kapp*, at para. 17; *Alliance*, at para. 25). This test has been affirmed repeatedly at this Court. While our colleague stresses the "touchstone" of substantive equality, a court's focus must ultimately be directed to *the test*, as stated by the jurisprudence. And where, applying that test, the claimant's burden at either step of s. 15(1) is not met, there is no infringement of s. 15 (and, therefore, no substantively unequal outcome).

chargé de la détermination de la peine a constaté que M^me^ Sharma n'avait produit *aucune* donnée statistique montrant que les dispositions contestées créaient une telle distinction. Même si la preuve d'un écart statistique n'était peut-être pas nécessaire pour faire valoir sa demande fondée sur l'art. 15, le juge chargé de la détermination de la peine a eu raison de conclure que M^me^ Sharma ne s'était pas acquittée de son fardeau de preuve à la première étape, au vu du dossier présenté. La Cour d'appel a commis une erreur en modifiant la conclusion de fait tirée par le juge chargé de la détermination de la peine, et elle a aggravé cette erreur en affirmant qu'il n'était pas nécessaire de s'acquitter de ce fardeau de preuve.

(1) Indications au sujet du cadre d'analyse fondé sur le par. 15(1)

a) *Remarques préliminaires à propos de l'égalité réelle*

[37] Dans plusieurs de ses arrêts récents, notre Cour qualifie l'égalité réelle de « norme fondamentale » établie par l'art. 15 (*Fraser*, par. 42, citant *Withler*, par. 2; *R. c. Kapp*, 2008 CSC 41, [2008] 2 R.C.S. 483, par. 15-16; *Québec (Procureure générale) c. Alliance du personnel professionnel et technique de la santé et des services sociaux*, 2018 CSC 17, [2018] 1 R.C.S. 464, par. 25). Dans ces décisions, la Cour a affirmé que l'art. 15 de la *Charte* protège spécifiquement l'égalité réelle.

[38] L'égalité réelle est protégée par l'application du critère à deux volets qui a été énoncé dans chacun de ces arrêts (*Fraser*, par. 27; *Withler*, par. 30; *Kapp*, par. 17; *Alliance*, par. 25). Ce critère a été confirmé à maintes reprises par notre Cour. Bien que notre collègue insiste sur le fait que l'égalité réelle constitue la « pierre d'assise », le tribunal doit en fin de compte se concentrer sur *le critère*, tel qu'il est énoncé dans la jurisprudence. Et si, en appliquant ce critère, il conclut que le demandeur ne s'est pas acquitté du fardeau qui lui incombait à l'une ou l'autre des étapes de l'analyse fondée sur le par. 15(1), il n'y a pas de violation de l'art. 15 (et, par conséquent, pas d'inégalité réelle).

(b) *Step One: Proving the Law, on its Face or in its Impact, Creates or Contributes to a Distinction on the Basis of a Protected Ground*

[39] Two questions arise. First, what is the *standard* by which courts should measure impact? And secondly, how may claimants *prove* impact?

[40] We start with the difference between impact and *disproportionate* impact. All laws are expected to impact individuals; merely showing that a law impacts a protected group is therefore insufficient. At step one of the s. 15(1) test, claimants must demonstrate a *disproportionate* impact on a protected group, as compared to non-group members. Said differently, leaving a gap between a protected group and non-group members *unaffected* does not infringe s. 15(1).

[41] The disproportionate impact requirement necessarily introduces comparison into the first step. As McIntyre J. explained in *Andrews*: "[Equality] is a comparative concept, the condition of which may only be attained or discerned by comparison with the condition of others in the social and political setting in which the question arises" (p. 164; see also *Fraser*, at para. 55). This Court no longer requires a "mirror comparator group" (*Withler*, at paras. 55-64; *Fraser*, at para. 94). However, *Withler* confirms that comparison plays a role at both steps of the s. 15(1) analysis. At the first step, the word "distinction" itself implies that the claimant is treated differently than others, whether directly or indirectly (*Withler*, at para. 62, cited in *Fraser*, at para. 48).

[42] As we have explained, in adverse impact cases, the law appears facially neutral. At step one, the claimant must present sufficient evidence to prove the impugned law, in its impact, *creates or contributes to* a disproportionate impact on the basis of a protected ground (*Fraser*, at para. 60, citing *Taypotat*, at para. 34; *Alliance*, at para. 26; *Symes v. Canada*,

b) *Première étape : démontrer que la loi crée, à première vue ou de par son effet, une distinction fondée sur un motif protégé*

[39] Deux questions se posent. Premièrement, selon quelle *norme* les tribunaux devraient-ils mesurer l'effet en question? Deuxièmement, comment les demandeurs peuvent-ils *prouver* cet effet?

[40] Il y a tout d'abord lieu de faire une différence entre un effet et un effet *disproportionné*. Toutes les lois sont censées avoir un certain effet sur les personnes; il ne suffit donc pas de démontrer que la loi a des effets sur un groupe protégé. À la première étape du critère du par. 15(1), les demandeurs doivent démontrer que la loi a un effet *disproportionné* sur un groupe protégé par rapport aux personnes qui ne font pas partie de ce groupe. Autrement dit, le fait de *laisser subsister* un écart entre le traitement d'un groupe protégé et le traitement des personnes ne faisant pas partie de ce groupe ne viole pas le par. 15(1).

[41] L'obligation de démontrer l'existence d'un effet disproportionné entraîne nécessairement un exercice de comparaison à la première étape. Comme l'a expliqué le juge McIntyre dans l'arrêt *Andrews*, « [l'égalité] est un concept comparatif dont la matérialisation ne peut être atteinte ou perçue que par comparaison avec la situation des autres dans le contexte socio-politique où la question est soulevée » (p. 164; voir aussi *Fraser*, par. 55). Notre Cour n'exige plus un « groupe de comparaison aux caractéristiques identiques » (*Withler*, par. 55-64; *Fraser*, par. 94). Toutefois, l'arrêt *Withler* confirme que la comparaison joue un rôle aux deux étapes de l'analyse fondée sur le par. 15(1). À la première étape, le mot « distinction » lui-même implique que le demandeur est traité différemment des autres, que ce soit directement ou indirectement (*Withler*, par. 62, cité dans *Fraser*, par. 48).

[42] Comme nous l'avons expliqué, dans les cas de discrimination par suite d'un effet préjudiciable, la loi contestée est en apparence neutre. À la première étape, le demandeur doit présenter suffisamment d'éléments de preuve pour démontrer que, de par son effet, la loi contestée *crée* un effet disproportionné en raison d'une distinction fondée sur un motif protégé ou

[1993] 4 S.C.R. 695, at pp. 764-65). Causation is thus a central issue. In *Withler*, the Court observed:

> In other cases, establishing the distinction will be more difficult, because what is alleged is indirect discrimination: that although the law purports to treat everyone the same, it has a disproportionately negative impact on a group or individual that can be identified by factors relating to enumerated or analogous grounds. . . . In that kind of case, the claimant will have more work to do at the first step. [para. 64]

[43] Since the *Charter*'s adoption, "claimants have been required to demonstrate, through evidence, some sort of nexus between a particular action of the state, such as legislation, and an infringement of a Charter right or freedom" (*Weatherley v. Canada (Attorney General)*, 2021 FCA 158, at para. 42 (CanLII), citing *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573; *Operation Dismantle Inc. v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 441, at pp. 447 and 490; *Symes*, at pp. 764-65; *Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission)*, 2000 SCC 44, [2000] 2 S.C.R. 307, at para. 60; *Canada (Attorney General) v. Bedford*, 2013 SCC 72, [2013] 3 S.C.R. 1101, at paras. 73-78; *Kazemi Estate v. Islamic Republic of Iran*, 2014 SCC 62, [2014] 3 S.C.R. 176, at paras. 126 and 131-34; *R. v. Kokopenace*, 2015 SCC 28, [2015] 2 S.C.R. 398, at paras. 251-53).

[44] This is confirmed by a long line of s. 15 jurisprudence: the claimant must establish a link or nexus between the impugned law and the discriminatory impact. In *Symes*, the Court stressed the importance of distinguishing between adverse impacts "caused" or "contributed to" by the impugned law and those which "exist independently of" the impugned provision or the state action (p. 765). As Abella J. explained in *Taypotat*:

> . . . intuition may well lead us to the conclusion that the provision has some disparate impact, but before we put the [government] to the burden of justifying a breach of s. 15 . . ., there must be enough evidence to show a *prima facie* breach. While the evidentiary burden need not be

contribue à cet effet (*Fraser*, par. 60, citant *Taypotat*, par. 34; *Alliance*, par. 26; *Symes c. Canada*, [1993] 4 R.C.S. 695, p. 764-765). Le lien de causalité joue donc un rôle capital. Dans l'arrêt *Withler*, la Cour a fait observer :

> Dans d'autres cas, [il] sera plus difficile [d'établir l'existence d'une distinction], parce que les allégations portent sur une discrimination indirecte : bien qu'elle prévoie un traitement égal pour tous, la loi a un effet négatif disproportionné sur un groupe ou une personne identifiable par des facteurs liés à des motifs énumérés ou analogues. [. . .] Dans ce cas, le demandeur aura une tâche plus lourde à la première étape. [par. 64]

[43] Depuis l'adoption de la *Charte*, « les demandeurs ont été tenus de démontrer, preuve à l'appui, un certain lien entre un acte précis de l'État, comme une loi, et une atteinte à une liberté ou à un droit garantis par la Charte » (*Weatherley c. Canada (Procureur général)*, 2021 CAF 158, par. 42 (CanLII), citant *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573; *Operation Dismantle Inc. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 441, p. 447 et 490; *Symes*, p. 764-765; *Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, 2000 CSC 44, [2000] 2 R.C.S. 307, par. 60; *Canada (Procureur général) c. Bedford*, 2013 CSC 72, [2013] 3 R.C.S. 1101, par. 73-78; *Kazemi (Succession) c. République islamique d'Iran*, 2014 CSC 62, [2014] 3 R.C.S. 176, par. 126 et 131-134; *R. c. Kokopenace*, 2015 CSC 28, [2015] 2 R.C.S. 398, par. 251-253).

[44] Une jurisprudence constante sur l'art. 15 confirme cette obligation : le demandeur doit établir un lien entre la loi contestée et l'effet discriminatoire. Dans l'arrêt *Symes*, la Cour a insisté sur l'importance d'établir une distinction entre les effets préjudiciables « causés en totalité ou en partie » par la loi contestée et les effets qui « existent indépendamment de » la disposition ou de la mesure de l'État contestée (p. 765). Comme l'a expliqué la juge Abella dans l'arrêt *Taypotat* :

> . . . l'intuition peut fort bien nous amener à la conclusion que la disposition en question produit des effets distincts sur certains groupes, mais avant d'exiger [du gouvernement] qu'[il] justifie la violation de l'art. 15 [. . .], il doit y avoir suffisamment d'éléments de preuve pour établir

onerous, the evidence must amount to more than a web of instinct. [para. 34]

[45] The causation requirement between the impugned law or state action and the disproportionate impact is recognized in the jurisprudence through the words "created" or "contributed to". Section 15(1) claimants must demonstrate that the impugned law or state action *created or contributed to* the disproportionate impact on the claimant group at step one (*Symes*, at p. 765). Both terms — "created" and "contributed to" — describe cause. "Contributed to" merely recognizes that the impugned law need not be the only or the dominant cause of the disproportionate impact.

[46] This is consonant with *Fraser*. In that case, Abella J. confirmed that once a claimant demonstrates that the impugned law or state action creates or contributes to the disproportionate impact on a group, they need not go further and show exactly *why* the law being challenged has that impact (*Fraser*, at paras. 63 and 70; *Weatherley*, at paras. 66-75).

[47] Two examples illuminate Abella J.'s reasoning from *Fraser* and the associated burden of proof on a claimant at step one. In *Fraser*, the claimants had to demonstrate that the pension plan created or contributed to an adverse impact on the enumerated ground of sex. Said differently, the claimants had to prove that state action (the legislated restrictions to the pension plan) created or contributed to the impact (disproportionately reduced pensions) for individuals who were part of a protected group (women). The Court, however, imposed no further burden of demonstrating that being part of a protected group caused the impact: the claimants did not have to prove they were unable to acquire full-time pension credit *because* they were women.

l'existence d'une atteinte à première vue. Bien qu'il ne soit pas nécessaire de s'acquitter d'un lourd fardeau de présentation, la preuve doit comprendre davantage qu'une accumulation d'intuitions. [par. 34]

[45] Le lien de causalité exigé entre la loi ou la mesure de l'État contestée et l'effet disproportionné est reconnu dans la jurisprudence par l'emploi des mots « créé » ou « contribué à ». Les auteurs de demandes fondées sur le par. 15(1) doivent démontrer à la première étape que la loi ou la mesure de l'État contestée *a créé* un effet disproportionné sur le groupe demandeur *ou y a contribué* (*Symes*, p. 765). Les deux termes — « créé » et « contribué à » — désignent la cause. L'expression « contribué à » reconnaît simplement qu'il n'est pas nécessaire que la loi contestée soit la seule ou la principale cause de l'effet disproportionné.

[46] Cette conclusion s'accorde avec l'arrêt *Fraser*, dans lequel la juge Abella a confirmé qu'une fois qu'il a démontré que la loi ou la mesure de l'État contestée créait un effet disproportionné sur les membres d'un groupe ou contribuait à cet effet, le demandeur n'a pas besoin de prouver en plus *pourquoi* la loi contestée a cet effet (*Fraser*, par. 63 et 70; *Weatherley*, par. 66-75).

[47] Deux exemples illustrent le raisonnement suivi par la juge Abella dans l'arrêt *Fraser* et le fardeau de la preuve dont le demandeur doit par conséquent s'acquitter à la première étape. Dans l'affaire *Fraser*, les demanderesses devaient démontrer que le régime de retraite créait un effet préjudiciable relatif au motif énuméré du sexe ou contribuait à cet effet. En d'autres termes, les demanderesses devaient prouver que la mesure de l'État (les restrictions imposées par la loi au régime de retraite) avait créé un effet ou y avait contribué (des pensions réduites de manière disproportionnée) pour les personnes faisant partie d'un groupe protégé (les femmes). La Cour n'a toutefois pas obligé en plus les demanderesses à démontrer que cet effet était attribuable au fait qu'elles faisaient partie d'un groupe protégé : les demanderesses n'avaient pas à prouver qu'elles n'étaient pas en mesure de racheter du service à temps plein ouvrant droit à pension *parce qu*'elles étaient des femmes.

[48] For the Court, Abella J. relied on *Griggs v. Duke Power Co.*, 401 U.S. 424 (1971), to illustrate her reasoning. In *Griggs*, the claimant did not have to show that he was denied employment opportunities because he was African American. However, the claimant *did* have to establish that the high school education requirement created or contributed to the adverse effect of disqualifying African Americans for those jobs as compared to other applicants. Demonstrating that a law created or contributed to a disproportionate impact on a protected group is sufficient for step one.

[48] La juge Abella, qui s'exprimait au nom de la Cour, a invoqué l'arrêt *Griggs c. Duke Power Co.*, 401 U.S. 424 (1971), pour illustrer son raisonnement. Dans l'affaire *Griggs*, le demandeur n'avait pas à démontrer qu'on lui avait refusé des possibilités d'emploi parce qu'il était afro-américain. Toutefois, il *devait* démontrer que l'exigence relative à l'obtention d'un diplôme d'études secondaires créait un effet préjudiciable, soit l'effet de disqualifier les Afro-Américains qui postulaient pour ces emplois comparativement aux autres candidats, ou bien encore qu'elle contribuait à cet effet. Il suffit, à la première étape, de démontrer que les dispositions contestées ont créé un effet disproportionné sur un groupe protégé ou ont contribué à cet effet.

[49] In confirming the claimant's causation burden at step one, we are mindful of the evidentiary hurdles and the asymmetry of knowledge (relative to the state) that many claimants face. In *Fraser*, Abella J. referred to two types of evidence that are helpful in proving that a law has a disproportionate impact: evidence about the "full context of the claimant group's situation" (*Withler*, at para. 43, cited in *Fraser*, at para. 57) and evidence about "the outcomes that the impugned law or policy . . . has produced in practice" (*Fraser*, at para. 58). Ideally, claims of adverse impact discrimination should be supported by *both* (para. 60). To give proper effect to the promise of s. 15(1), however, a claimant's evidentiary burden cannot be unduly difficult to meet. In that regard, courts should bear in mind the following considerations:

[49] En confirmant le lien de causalité que doit établir le demandeur à la première étape, nous sommes conscients des obstacles en matière de preuve ainsi que de ceux relatifs à l'asymétrie des connaissances (par rapport à l'État) auxquels font face de nombreux demandeurs. Dans l'arrêt *Fraser*, la juge Abella a mentionné deux types d'éléments de preuve utiles pour démontrer que la loi contestée a un effet disproportionné : les éléments de preuve portant sur « tous les éléments contextuels de la situation du groupe de demandeurs » (*Withler*, par. 43, cité dans *Fraser*, par. 57) et les éléments de preuve sur « les conséquences pratiques de la loi ou politique contestée » (*Fraser*, par. 58). Idéalement, les allégations de discrimination par suite d'un effet préjudiciable devraient s'appuyer sur *les deux* types d'éléments de preuve (par. 60). Pour réaliser concrètement la promesse du par. 15(1), toutefois, il ne devrait pas être indûment difficile pour le demandeur de s'acquitter de son fardeau de preuve. À cet égard, les tribunaux devraient tenir compte des facteurs suivants :

(a) No specific form of evidence is required.

(b) The claimant need not show the impugned law or state action was the *only* or the *dominant* cause of the disproportionate impact — they need only demonstrate that the law was *a* cause (that is, the law created *or contributed to* the disproportionate impact on a protected group).

a) Aucune forme particulière de preuve n'est requise.

b) Le demandeur n'a pas à démontrer que la loi ou la mesure de l'État contestée était la *seule* ou la *principale* cause de l'effet disproportionné; il lui suffit de démontrer que la loi était *une* cause (c'est-à-dire que la loi a créé l'effet disproportionné en question sur un groupe protégé *ou y a contribué*).

(c) The causal connection may be satisfied by a reasonable inference. Depending on the impugned law or state action at issue, causation may be obvious and require no evidence. Where evidence is required, courts should remain mindful that statistics may not be available. Expert testimony, case studies, or other qualitative evidence may be sufficient. In all circumstances, courts should examine evidence that purports to demonstrate a causal connection to ensure that it conforms with standards associated to its discipline.

(d) Courts should carefully scrutinize scientific evidence (see National Judicial Institute, *Science Manual for Canadian Judges* (2018); see also National Research Council and Federal Judicial Center, *Reference Manual on Scientific Evidence* (3rd ed. 2011)).

(e) If the scientific evidence is novel, courts should admit it only if it has a "reliable foundation" (*R. v. J.-L.J.*, 2000 SCC 51, [2000] 2 S.C.R. 600, at para. 33; see also *R. v. Trochym*, 2007 SCC 6, [2007] 1 S.C.R. 239, at para. 36).

[50] In summary, the first step asks whether the impugned provisions create or contribute to a disproportionate impact on the claimant group based on a protected ground as compared to other groups. If a claimant establishes that the law or state action creates or contributes to a disproportionate impact, the court should proceed to the second step. But to be clear, while the evidentiary burden at the first step should not be undue, it must be fulfilled. The particular evidentiary burden on claimants will depend on the claim. What remains consistent is that there is a burden on claimants at step one.

c) Le lien de causalité peut être établi par une inférence raisonnable. Selon la nature de la loi contestée ou de la mesure de l'État contestée, le lien de causalité peut être évident et ne nécessiter aucune preuve. Lorsque des éléments de preuve sont requis, les tribunaux doivent garder à l'esprit qu'il n'existe pas nécessairement de statistiques. Des témoignages d'experts, des études de cas ou d'autres preuves qualitatives peuvent suffire. Dans tous les cas, les tribunaux devraient examiner les éléments de preuve qui visent à démontrer l'existence d'un lien de causalité pour s'assurer qu'ils sont conformes aux normes associées à leur discipline.

d) Les tribunaux devraient examiner attentivement les preuves scientifiques (voir Institut national de la magistrature, *Manuel scientifique à l'intention des juges canadiens* (2018); voir aussi National Research Council and Federal Judicial Center, *Reference Manual on Scientific Evidence* (3e éd. 2011)).

e) Si les preuves scientifiques sont nouvelles, les tribunaux ne devraient les admettre que si elles ont un [TRADUCTION] « fondement fiable » (*R. c. J.-L.J.*, 2000 CSC 51, [2000] 2 R.C.S. 600, par. 33; voir aussi *R. c. Trochym*, 2007 CSC 6, [2007] 1 R.C.S. 239, par. 36).

[50] En résumé, la première étape consiste à déterminer si les dispositions contestées créent un effet disproportionné pour un motif protégé sur le groupe demandeur par rapport à d'autres groupes ou contribuent à cet effet. Si le demandeur établit que la loi ou la mesure de l'État crée un effet disproportionné ou y contribue, le tribunal doit passer à la deuxième étape. Il faut toutefois bien comprendre que, même si le fardeau de preuve à la première étape ne doit pas être excessif, le demandeur doit s'en acquitter. La nature exacte du fardeau de preuve imposé aux demandeurs dépend de ce qu'ils demandent. Dans tous les cas cependant, il demeure que les demandeurs doivent s'acquitter d'un fardeau à la première étape.

(c) *Step Two: Proving the Law Imposes Burdens or Denies Benefits in a Manner That Has the Effect of Reinforcing, Perpetuating, or Exacerbating Their Disadvantage*

(i) Evidentiary Burden

[51] It has never been the view of this Court that every distinction is discriminatory (*Andrews*, at p. 182). Hence the importance of the second step of the s. 15(1) test, requiring the claimant to establish that the impugned law imposes burdens or denies benefits in a manner that has the effect of reinforcing, perpetuating, or exacerbating the group's disadvantage. The question becomes, what does it mean to reinforce, perpetuate, or exacerbate disadvantage?

[52] Courts must examine the historical or systemic disadvantage of the claimant group. Leaving the situation of a claimant group unaffected is insufficient to meet the step two requirements. Two decisions of this Court demonstrate this point. In *Fraser*, Abella J. observed: "The goal is to examine the impact of the harm caused to the affected group", which may include economic exclusion or disadvantage, social exclusion, psychological harms, physical harms or political exclusion (para. 76 (emphasis added), citing C. Sheppard, *Inclusive Equality: The Relational Dimensions of Systemic Discrimination in Canada* (2010), at pp. 62-63). In *Withler*, this Court explained that a negative impact or worsened situation was required:

> Whether the s. 15 analysis focusses on perpetuating disadvantage or stereotyping, the analysis involves looking at the circumstances of members of the group and the negative impact of the law on them. The analysis is contextual, not formalistic, grounded in the actual situation of the group and the potential of the impugned law to worsen their situation. [para. 37]

[53] This Court has outlined several factors that may assist a judge in determining whether claimants have met their burden at step two: arbitrariness, prejudice, and stereotyping. These factors are not

c) *Seconde étape : démontrer que la loi impose un fardeau ou nie un avantage d'une manière qui a pour effet de renforcer, de perpétuer ou d'accentuer le désavantage*

(i) Fardeau de la preuve

[51] Notre Cour n'a jamais été d'avis que toute distinction est discriminatoire (*Andrews*, p. 182). D'où l'importance de la deuxième étape du critère du par. 15(1), qui oblige le demandeur à démontrer que la loi contestée impose un fardeau ou nie un avantage d'une manière qui a pour effet de renforcer, de perpétuer ou d'accentuer le désavantage subi par le groupe touché. La question qui se pose est la suivante : que doit-on entendre par renforcer, perpétuer ou accentuer un désavantage?

[52] Les tribunaux doivent examiner les désavantages historiques ou systémiques dont a fait l'objet le groupe demandeur. Le fait de laisser subsister un tel désavantage n'est pas suffisant en soi pour satisfaire aux exigences de la deuxième étape. Deux arrêts de notre Cour le démontrent. Dans l'arrêt *Fraser*, la juge Abella a fait observer : « L'objectif est d'examiner l'effet du préjudice causé au groupe touché », lequel préjudice peut prendre la forme d'une exclusion ou d'un désavantage économique, d'une exclusion sociale, de préjudices psychologiques, de préjudices physiques ou d'une exclusion politique (par. 76 (nous soulignons), citant C. Sheppard, *Inclusive Equality : The Relational Dimensions of Systemic Discrimination in Canada* (2010), p. 62-63). Dans l'arrêt *Withler*, notre Cour a expliqué qu'une incidence négative ou l'aggravation de la situation était nécessaire :

> Qu'elle vise à déterminer si un désavantage est perpétué ou si un stéréotype est appliqué, l'analyse requise par l'art. 15 appelle l'examen de la situation des membres du groupe et de l'incidence négative de la mesure sur eux. Il s'agit d'une analyse contextuelle, non formaliste, basée sur la situation véritable du groupe et sur le risque que la mesure contestée aggrave sa situation. [par. 37]

[53] Notre Cour a proposé plusieurs facteurs susceptibles d'aider le juge à déterminer si le demandeur s'est déchargé du fardeau qui lui incombait à la deuxième étape : l'arbitraire, les préjugés et les stéréotypes. Le

necessary components; while "[t]hey may assist in showing that a law has negative effects on a particular group, . . . they 'are neither separate elements of the *Andrews* test, nor categories into which a claim of discrimination must fit'" (*Fraser*, at para. 78, citing *Quebec (Attorney General) v. A*, 2013 SCC 5, [2013] 1 S.C.R. 61, at para. 329). Nonetheless, courts may usefully consider whether these factors are present:

(a) **Stereotyping or prejudice:** These factors played a critical role at step two in *Ontario (Attorney General) v. G*, 2020 SCC 38, [2020] 3 S.C.R. 629. There, the Court held that the impugned law had a discriminatory impact because it furthered stereotypes and "prejudicial notions" about persons with disabilities (para. 62), reinforced "the stigmatizing idea that those with mental illness are inherently and permanently dangerous" and, in so doing, perpetuated the disadvantage they experienced (para. 65).

(b) **Arbitrariness:** A distinction that does not withhold access to benefits or impose burdens, or that is based on an individual's actual capacities, will rarely be discriminatory (*Andrews*, at pp. 174-75). Abella J. described the role that arbitrariness can play in the analysis in both *Quebec v. A* (paras. 221 and 331) and *Taypotat* (paras. 16, 18, 20, 28 and 34). *Taypotat* focused on "arbitrary — or discriminatory — disadvantage, that is, whether the impugned law fails to respond to the actual capacities and needs of the members of the group and instead imposes burdens or denies a benefit in a manner that has the effect of reinforcing, perpetuating or exacerbating their disadvantage" (para. 20 (emphasis added)).

[54] Again, *Fraser* is illustrative. To recall, at step one, the claimants had to demonstrate that the pension plan created or contributed to a disproportionate impact on the enumerated ground of sex. Once that requirement was met, at step two they had to show

juge n'est pas tenu de prendre en compte ces facteurs; même s'ils « peuvent aider à démontrer qu'une loi a des effets négatifs sur un groupe particulier, [. . .] ils ne sont "ni des éléments particuliers du critère établi dans l'arrêt *Andrews*, ni des catégories auxquelles doit se rattacher la plainte de discrimination" » (*Fraser*, par. 78, citant *Québec (Procureur général) c. A*, 2013 CSC 5, [2013] 1 R.C.S. 61, par. 329). Néanmoins, il peut être utile pour les tribunaux de déterminer si les facteurs suivants sont présents :

a) **Stéréotypes ou préjugés :** Ces facteurs ont joué un rôle essentiel à la deuxième étape dans l'affaire *Ontario (Procureur général) c. G*, 2020 CSC 38, [2020] 3 S.C.R. 629. Dans cet arrêt, la Cour a jugé que la loi contestée avait un effet discriminatoire parce qu'elle encourageait les stéréotypes et les « préjugés » sur les personnes handicapées (par. 62), qu'elle renforçait « l'idée stigmatisante selon laquelle les personnes souffrant de troubles mentaux sont en soi dangereuses et présenteront toujours un danger » et que, ce faisant, elle perpétuait le désavantage que subissaient ces personnes (par. 65).

b) **Arbitraire :** Une distinction qui n'a pas pour effet de restreindre l'accès à des avantages ou d'imposer un fardeau, ou bien celle qui est fondée sur les capacités réelles d'une personne, sera rarement discriminatoire (*Andrews*, p. 174-175). La juge Abella a expliqué le rôle que peut jouer l'arbitraire dans l'analyse tant dans l'arrêt *Québec c. A* (par. 221 et 331) que dans la décision *Taypotat* (par. 16, 18, 20, 28 et 34). Dans l'arrêt *Taypotat*, la Cour a axé l'analyse sur « les désavantages arbitraires — ou discriminatoires —, c'est-à-dire sur la question de savoir si la loi contestée ne répond pas aux capacités et aux besoins concrets des membres du groupe et leur impose plutôt un fardeau ou leur nie un avantage d'une manière qui a pour effet de renforcer, de perpétuer ou d'accentuer le désavantage dont ils sont victimes » (par. 20 (nous soulignons)).

[54] Encore une fois, l'affaire *Fraser* est un bon exemple. On se souviendra qu'à la première étape, les demanderesses devaient démontrer que le régime de retraite avait créé un effet disproportionné sur la base du motif énuméré que constitue le sexe ou bien encore

that the disproportionate impact imposed burdens or denied benefits in a manner that had the effect of reinforcing, perpetuating or exacerbating the historic or systemic disadvantage against that group. Since pension plans have been historically designed "for middle and upper-income full-time employees with long service, typically male" (para. 108, citing *Report of the Royal Commission on the Status of Pensions in Ontario* (1980), at p. 116), the state action "perpetuate[d] a long-standing source of economic disadvantage for women" (para. 113). Thereby, the second step was satisfied.

[55] In light of that test, it is helpful to underline three points regarding the evidentiary burden at step two:

(a) The claimant need not prove that the legislature *intended* to discriminate (*Fraser*, at para. 69; *Ontario v. G*, at para. 46, citing *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624, at para. 62; *Andrews*, at p. 173).

(b) Judicial notice can play a role at step two. As this Court recognized in *Law*, "a court may take judicial notice of notorious and undisputed facts, or of facts which are capable of immediate and accurate demonstration, by resorting to readily accessible sources of indisputable accuracy" (para. 77, citing J. Sopinka, S. N. Lederman and A. W. Bryant, *The Law of Evidence in Canada* (1992), at p. 976). Of note here, the Court has taken judicial notice of the history of colonialism and how it translates into higher levels of incarceration for Indigenous peoples (*R. v. Ipeelee*, 2012 SCC 13, [2012] 1 S.C.R. 433, at para. 60).

(c) Courts may *infer* that a law has the effect of reinforcing, perpetuating, or exacerbating disadvantage, where such an inference is supported by the available evidence (*Law*, at para. 75). One must bear in mind, however, that inference is not mere assertion; nor is it *a priori* reasoning.

qu'il avait contribué à un tel effet. Une fois cette étape complétée, elles devaient, à la deuxième étape, démontrer que cet effet préjudiciable leur imposait un fardeau ou leur niait un avantage d'une manière qui avait pour effet de renforcer, de perpétuer ou d'accentuer le désavantage historique ou systémique dont ce groupe était victime. Puisque les régimes de pension ont historiquement été conçus pour favoriser [TRADUCTION] « les employés à temps plein à revenu moyen et élevé comptant de nombreuses années de services, habituellement des hommes » (par. 108, citant *Report of the Royal Commission on the Status of Pensions in Ontario* (1980), p. 116), la mesure de l'État « perpétu[ait] une source de désavantage économique de longue date pour les femmes » (par. 113). La deuxième étape de l'analyse était donc franchie.

[55] À la lumière de ce critère, il est utile de souligner trois points concernant le fardeau de preuve à la deuxième étape :

a) Le demandeur n'a pas à prouver que le législateur *avait l'intention* de discriminer (*Fraser*, par. 69; *Ontario c. G*, par. 46, citant *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624, par. 62; *Andrews*, p. 173).

b) La connaissance d'office peut jouer un rôle à la deuxième étape. Comme l'a reconnu notre Cour dans l'arrêt *Law*, le « tribunal peut prendre connaissance d'office de faits notoires et non contestés, ou de faits que l'on peut démontrer immédiatement et avec exactitude en se reportant à des sources facilement accessibles d'une exactitude incontestable » (par. 77, citant J. Sopinka, S. N. Lederman et A. W. Bryant, *The Law of Evidence in Canada* (1992), p. 976). Il convient de noter que la Cour a pris connaissance d'office de l'histoire du colonialisme et de la façon dont il s'est traduit par un taux élevé d'incarcération chez les Autochtones (*R. c. Ipeelee*, 2012 CSC 13, [2012] 1 R.C.S. 433, par. 60).

c) Les tribunaux peuvent *inférer* qu'une loi a pour effet de renforcer, de perpétuer ou d'accentuer un désavantage, lorsqu'une telle inférence est étayée par la preuve disponible (*Law*, par. 75). Il faut cependant garder à l'esprit que l'inférence n'est pas une simple affirmation, ni un raisonnement a priori.

(ii) Legislative Context

[56] To determine whether a distinction is discriminatory under the second step, courts should also consider the broader legislative context.

[57] Such an approach is well-supported in our jurisprudence. In *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493, this Court held "[t]he comprehensive nature of the Act must be taken into account in considering the effect of excluding one ground from its protection" (para. 96). Similarly, in *Withler*, the analysis was said to entail consideration of "the full context of the claimant group's situation and the actual impact of the law on that situation" (para. 43). Where the impugned provision is part of a larger legislative scheme (as is often so), the Court explained, that broader scheme must be accounted for (para. 3), and the "ameliorative effect of the law on others and the multiplicity of interests it attempts to balance will also colour the discrimination analysis" (para. 38 (emphasis added)). In *Taypotat*, Abella J. harboured "serious doubts" that the impugned law imposed arbitrary disadvantage, particularly after considering the context of the relevant legislation "as a whole" (para. 28).

[58] Most recently, in *C.P.*, the constitutionality of s. 37(10) of the *Youth Criminal Justice Act*, S.C. 2002, c. 1 ("*YCJA*") was at issue. The impugned provision did not provide young persons an automatic right of appeal to this Court where an appellate judge below dissents on a question of law, as the *Criminal Code* provides to adult offenders. Chief Justice Wagner, writing for four members of this Court, explicitly and carefully considered the entire legislative scheme, observing that the *YCJA* is designed to balance multiple goals — not only enhanced procedural protections, but also timely intervention and prompt resolution (para. 146). He further explained that an "approach requiring line-by-line parity with the *Criminal Code* without reference to the distinct nature of the underlying scheme of the *YCJA* would indeed

(ii) Contexte législatif

[56] Pour déterminer si une distinction est discriminatoire à la deuxième étape de l'analyse, les tribunaux devraient également tenir compte du contexte législatif plus large.

[57] Cette approche est bien appuyée par notre jurisprudence. Dans l'arrêt *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493, notre Cour a déclaré que « [l]e fait que la Loi établit un régime complet doit être pris en considération dans l'analyse de l'effet qu'a l'exclusion d'un motif de distinction illicite » (par. 96). De même, dans l'arrêt *Withler*, la Cour a estimé que l'analyse commandait « l'appréciation de tous les éléments contextuels de la situation du groupe de demandeurs et de l'effet réel de la mesure législative sur leur situation » (par. 43). La Cour a expliqué que, lorsque la disposition contestée s'inscrit dans un régime législatif général — comme c'est souvent le cas —, il faut tenir compte de l'économie générale de la loi (par. 3), et que « [l']effet d'amélioration [de la mesure législative] sur la situation des autres participants et la multiplicité des intérêts qu'elle tente de concilier joueront également dans l'analyse du caractère discriminatoire » (par. 38 (nous soulignons)). Dans l'arrêt *Taypotat*, la juge Abella a exprimé « de sérieuses réserves » sur la question de savoir si la loi contestée avait pour effet d'imposer un désavantage arbitraire, surtout après avoir tenu compte de la loi applicable « dans son ensemble » (par. 28).

[58] Plus récemment, dans l'affaire *C.P.*, la constitutionnalité du par. 37(10) de la *Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents*, L.C. 2002, c. 1 (« *LSJPA* »), était en litige. La dispostion contestée privait les jeunes contrevenants d'un droit d'appel automatique à notre Cour lorsqu'un juge de la cour d'appel était dissident sur une question de droit, ce même droit d'appel étant pourtant accordé par le *Code criminel* aux contrevenants adultes. S'exprimant au nom de quatre juges de notre Cour, le juge en chef Wagner a expressément et soigneusement examiné le contexte législatif global. Il a fait observer que la *LSJPA* vise à établir un équilibre entre de multiples buts — non seulement la prise de mesures procédurales supplémentaires, mais aussi la prise de mesures opportunes et la résolution diligente des

be contrary to the contextual approach" (para. 145). In choosing not to provide young persons with an automatic right to appeal, he concluded "Parliament did not discriminate against them, but responded to the reality of their lives" (para. 162). Therefore, step two was not satisfied. We would endorse this approach, as it is consistent with *Withler*, *Taypotat*, and *Vriend*.

[59] Relevant considerations include: the objects of the scheme, whether a policy is designed to benefit a number of different groups, the allocation of resources, particular policy goals sought to be achieved, and whether the lines are drawn mindful as to those factors (*Withler*, at para. 67; see also paras. 3, 38, 40 and 81).

[60] A contextual approach is particularly significant when analyzing the constitutionality of sentencing regimes. Here, the impugned provisions cannot properly be considered in a manner that is divorced from the broader context of sentencing law as provided for in Part XXIII of the *Criminal Code*. Part XXIII reflects a balance or interaction among the statutory principles set out in s. 718 of the *Criminal Code*, including rehabilitation, denunciation and deterrence, reparations to victims, separation from society, and the principle of restraint in s. 718.2(e). Also relevant to the legislative context is the internal limit contained in s. 718.2(e). The provision instructs courts to consider for all offenders "all available sanctions, other than imprisonment, that are reasonable in the circumstances and consistent with the harm done to victims or to the community . . ., with particular attention to the circumstances of Aboriginal offenders" (see *Proulx*, at paras. 94-101).

[61] Parliament has the exclusive authority to legislate in matters of sentencing policy. There is no constitutional right to any particular sentence, including

affaires (par. 146). Il a également expliqué qu'une « approche qui exigerait une parité absolue avec le *Code criminel* sans tenir compte de la nature distincte du régime qui sous-tend la *LSJPA* serait en fait contraire à l'approche contextuelle » (par. 145). Il a conclu qu'en choisissant de refuser aux adolescents un droit d'appel automatique, « le Parlement n'a pas exercé de discrimination à leur endroit, mais il a plutôt tenu compte de la réalité de leur vie » (par. 162). Par conséquent, la deuxième étape n'avait pas été franchie. Nous souscrivons à cette approche, car elle est conforme aux arrêts *Withler*, *Taypotat* et *Vriend*.

[59] Parmi les facteurs pertinents, mentionnons : les objets du régime, la question de savoir si la politique est conçue dans l'intérêt de divers groupes, l'affectation des ressources, les objectifs d'intérêt public particuliers visés par le législateur et la question de savoir si les limites prévues par le régime tiennent compte de ces facteurs (*Withler*, par. 67; voir aussi par. 3, 38, 40 et 81).

[60] L'approche contextuelle est particulièrement importante lorsqu'on analyse la constitutionnalité d'un régime de détermination de la peine. En l'espèce, on ne peut examiner comme il se doit les dispositions contestées si on les dissocie du contexte plus large des règles régissant la détermination de la peine, lesquelles sont prévues à la partie XXIII du *Code criminel*. La partie XXIII reflète un équilibre ou une interaction entre les principes énoncés à l'art. 718 du *Code criminel*, y compris la réinsertion sociale, la dénonciation et la dissuasion, la réparation des torts causés aux victimes, l'isolement du délinquant du reste de la société et le principe de modération prévu à l'al. 718.2e). La limite interne prévue à l'al. 718.2e) est également pertinente dans ce contexte législatif. La disposition donne pour instruction aux tribunaux d'examiner à l'égard de l'ensemble des délinquants, « plus particulièrement en ce qui concerne les délinquants autochtones [. . .] toutes les sanctions substitutives qui sont raisonnables dans les circonstances et qui tiennent compte du tort causé aux victimes ou à la collectivité » (voir *Proulx*, par. 94-101).

[61] Le Parlement a le pouvoir exclusif de légiférer pour élaborer une politique en matière de détermination de la peine. Il n'existe pas de droit constitutionnel

a conditional sentence (*R. v. Serov*, 2016 BCSC 636, 353 C.R.R. (2d) 264, at para. 35; *R. v. Chen*, 2021 BCSC 697, at para. 212 (CanLII)). Parliament had no positive obligation to create the conditional sentence regime. This Court stated in *Proulx* that Parliament could "have easily excluded specific offences" from the conditional sentencing regime when it came into force in 1996 (para. 79). It chose to do so later, and may choose to do so in the future. That is inherent in the role of Parliament, informed by experience and by the wishes of the electorate. As we explain in greater detail below, Parliament is not bound by its past policy choices, and sentencing legislation must be assessed on its own to determine whether it is constitutionally compliant, without having regard to the prior legislative scheme (*Alliance*, at para. 33). In the context of equality claims regarding criminal sentencing policy, an area of law that involves multifaceted and complex policy considerations, the s. 15(1) analysis must be conducted with sensitivity and due regard to the present legislative scheme.

à une peine particulière, y compris à l'emprisonnement avec sursis (*R. c. Serov*, 2016 BCSC 636, 353 C.R.R. (2d) 264, par. 35; *R. c. Chen*, 2021 BCSC 697, par. 212 (CanLII)). Le Parlement n'avait aucune obligation positive de créer le régime d'octroi du sursis à l'emprisonnement. Notre Cour a déclaré, dans l'arrêt *Proulx*, que le Parlement « aurait pu facilement exclure certaines autres infractions » du régime d'octroi du sursis à l'emprisonnement lorsque celui-ci est entré en vigueur en 1996 (par. 79). Il a choisi de le faire plus tard, tout comme il peut choisir de le faire dans le futur. Il s'agit là d'une caractéristique inhérente du rôle du Parlement, lequel est guidé dans ses décisions par l'expérience et par la volonté des électeurs. Comme nous l'expliquons plus en détail ci-dessous, le Parlement n'est pas lié par ses choix antérieurs en matière de politique générale, et les dispositions législatives qui concernent la détermination de la peine doivent être évaluées en elles-mêmes afin d'établir si elles sont conformes à la Constitution, sans égard au régime législatif antérieur (*Alliance*, par. 33). Dans le contexte d'allégations visant l'inégalité d'une politique en matière de détermination de la peine, un domaine du droit qui comporte des considérations de politique générale complexes et à multiples facettes, l'analyse fondée sur le par. 15(1) doit être effectuée avec une certaine sensibilité et en tenant dûment compte du régime législatif actuel.

(iii) The Scope of the State's Obligations to Remedy Social Inequalities

[62] Given the questions raised in this appeal, it is important to confirm two principles related to the government's obligations under s. 15(1).

[63] First, s. 15(1) does not impose a general, positive obligation on the state to remedy social inequalities or enact remedial legislation (*Thibaudeau v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 627, at para. 37; *Eldridge*, at para. 73; *Auton (Guardian ad litem of) v. British Columbia (Attorney General)*, 2004 SCC 78, [2004] 3 S.C.R. 657, at para. 41; *Alliance*, at para. 42). Were it otherwise, courts would be impermissibly pulled into the complex legislative domain of policy and resource allocation, contrary to the separation of powers. In *Alliance*, this Court struck down amendments to

(iii) L'étendue des obligations de l'État de remédier aux inégalités sociales

[62] Compte tenu des questions soulevées dans le présent pourvoi, il est important de confirmer deux principes relatifs aux obligations que le par. 15(1) impose à l'État.

[63] Tout d'abord, le par. 15(1) n'a pas pour effet d'imposer à l'État une obligation positive générale de remédier aux inégalités sociales ou d'adopter des lois réparatrices (*Thibaudeau c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 627, par. 37; *Eldridge*, par. 73; *Auton (Tutrice à l'instance de) c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, 2004 CSC 78, [2004] 3 R.C.S. 657, par. 41; *Alliance*, par. 42). S'il en était autrement, les tribunaux seraient entraînés de manière inadmissible à s'ingérer dans le rôle complexe dévolu au législateur en matière d'élaboration de politiques et d'affectation

Quebec's pay equity legislation that "interfere[d] with access to anti-discrimination law" by undermining existing legislative pay equity protections (para. 39). But in so doing, Abella J. expressly *declined* to impose a "freestanding positive obligation on the state to enact benefit schemes to redress social inequalities" (para. 42). The Court further affirmed that s. 15(1) does not bind the legislature to its current policies:

> I do not share the unions' view that once Quebec adopted ss. 40 to 43, it was constitutionally required to keep them on the books, so that any modification in the type or extent of protection afforded by those provisions would amount to a constitutional violation. To accept that submission in these circumstances would constitutionalize the policy choice embodied in the first version of the *Act*, improperly shifting the focus of the analysis to the form of the law, rather than its effects. Instead, there is a discriminatory impact because, assessed on their own and regardless of the prior legislative scheme, the impugned provisions perpetuate the pre-existing disadvantage of women. [Emphasis added; emphasis in original deleted; para. 33.]

[64] Secondly, this Court in *Alliance* confirmed that, when the state does legislate to address inequality, it can do so *incrementally*:

> The result of finding that Quebec's amendments breach s. 15 in this case is not, as Quebec suggests, to impose a freestanding positive obligation on the state to enact benefit schemes to redress social inequalities. Nor does it undermine the state's ability to act incrementally in addressing systemic inequality. [Emphasis added; para. 42.]

[65] Incrementalism is deeply grounded in *Charter* jurisprudence. In *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713, the Court accepted that the state may implement reforms "one step at a time, addressing itself to the phase of the problem which seems most acute to the legislative mind" (p. 772 (emphasis added)). Expanding on the passage in *Edwards Books*,

des ressources, ce qui serait contraire au principe de la séparation des pouvoirs. Dans l'arrêt *Alliance*, notre Cour a invalidé des modifications apportées à la loi québécoise sur l'équité salariale au motif que ces modifications « entrav[aient] l'accès aux mesures antidiscrimination » en affaiblissant les protections législatives existantes en matière d'équité salariale (par. 39). Toutefois, ce faisant, la juge Abella a expressément *refusé* d'imposer « à l'État une obligation positive distincte d'adopter des régimes de prestations visant à corriger des inégalités sociales » (par. 42). La Cour a également affirmé que le par. 15(1) n'oblige pas le législateur à maintenir ses politiques actuelles :

> Je ne partage pas le point de vue des syndicats selon lequel, après avoir adopté les art. 40 à 43, le Québec avait l'obligation constitutionnelle de les garder en vigueur, de sorte que toute modification du type ou de l'étendue de la protection offerte par ces dispositions équivaudrait à une violation constitutionnelle. Accepter cet argument dans les circonstances reviendrait à constitutionnaliser la décision de politique générale consacrée dans la première version de la *Loi* et, par le fait même, à axer indûment l'analyse sur la forme de la loi, plutôt que sur ses effets. Les dispositions législatives contestées ont plutôt un effet discriminatoire parce que, évaluées en elles-mêmes et sans égard au régime législatif antérieur, elles perpétuent le désavantage préexistant des femmes. [Nous soulignons; italique dans l'original omis; par. 33.]

[64] Ensuite, dans l'arrêt *Alliance*, notre Cour a confirmé que, lorsque l'État légifère pour s'attaquer à des inégalités, il peut procéder *de manière graduelle* :

> Contrairement à ce que fait valoir le Québec, conclure en l'espèce que les modifications apportées par cette province violent l'art. 15 n'a pas pour effet d'imposer à l'État une obligation positive distincte d'adopter des régimes de prestations visant à corriger des inégalités sociales. Une telle conclusion ne mine pas non plus la capacité de l'État à agir de manière graduelle pour s'attaquer aux inégalités systémiques. [Nous soulignons; par. 42.]

[65] Le gradualisme est solidement ancré dans la jurisprudence relative à la *Charte*. Dans l'arrêt *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713, la Cour a reconnu que l'État pouvait mettre en œuvre une réforme « étape par étape, en ne s'attaquant qu'à la phase du problème que le législateur estime la plus critique » (p. 772 (nous soulignons)). Développant

La Forest J. confirmed in *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229, that a legislature "must be given reasonable leeway to deal with problems one step at a time, to balance possible inequalities under the law against other inequalities resulting from the adoption of a course of action, and to take account of the difficulties, whether social, economic or budgetary, that would arise if it attempted to deal with social and economic problems in their entirety" (p. 317). He also emphasized that, generally, courts "should not lightly use the *Charter* to second-guess legislative judgment as to just how quickly it should proceed in moving forward towards the ideal of equality" (p. 318). See also *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679; *Gosselin v. Quebec (Attorney General)*, 2002 SCC 84, [2002] 4 S.C.R. 429; and *Auton*, at paras. 61-62.

(2) Application to the Impugned Provisions

[66] For the reasons that follow, we are of the view that Ms. Sharma's claim fails at the first step of the s. 15(1) analysis. The impugned provisions do not create or contribute to a disproportionate impact on Ms. Sharma as an Indigenous offender.

[67] The sentencing judge rejected Ms. Sharma's s. 15(1) claim, concluding that there was "difficulty on this record" identifying an impact that he would classify as a distinction (para. 257). He held that Ms. Sharma adduced "no statistical information" demonstrating that the legislation caused a distinction (*ibid.*).

[68] The Court of Appeal disagreed with the sentencing judge's conclusion on the first step, relying on the observation that "Aboriginal offenders start from a place of substantive inequality in the criminal justice system" (para. 70). Since the impugned provisions removed a remedial provision designed to address overincarceration of Indigenous offenders,

l'idée contenue dans ce passage de l'arrêt *Edwards Books*, le juge La Forest a confirmé, dans *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229, que le législateur « doit avoir une marge de manœuvre raisonnable pour traiter des problèmes étape par étape, pour soupeser les inégalités qui peuvent découler de la loi en fonction des autres inégalités qui résultent de l'adoption d'une ligne de conduite, et pour tenir compte des difficultés, qu'elles soient de nature sociale, économique ou budgétaire, qui se présenteraient s'il tentait de traiter des problèmes socio-économiques dans leur ensemble » (p. 317). Il a également souligné que, de façon générale, les tribunaux « ne devraient pas se servir à la légère de la *Charte* pour se prononcer après coup sur le jugement du législateur afin de déterminer le rythme qu'il devrait emprunter pour parvenir à l'idéal de l'égalité » (p. 318). Voir aussi *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679; *Gosselin c. Québec (Procureur général)*, 2002 CSC 84, [2002] 4 R.C.S. 429; et *Auton*, par. 61-62.

(2) Application aux dispositions contestées

[66] Pour les motifs qui suivent, nous sommes d'avis que la prétention de M^me^ Sharma échoue à la première étape de l'analyse fondée sur le par. 15(1). Les dispositions contestées n'ont pas un effet disproportionné sur M^me^ Sharma en tant que délinquante autochtone ni ne contribuent à créer un tel effet.

[67] Le juge chargé de la détermination de la peine a rejeté la demande de M^me^ Sharma fondée sur le par. 15(1), concluant qu'il était [TRADUCTION] « difficile au vu du dossier » de conclure à l'existence d'un effet s'apparentant à une distinction (par. 257). Il a estimé que M^me^ Sharma n'avait produit [TRADUCTION] « aucune donnée statistique » démontrant que les mesures législatives contestées avaient causé une distinction (*ibid.*).

[68] La Cour d'appel n'a pas retenu la conclusion du juge chargé de la détermination de la peine sur la première étape, faisant plutôt observer que [TRADUCTION] « les délinquants autochtones sont, au départ, en situation d'inégalité réelle dans le système de justice criminelle » (par. 70). Puisque les dispositions contestées supprimaient une disposition réparatrice qui

the effect was to "exacerbate the discriminatory effect" (para. 83).

[69] The Court of Appeal collapsed the two-step s. 15(1) framework into a single step. In doing so, it erred in two ways. First, it failed to clearly delineate Ms. Sharma's evidentiary burden at each step of analysis, using broad evidence of historic disadvantage to satisfy the causation burden at both steps:

> The distinction that is created by the impact of the impugned provisions relates to the overincarceration of Aboriginal offenders, not their overrepresentation in the criminal justice system. By removing the ability to impose a conditional sentence instead of a prison sentence for an offence, the effect on an Aboriginal offender is to undermine the purpose and remedial effect of s. 718.2*(e)* in addressing the substantive inequality between Aboriginal and non-Aboriginal people manifested in overincarceration within the criminal justice system, which has been acknowledged by Parliament and the courts as requiring redress. [Emphasis added; para. 79.]

[70] Secondly, when analyzing Ms. Sharma's evidence at the first step, the court erred by using the second-step s. 15(1) requirements:

> Where a law establishes a new benefit, but does so in a discriminatory manner, that law will "create" a distinction. But where, as here, a law removes a remedial provision that was put in place to alleviate the discriminatory effect of other laws, then the removal of that remedial provision may not create a new distinction, but it will reinforce, perpetuate, or exacerbate the discriminatory effect that was intended to be alleviated by the remedial provision. [Emphasis added; para. 83.]

[71] To recall, the focus at the first step is on a disproportionate impact, not historic or systemic disadvantage. The Court of Appeal addressed the wrong question at step one, focusing on the link between colonial policies and overincarceration of Indigenous peoples. While the situation of the claimant group is

visait elle-même à remédier à la surincarcération des délinquants autochtones, l'effet était donc [TRADUCTION] « d'accentuer l'effet discriminatoire » (par. 83).

[69] La Cour d'appel a regroupé en une seule les deux étapes du cadre d'analyse relatif au par. 15(1). Ce faisant, elle a commis deux erreurs. Premièrement, elle n'a pas clairement défini le fardeau de preuve dont M^me^ Sharma devait s'acquitter à chaque étape de l'analyse, se servant plutôt d'une preuve générale de désavantage historique afin de satisfaire au fardeau relatif à la causalité aux deux étapes :

> [TRADUCTION] La distinction créée par l'effet des dispositions contestées concerne la surincarcération des délinquants autochtones, et non leur surreprésentation dans le système de justice pénale. En supprimant la possibilité pour le tribunal d'octroyer un sursis à l'emprisonnement plutôt qu'une peine d'emprisonnement pour une infraction, l'effet sur le délinquant autochtone est de miner l'objet et l'effet réparateurs de l'al. 718.2*e*), lequel vise à remédier à l'inégalité réelle entre les Autochtones et les non-Autochtones — inégalité qui se traduit par la surincarcération des délinquants autochtones au sein du système de justice pénale, une situation qui, comme le Parlement et les tribunaux l'ont reconnu, devait être corrigée. [Nous soulignons; par. 79.]

[70] Deuxièmement, au moment d'analyser la preuve présentée par M^me^ Sharma à la première étape, la Cour d'appel a appliqué à tort les exigences prévues à la seconde étape de l'analyse relative au par. 15(1) :

> [TRADUCTION] Lorsqu'une loi confère un nouvel avantage, mais le fait de manière discriminatoire, elle « crée » une distinction. Mais lorsque, comme dans le cas présent, une loi supprime une disposition réparatrice qui avait été adoptée pour atténuer l'effet discriminatoire d'autres lois, le retrait de cette disposition réparatrice ne crée pas nécessairement une nouvelle distinction, mais il renforce, perpétue ou accentue l'effet discriminatoire que la disposition réparatrice était censée atténuer. [Nous soulignons; par. 83.]

[71] Rappelons que la première étape concerne l'effet disproportionné, et non les désavantages historiques ou systémiques. La Cour d'appel ne s'est pas posé la bonne question à la première étape, en mettant l'accent sur le lien entre les politiques coloniales et la surincarcération des Autochtones. Bien que la

relevant at step one (see *Fraser*, at paras. 56-57), it is not sufficient on its own to establish disproportionate impact. Nor is it enough to show that the law restricts an ameliorative program.

[72] To explain this point, we must directly address Ms. Sharma's argument before this Court. Ms. Sharma submits that "conditional sentences are inextricably connected with s. 718.2(e), which *does* draw a race-based distinction, by expressly identifying Indigenous offenders as requiring particular consideration in the sentencing process. Any modification to the *Gladue* framework necessarily impacts Indigenous offenders differently than non-Indigenous offenders" (R.F., at para. 63 (emphasis in original)). She further submits that "[w]hile the Impugned Provisions apply to both Indigenous and non-Indigenous offenders, the undermining of the *Gladue* framework affects only Indigenous offenders" (para. 63). Our colleague adopts this argument, saying the distinction flows "from the combined effect of ss. 718.2(e) and 742.1" (para. 211).

[73] We accept that there is a link between the *Gladue* framework relating to s. 718.2(e) and the conditional sentence regime. Both were adopted as part of the same legislation aimed at reducing the use of prison as a sanction and expanding the use of restorative justice principles in sentencing (*Gladue*, at para. 48; *Proulx*, at paras. 15 and 18-21; *Wells*, at para. 6). However, Ms. Sharma's burden at step one was to demonstrate that the specific provisions she challenged created or contributed to a disproportionate impact on Indigenous offenders. While she did not have to prove that the impugned provisions removed access to a conditional sentence *because* she was Indigenous or that the impugned provisions were the *only* or the *dominant* cause of the disproportionate impact, she *did* have to demonstrate a causal connection.

situation du groupe demandeur soit pertinente à la première étape (voir *Fraser*, par. 56-57), ce facteur ne suffit pas à lui seul à démontrer l'existence d'un effet disproportionné. Il ne suffit pas non plus de démontrer que la loi restreint l'accès à un programme améliorateur.

[72] Pour expliquer ce point, nous devons examiner directement l'argument que M^me^ Sharma a formulé devant notre Cour. Madame Sharma soutient que [TRADUCTION] « les peines d'emprisonnement avec sursis sont inextricablement liées à l'al. 718.2e), lequel établit *effectivement* une distinction fondée sur la race, en obligeant expressément le juge chargé de la détermination de la peine à tenir particulièrement compte de la situation des délinquants autochtones. Toute modification apportée au cadre d'analyse de l'arrêt *Gladue* a nécessairement des effets différents sur les délinquants autochtones par rapport aux délinquants non autochtones » (m.i., par. 63 (en italique dans l'original)). Elle fait également valoir que [TRADUCTION] « [b]ien que les dispositions contestées s'appliquent tant aux délinquants autochtones qu'aux délinquants non autochtones, l'affaiblissement du cadre d'analyse de l'arrêt *Gladue* n'affecte que les délinquants autochtones » (par. 63). Notre collègue adopte cet argument, affirmant que la distinction découle « de l'effet combiné de l'al. 718.2e) et de l'art. 742.1 » (par. 211).

[73] Nous convenons qu'il existe un lien entre le cadre d'analyse de l'arrêt *Gladue* portant sur l'al. 718.2e) et le régime d'octroi du sursis à l'emprisonnement. Ils ont tous les deux été adoptés dans le cadre de la même loi, qui visait à réduire le recours à l'emprisonnement comme sanction et à élargir l'application des principes de justice réparatrice au moment du prononcé de la peine (*Gladue*, par. 48; *Proulx*, par. 15 et 18-21; *Wells*, par. 6). Toutefois, à la première étape, il incombait à M^me^ Sharma de démontrer que les dispositions précises qu'elle contestait créaient un effet disproportionné sur les délinquants autochtones ou contribuaient à un tel effet. Bien qu'elle n'ait pas eu à prouver que les dispositions contestées l'empêchaient de bénéficier d'une peine d'emprisonnement avec sursis *parce qu'*elle était autochtone ou que les dispositions contestées étaient la *seule* ou la *principale* cause de l'effet disproportionné, elle *devait* démontrer l'existence d'un lien de causalité.

[74] The sentencing judge did not accept that the impugned provisions disproportionately impact Indigenous offenders, for good reason. Dr. Murdocca testified that it was "unknown if recent statutory amendments that have restricted the use of conditional sentences may affect Aboriginal offenders disproportionately compared to non-Aboriginal offenders" (A.R., vol. II, at pp. 86-90 (emphasis added)). In light of all the evidence, the sentencing judge determined Ms. Sharma failed to satisfy step one. While the Court of Appeal overturned the sentencing judge's conclusion, it failed to identify *any* evidence supporting Ms. Sharma's argument that the impugned provisions created or contributed to a disproportionate impact on Indigenous offenders (see paras. 68-89). In saying this, we recognize that the Court of Appeal relied on fresh evidence, adduced by interveners, and expert evidence from Dr. Murdocca. It examined this evidence, however, at step two of its analysis (see paras. 90-105).

[74] Le juge chargé de la détermination de la peine n'a pas considéré que les dispositions contestées avaient un effet disproportionné sur les délinquants autochtones, et pour cause. Madame Murdocca a témoigné qu'on [TRADUCTION] « ignore si les modifications législatives récentes qui ont restreint le recours à l'emprisonnement avec sursis peuvent toucher les délinquants autochtones de façon disproportionnée comparativement aux délinquants non autochtones » (d.a., vol. II, p. 86-90 (nous soulignons)). Vu l'ensemble de la preuve, le juge chargé de la détermination de la peine a conclu que M^me^ Sharma n'avait pas franchi avec succès la première étape. Bien qu'elle ait infirmé la conclusion du juge chargé de la détermination de la peine, la Cour d'appel n'a fait état d'*aucun* élément de preuve appuyant l'argument de M^me^ Sharma suivant lequel les dispositions contestées avaient un effet disproportionné sur les délinquants autochtones ou avaient contribué à un tel effet (voir par. 68-89). En disant cela, nous reconnaissons que la Cour d'appel s'est fondée sur de nouveaux éléments de preuve présentés par les intervenants, ainsi que sur le témoignage d'expert de M^me^ Murdocca. Toutefois, elle a examiné cette preuve à la deuxième étape de son analyse (voir par. 90-105).

[75] We note here, in passing, our serious concern with interveners supplementing the record at the appellate level. As stated in *R. v. Morgentaler*, [1993] 1 S.C.R. 462, "[t]he purpose of an intervention is to present the court with submissions which are useful and different from the perspective of a non-party who has a special interest or particular expertise in the subject matter of the appeal" (p. 463, cited in *R. v. Barton*, 2019 SCC 33, [2019] 2 S.C.R. 579, at paras. 52-53). Interveners must, however, accept the record as defined by the parties in first instance (*Mikisew Cree First Nation v. Canada (Minister of Canadian Heritage)*, 2005 SCC 69, [2005] 3 S.C.R. 388; *R. v. Marshall*, [1999] 3 S.C.R. 533, at para. 9; *R. v. Mabior*, 2012 SCC 47, [2012] 2 S.C.R. 584, at para. 59). Interveners creating a new evidentiary record at the appellate level undermines the trial process. That is *not* how our system of justice, including constitutional adjudication, is designed to work.

[75] Nous exprimons ici, au passage, nos sérieuses réserves en ce qui concerne le fait que les intervenants complètent le dossier en appel. Comme la Cour l'a déclaré dans l'arrêt *R. c. Morgentaler*, [1993] 1 R.C.S. 462, « [u]ne intervention vise à saisir la cour d'allégations utiles et différentes du point de vue d'un tiers qui a un intérêt spécial ou une connaissance particulière de la question visée par la procédure d'appel » (p. 463, cité dans *R. c. Barton*, 2019 CSC 33, [2019] 2 R.C.S. 579, par. 52-53). Les intervenants doivent toutefois accepter le dossier tel que les parties l'ont défini en première instance (*Première nation crie Mikisew c. Canada (Ministre du Patrimoine canadien)*, 2005 CSC 69, [2005] 3 R.C.S. 388; *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 533, par. 9; *R. c. Mabior*, 2012 CSC 47, [2012] 2 R.C.S. 584, par. 59). Les intervenants qui créent un nouveau dossier de preuve en appel nuisent au déroulement du procès. Ce *n'*est *pas* ainsi qu'est censé fonctionner notre système de justice, y compris lorsqu'il s'agit de décisions en matière constitutionnelle.

[76] In short, the Court of Appeal erred by removing Ms. Sharma's evidentiary burden at step one. This is inconsistent with the sentencing judge's finding that Ms. Sharma failed to establish a distinction on the basis of a protected ground (para. 257). The Court of Appeal improperly substituted its own view of the matter. In this case, while Ms. Sharma was not required to adduce a specific type of evidence, she had to demonstrate that the impugned provisions created or contributed to a disproportionate impact. Ms. Sharma, for example, could have presented expert evidence or statistical data showing Indigenous imprisonment disproportionately increased for the specific offences targeted by the impugned provisions, relative to non-Indigenous offenders, after the *SSCA* came into force. Such evidence might establish that the removal of conditional sentences created or contributed to a disproportionate impact on Indigenous offenders.

[77] By overturning the sentence, the Court of Appeal not only departed from its proper role but misapplied the jurisprudence of this Court. In light of the sentencing judge's findings, Ms. Sharma's argument before this Court — that the impugned provisions "necessarily impac[t] Indigenous offenders differently" — cannot be accepted.

[78] Ms. Sharma argued that removing the availability of conditional sentences undermined a trial judge's ability to give effect to s. 718.2(e). She alleges that the removal of one "accommodation", the availability of conditional sentences for certain offences, disproportionately impacts Indigenous offenders. We do not accept this argument. It is clear that s. 718.2(e) is still meaningfully operable, as it was given effect in this case. As long as judges retain broad discretion to impose a range of available sentences, we query whether altering a single sentencing provision could undermine s. 718.2(e) in the manner Ms. Sharma suggests.

[76] En somme, la Cour d'appel a commis une erreur en supprimant le fardeau de la preuve de M^me^ Sharma à la première étape. Cela est incompatible avec la conclusion du juge chargé de la détermination de la peine selon laquelle M^me^ Sharma n'avait pas su établir l'existence d'une distinction fondée sur un motif protégé (par. 257). La Cour d'appel a substitué à tort sa propre opinion à ce sujet. En l'espèce, bien que M^me^ Sharma n'ait pas été tenue de présenter un type de preuve spécifique, elle devait démontrer que les dispositions contestées avaient eu un effet disproportionné ou y avaient contribué. Madame Sharma aurait pu, par exemple, présenter une preuve d'expert ou des données statistiques montrant qu'après l'entrée en vigueur de la *LSRC*, l'emprisonnement des Autochtones avait connu une hausse disproportionnée par rapport à l'incarcération des délinquants non autochtones dans le cas des infractions précises visées par les dispositions contestées. Une telle preuve pourrait démontrer que le retrait des peines d'emprisonnement avec sursis a eu un effet disproportionné sur les délinquants autochtones ou y a contribué.

[77] En infirmant la peine, la Cour d'appel s'est non seulement écartée du rôle qui lui revient, mais elle a mal appliqué la jurisprudence de notre Cour. À la lumière des conclusions du juge chargé de la détermination de la peine, l'argument que M^me^ Sharma a avancé devant notre Cour — à savoir que les dispositions contestées ont « nécessairement des effets différents sur les délinquants autochtones » — ne peut être retenu.

[78] Madame Sharma a soutenu que le retrait du recours à l'emprisonnement avec sursis empêchait le juge du procès de donner effet à l'al. 718.2e). Elle affirme que le retrait d'un « accommodement », en l'occurrence l'admissibilité à l'emprisonnement avec sursis pour certaines infractions, a des effets disproportionnés sur les délinquants autochtones. Nous n'acceptons pas cet argument. Il est évident que l'al. 718.2e) continue d'opérer efficacement, puisqu'on lui a donné effet en l'espèce. Dès lors que les juges conservent un large pouvoir discrétionnaire leur permettant d'infliger un éventail de peines, nous nous demandons si le fait de modifier une seule disposition portant sur la détermination de la peine peut compromettre l'al. 718.2e) de la manière dont le laisse entendre M^me^ Sharma.

[79] It is undisputed that the sentencing judge must take account of the particular circumstances of Indigenous offenders, as that is what Parliament has directed in s. 718.2(e). How this is to be done may take various forms and the *Criminal Code* provides judges broad discretion to craft a proportionate sentence, given the offender's degree of responsibility, the gravity of the offence and the specific circumstance of each case (*R. v. Lacasse*, 2015 SCC 64, [2015] 3 S.C.R. 1089, at para. 58). For instance, sentencing judges may consider other non-carceral options such as suspended sentences and probation. They may also reduce sentences below the typical range.

[80] It is true that suspended sentences are "primarily a rehabilitative sentencing tool", whereas conditional sentences "address both punitive and rehabilitative objectives" (*Proulx*, at para. 23). Suspended sentences are not irrelevant to applying s. 718.2(e). *Proulx* does not prohibit judges from using suspended sentences "to endeavour to achieve a truly fit and proper sentence in the particular case" (*Gladue*, at para. 33). Where conditional sentences are unavailable, judges may give effect to s. 718.2(e) by considering suspended sentences with openness and flexibility.

[81] In any event, and as we say, it is clear that s. 718.2(e) was given effect in the circumstances of this case. The judge sentenced Ms. Sharma to 18 months' incarceration, taking into account her experience as an Indigenous person under the *Gladue* framework, which was well below the established range for similar offences (sentencing reasons, at para. 80). As a reminder, s. 718.2(e) does not guarantee that Indigenous offenders will not receive carceral sentences.

[79] Il est incontestable que le juge chargé de la détermination de la peine doit tenir compte de la situation particulière des délinquants autochtones, car c'est ce que le Parlement a prescrit à l'al. 718.2e). La façon de le faire peut prendre diverses formes, et le *Code criminel* accorde aux juges un large pouvoir discrétionnaire pour arrêter une peine proportionnée, compte tenu du degré de responsabilité du délinquant, de la gravité de l'infraction et des circonstances particulières de chaque cas (*R. c. Lacasse*, 2015 CSC 64, [2015] 3 R.C.S. 1089, par. 58). Par exemple, le juge chargé de la détermination de la peine peut envisager d'autres solutions non privatives de liberté telles le sursis au prononcé de la peine et la probation. Il peut également réduire la peine en dessous de la fourchette habituelle.

[80] Certes, le sursis au prononcé de la peine est « principalement une mesure de réinsertion sociale », alors que le sursis à l'emprisonnement « vise à la fois des objectifs punitifs et des objectifs de réinsertion sociale » (*Proulx*, par. 23). Le sursis au prononcé de la peine n'est pas sans rapport avec l'application de l'al. 718.2e). L'arrêt *Proulx* n'interdit pas aux juges de surseoir au prononcé d'une peine d'emprisonnement « pour en arriver à une peine véritablement adaptée et appropriée dans un cas donné » (*Gladue*, par. 33). Lorsqu'il n'est pas possible de recourir à l'emprisonnement avec sursis, le juge peut donner effet à l'al. 718.2e) en envisageant dans un esprit d'ouverture et de souplesse la possibilité de surseoir au prononcé de la peine.

[81] En tout état de cause, comme nous l'avons déjà signalé, il est évident qu'on a donné effet à l'al. 718.2e) en l'espèce. Le juge a condamné M^me^ Sharma à une peine d'emprisonnement de 18 mois, en tenant compte de son vécu en tant qu'Autochtone, conformément au cadre d'analyse de l'arrêt *Gladue*, et cette peine était bien inférieure à la fourchette établie pour des infractions similaires (motifs de détermination de la peine, par. 80). En guise de rappel, l'al. 718.2e) ne garantit pas que les délinquants autochtones sont à l'abri de peines d'emprisonnement.

[82] As a final point, although our colleague assures us that "[r]epealing or amending s. 742.1, or even s. 718.2(e), will not automatically contravene s. 15(1)" (para. 244), the logical conclusion of her reasons suggests the contrary. While s. 718.2(e) sets out an important policy, it is a legislative provision, not a constitutional imperative, and it is open to Parliament to amend it, even if to narrow the circumstances in which it applies. Viewed in this light, our colleague's proposition is novel and its implications are profound and far-reaching. Parliament would be prevented from repealing or amending existing ameliorative policies in many cases, unless courts are persuaded that such changes are justified under s. 1. This would amount to a transfer of sentencing policy-making from Parliament to judges. Such an outcome would be contrary to the separation of powers, at odds with decades of our jurisprudence stressing Parliament's latitude over sentencing within constitutional limits, and must be rejected.

[83] Given the above, there is no need to consider step two. Section 15(1) is not infringed.

B. *Section 7*

(1) Introduction

[84] Section 7 states:

7 Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.

[85] The parties agree that the impugned provisions limit Ms. Sharma's liberty interests. The question that follows is whether they do so in a manner that accords with the principles of fundamental justice. Ms. Sharma argued before the Court of Appeal that the impugned provisions are arbitrary and overbroad. The majority agreed that the impugned provisions

[82] Enfin, bien que notre collègue nous assure que « [l]'abrogation ou la modification de l'art. 742.1, ou même de l'al. 718.2e), ne contreviendra pas automatiquement au par. 15(1) » (par. 244), la conclusion logique de ses motifs suggère le contraire. Bien que l'al. 718.2e) énonce un principe important, il s'agit d'une disposition législative, et non d'un impératif constitutionnel, et il est loisible au Parlement de le modifier, ne serait-ce que pour limiter les cas dans lesquels il s'applique. Vue sous cet angle, la proposition de notre collègue est nouvelle, et ses retombées sont profondes et de grande portée. Le Parlement serait dans de nombreux cas empêché d'abroger ou de modifier les politiques d'amélioration existantes, à moins que les tribunaux ne soient persuadés que de tels changements sont justifiés en vertu de l'article premier. Cela équivaudrait à un transfert du rôle d'élaboration des politiques en matière de détermination de la peine du Parlement aux juges. Un tel résultat serait contraire au principe de la séparation des pouvoirs et irait à l'encontre de décennies de jurisprudence insistant sur la marge de manœuvre dont dispose le Parlement en matière de détermination de la peine dans les limites de la Constitution, et ce résultat doit être rejeté.

[83] Vu ce qui précède, il n'est pas nécessaire d'examiner la deuxième étape. Il n'y a pas violation du par. 15(1).

B. *L'article 7*

(1) Introduction

[84] L'article 7 prévoit :

7 Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

[85] Les parties s'entendent pour dire que les dispositions contestées limitent le droit à la liberté de M^me^ Sharma. La question qui se pose ensuite est de savoir si elles limitent ce droit d'une manière conforme aux principes de justice fondamentale. Madame Sharma a fait valoir devant la Cour d'appel que les dispositions contestées sont arbitraires et qu'elles

were overbroad, but not arbitrary. In our view, the impugned provisions are neither.

[86] Arbitrariness and overbreadth both consider the connection between the purpose of the impugned law and the limits it imposes on life, liberty, or security of the person (*Bedford*, at paras. 114-19). A law is arbitrary when it imposes limits on these interests in a way that bears no connection to its purpose — that is, when it "exacts a constitutional price in terms of rights, without furthering the public good that is said to be the object of the law" (*Carter v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 5, [2015] 1 S.C.R. 331, at para. 83). And it is overbroad when it imposes limits on these interests in a manner that is not rationally connected to the purpose of the law (*Bedford*, at para. 112; *Carter*, at para. 85).

[87] As the law's purpose is the principal reference point, its proper identification is crucial to the s. 7 analysis (*R. v. Safarzadeh-Markhali*, 2016 SCC 14, [2016] 1 S.C.R. 180, at para. 24; *R. v. Moriarity*, 2015 SCC 55, [2015] 3 S.C.R. 485, at para. 24). Indeed, identifying a law's purpose may be determinative of its constitutionality (R. J. Sharpe and K. Roach, *The Charter of Rights and Freedoms* (7th ed. 2021), at p. 279). It is important to characterize the purpose of a law at the appropriate level of generality (*Safarzadeh-Markhali*, at para. 27; *Moriarity*, at para. 28). At one end of the spectrum lies an abstract purpose akin to the animating social value. At the other extreme is a "virtual repetition of the challenged provision, divorced from its context" (*Safarzadeh-Markhali*, at para. 27). A proper framing of purpose lies somewhere between these two poles, and is precise and succinct (*Moriarity*, at para. 29).

[88] The most significant and reliable indicator of legislative purpose would, of course, be a statement of purpose within the subject law. Beyond that, generally, courts seeking to identify legislative purpose look to the text, context, and scheme of the legislation

ont une portée excessive. Les juges majoritaires ont convenu que les dispositions contestées avaient une portée excessive, sans toutefois conclure qu'elles étaient arbitraires. À notre avis, les dispositions contestées n'ont pas une portée excessive et elles ne sont pas arbitraires.

[86] Pour déterminer si une loi est arbitraire et a une portée excessive, il faut examiner le lien entre l'objet de la loi contestée et les limites qu'elle apporte à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne (*Bedford*, par. 114-119). Une loi est arbitraire lorsqu'elle impose des limites à ces droits d'une manière dépourvue de lien avec son objet — c'est-à-dire lorsqu'elle « porte atteinte à des droits reconnus par la Constitution sans promouvoir le bien public que l'on dit être l'objet de la loi » (*Carter c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 5, [2015] 1 R.C.S. 331, par. 83). Et une loi a une portée excessive lorsqu'elle impose des limites aux droits en question d'une manière qui n'a aucun lien rationnel avec son objet (*Bedford*, par. 112; *Carter*, par. 85).

[87] Comme l'objet de la règle de droit est le principal point de référence, il est crucial de bien l'identifier pour procéder à l'analyse fondée sur l'art. 7 (*R. c. Safarzadeh-Markhali*, 2016 CSC 14, [2016] 1 R.C.S. 180, par. 24; *R. c. Moriarity*, 2015 CSC 55, [2015] 3 R.C.S. 485, par. 24). D'ailleurs, l'identification de l'objet de la règle de droit peut être déterminante pour sa constitutionnalité (R. J. Sharpe et K. Roach, *The Charter of Rights and Freedoms* (7e éd. 2021), p. 279). Il est important de qualifier l'objet de la règle de droit en fonction du bon degré de généralité (*Safarzadeh-Markhali*, par. 27; *Moriarity*, par. 28). À une extrémité du spectre, on trouve un objet abstrait, semblable à la valeur sociale directrice. À l'autre extrémité, on trouve une « quasi-répétition de la disposition contestée dissociée de son contexte » (*Safarzadeh-Markhali*, par. 27). La bonne formulation de l'objet se situe quelque part entre ces deux pôles et est précise et succincte (*Moriarity*, par. 29).

[88] L'indicateur le plus significatif et le plus fiable de l'objet législatif serait, bien entendu, un énoncé de l'objet dans la loi applicable. Sinon, en règle générale, le tribunal qui cherche à déterminer l'objet législatif peut tenir compte du texte, du contexte et

and extrinsic evidence, which can (subject to the caution we offer below) include Hansard, legislative history, government publications and the evolution of the impugned provisions (*Safarzadeh-Markhali*, at para. 31; *Moriarity*, at para. 31; *Application under s. 83.28 of the Criminal Code (Re)*, 2004 SCC 42, [2004] 2 S.C.R. 248, at para. 37).

[89] Extrinsic evidence should be used with caution. Statements of purpose in the legislative record may be rhetorical and imprecise (*Safarzadeh-Markhali*, at para. 36; R. Sullivan, *The Construction of Statutes* (7th ed. 2022), at p. 293). Decontextualized statements by members of Parliament can be poor indicators of parliamentary purpose (see, e.g., *Canada (Attorney General) v. Whaling*, 2014 SCC 20, [2014] 1 S.C.R. 392, at paras. 67-68). What is to be identified is the purpose of *Parliament*, being that of its collective membership as expressed in its legislative act, and *not* the purposes of its individual members. As this Court has recognized in *R. v. Heywood*, [1994] 3 S.C.R. 761, at p. 788, "the intent of particular members of Parliament is not the same as the intent of the Parliament as a whole".

[90] Warnings of imprecision aside, legislative history can be useful in determining legislative purpose (*Safarzadeh-Markhali*, at para. 36). Two stages in the legislative process are of particular assistance (and this is true both of Parliament and of provincial legislatures). At second reading, the Minister who introduces the legislation sets out, usually in a formal and structured way, what the legislation is intended to achieve and the means by which it seeks to do so. Second reading is approval in principle. Following such approval, legislation is referred to committee for detailed, clause-by-clause consideration. Explanations provided to the legislative committee by the Minister, the Minister's Parliamentary Secretary or departmental officials can provide further authoritative statements regarding intent. At the federal level, procedures in the Senate parallel those of the House of Commons. Thus, the second reading speech by the Senator who introduces the legislation, as well as the explanations

de l'économie de la loi, de même que d'éléments de preuve extrinsèques, notamment (sous réserve de la mise en garde que nous formulons ci-dessous) les *Débats de la Chambre des communes*, l'historique législatif, les publications gouvernementales et l'évolution des dispositions contestées (*Safarzadeh-Markhali*, par. 31; *Moriarity*, par. 31; *Demande fondée sur l'art. 83.28 du Code criminel (Re)*, 2004 CSC 42, [2004] 2 R.C.S. 248, par. 37).

[89] La preuve extrinsèque doit être utilisée avec prudence. Dans un dossier législatif, l'énoncé de l'objet peut se révéler rhétorique et imprécis (*Safarzadeh-Markhali*, par. 36; R. Sullivan, *The Construction of Statutes* (7e éd. 2022), p. 293). Citées hors de leur contexte, les déclarations faites par les députés peuvent s'avérer de mauvais indicateurs de l'intention du Parlement (voir, p. ex., *Canada (Procureur général) c. Whaling*, 2014 CSC 20, [2014] 1 R.C.S. 392, par. 67-68). Ce qu'il faut déterminer, c'est l'objectif du *Parlement*, c'est-à-dire l'intention collective de la législature exprimée par le biais de l'acte législatif, et *non* l'intention des députés qui la composent. Comme notre Cour l'a reconnu dans l'arrêt *R. c. Heywood*, [1994] 3 R.C.S. 761, p. 788, « l'intention de certains députés n'est pas toujours la même que celle de l'ensemble du Parlement ».

[90] Mis à part cet avertissement quant au danger de l'imprécision, l'historique législatif peut être utile pour déterminer l'objet législatif (*Safarzadeh-Markhali*, par. 36). À cet égard, deux étapes du processus législatif sont particulièrement utiles (et cela vaut tant pour le Parlement fédéral que pour les législatures provinciales). À la deuxième lecture, le ministre qui présente le projet de loi précise, habituellement de façon formelle et structurée, ce que le projet de loi vise à accomplir et les moyens proposés pour y parvenir. La deuxième lecture est une approbation de principe. À la suite de cette approbation, le projet de loi est renvoyé en comité pour une étude détaillée article par article. Les explications fournies au comité législatif par le ministre, le secrétaire parlementaire du ministre ou les fonctionnaires du ministère peuvent constituer d'autres déclarations faisant autorité concernant l'intention. Au niveau fédéral, les procédures du Sénat sont parallèles à celles de la Chambre des communes.

by departmental officials at committee hearings, can also be useful.

[91] Having reviewed whatever sources are available, courts should strive to arrive at a precise and succinct statement that faithfully represents the legislative purpose of the impugned provision (*Safarzadeh-Markhali*, at para. 28; *Moriarity*, at para. 29). Overly broad, multifactorial statements of purpose can artificially make impugned provisions unassailable to arguments of overbreadth or arbitrariness. In *Safarzadeh-Markhali*, the Court defined the purpose of denying enhanced credit for pre-sentence custody as "enhanc[ing] public safety and security by increasing violent and chronic offenders' access to rehabilitation programs" (para. 47 (emphasis deleted)). In *R. v. Appulonappa*, 2015 SCC 59, [2015] 3 S.C.R. 754, the purpose of the law was "to combat people smuggling" (para. 34; see also *Moriarity*, at para. 29). Courts must then use this same precise and succinct statement of purpose within the subsequent analysis. The statement of the purpose should be maintained and not change throughout the analysis.

(2) Application to the Impugned Provisions

(a) *The Impugned Provisions Aim to Enhance Consistency in the Conditional Sentencing Regime by Making Imprisonment the Typical Punishment for Certain Serious Offences and Categories of Offences*

[92] With these directions in mind, we turn to the first step of the analysis: determining the purpose of ss. 742.1(c) and 742.1(e)(ii). As we will explain, the impugned provisions have the same purpose: to enhance consistency in the conditional sentencing regime by making imprisonment the typical punishment for certain serious offences and categories of offences.

[93] We consider it significant that the impugned provisions are contained within the exclusionary

Ainsi, le discours de deuxième lecture du sénateur qui présente le projet de loi, de même que les explications des fonctionnaires du ministère lors des audiences du comité, peuvent également se révéler utiles.

[91] Après avoir consulté les sources disponibles, le tribunal devrait s'efforcer d'en arriver à un énoncé précis et succinct qui représente fidèlement l'objet législatif de la disposition contestée (*Safarzadeh-Markhali*, par. 28; *Moriarity*, par. 29). Des énoncés de l'objet trop larges et multifactoriels peuvent artificiellement mettre les dispositions contestées à l'abri de toute contestation fondée sur la portée excessive ou le caractère arbitraire. Dans l'arrêt *Safarzadeh-Markhali*, la Cour a expliqué que l'objet visé par l'exclusion du crédit majoré pour la détention présentencielle était « d'accroître la sûreté et la sécurité publiques en élargissant l'accès des délinquants violents et chroniques à des programmes de réadaptation » (par. 47 (italique omis)). Dans l'arrêt *R. c. Appulonappa*, 2015 CSC 59, [2015] 3 R.C.S. 754, l'objet de la loi était « la lutte contre le passage de clandestins » (par. 34; voir aussi *Moriarity*, par. 29). Les tribunaux doivent reprendre ce même énoncé précis et succinct de l'objet dans l'analyse subséquente. L'énoncé de l'objet doit demeurer le même tout au long de l'analyse.

(2) Application aux dispositions contestées

a) *Les dispositions contestées visent à renforcer la cohérence du régime d'octroi du sursis à l'emprisonnement en faisant de l'emprisonnement la peine habituellement infligée pour certaines infractions et catégories d'infractions graves*

[92] En gardant ces directives à l'esprit, nous passons à la première étape de l'analyse : déterminer l'objet de l'al. 742.1c) et du sous-al. 742.1e)(ii). Comme nous allons l'expliquer, les dispositions contestées ont le même objet : renforcer la cohérence du régime d'octroi du sursis à l'emprisonnement en faisant de l'emprisonnement la peine habituellement infligée pour certaines infractions et catégories d'infractions graves.

[93] À notre avis, il est significatif que les dispositions contestées se retrouvent dans des dispositions

provisions, that is, paras. 742.1(b) through (f). These exclusionary provisions list offences and categories of offences for which conditional sentencings are unavailable. Parliament adopted these exclusionary provisions together in 2012 in the *SSCA*; the Minister's second reading remarks to Parliament addressed these exclusions as a group. Given the legislative text, the purpose of the two impugned provisions — ss. 742.1(c) and 742.1(e)(ii) — is the same. To hold otherwise would result in purposes tied too tightly to the means, which is impermissible.

[94] Two occurrences provide important background to Parliament's introduction of the exclusionary provisions: this Court's decision in *Proulx* and the 2007 amendments to s. 742.1. We explain each below.

[95] *Proulx* addressed the initial iteration of s. 742.1 and stated various considerations for judges when granting a conditional sentence. At that time, the exclusionary provisions were not part of s. 742.1. Several parties had argued that a presumption should apply *against* conditional sentences for certain serious offences, such as sexual offences against children, manslaughter and trafficking or possession of certain narcotics (para. 80). The Court dismissed those submissions, stating that "a conditional sentence is available in principle for all offences in which the statutory prerequisites are satisfied" (para. 79 (emphasis in original)). The Court explained that while the gravity of offences is relevant to determining whether a conditional sentence is appropriate in the circumstances, it was both "unwise and unnecessary to establish judicially created presumptions that conditional sentences are inappropriate for specific offences" (para. 81 (emphasis added); *Wells*, at para. 45).

[96] While this Court properly declined to create judicial exclusions, Parliament in the proper exercise

d'exclusion, en l'occurrence les al. 742.1b) à f). Ces dispositions d'exclusion énumèrent les infractions et catégories d'infractions pour lesquelles le tribunal ne peut octroyer un sursis à l'emprisonnement. Le Parlement a adopté ces dispositions d'exclusion ensemble en 2012 dans la *LSRC*; les remarques du ministre au Parlement à l'étape de la deuxième lecture traitaient de ces exclusions comme un tout. Compte tenu du texte législatif, l'objet des deux dispositions contestées — l'al. 742.1c) et le sous-al. 741.2e)(ii) — est le même. Conclure le contraire aurait pour conséquence de lier les objets trop étroitement aux moyens employés pour les atteindre, ce qui n'est pas permis.

[94] Deux événements fournissent des renseignements importants quant à la décision du Parlement d'adopter ces dispositions d'exclusion : l'arrêt *Proulx* de notre Cour et les modifications apportées en 2007 à l'art. 742.1. Nous expliquons chacun de ces événements ci-dessous.

[95] L'arrêt *Proulx* portait sur la version initiale de l'art. 742.1 et proposait divers facteurs dont les juges peuvent tenir compte pour décider d'octroyer un sursis à l'emprisonnement. À l'époque, les dispositions d'exclusion ne faisaient pas partie de l'art. 742.1. Plusieurs parties avaient plaidé en faveur d'une présomption d'*inapplicabilité* du sursis à l'emprisonnement dans le cas de certaines infractions graves, telles que les infractions d'ordre sexuel commises contre des enfants, l'homicide involontaire coupable et le trafic ou la possession de certains stupéfiants (par. 80). La Cour a rejeté ces propositions, affirmant qu'« une ordonnance de sursis à l'emprisonnement peut, en principe, être rendue à l'égard de toute infraction pour laquelle les préalables prévus par la loi sont réunis » (par. 79 (souligné dans l'original)). La Cour a expliqué que, bien que la gravité des infractions soit pertinente pour déterminer si l'octroi du sursis à l'emprisonnement est justifié dans les circonstances d'une affaire donnée, il serait à la fois « inutile et peu avisé que les tribunaux créent des présomptions d'inapplicabilité du sursis à l'emprisonnement à certaines infractions » (par. 81 (nous soulignons); *Wells*, par. 45).

[96] Bien que notre Cour ait refusé à juste titre de créer des exclusions jurisprudentielles, le Parlement

of its authority did so through legislative amendment. As discussed, in 2007, Parliament amended s. 742.1. The 2007 amendments provide background to Parliament's desire to introduce consistency into the regime in 2012. The 2007 amendments provided that conditional sentences would not be available to offenders convicted of a "serious personal injury offence". When subsequently repealing this prerequisite, the Minister discussed that courts had defined "serious personal injury offences" inconsistently and in a manner that did not accord with parliamentary intent (*House of Commons Debates*, vol. 145, No. 38, 3rd Sess., 40th Parl., May 3, 2010, at pp. 2282-83).

[97] The current version of s. 742.1 was enacted in 2012 via the *SSCA*. The *SSCA* combined several previous bills that had died on the order paper after Parliament's dissolution. Notably, the *SSCA* included a word-for-word reintroduction of Bill C-16, *Ending House Arrest for Property and Other Serious Crimes by Serious and Violent Offenders Act*, 3rd Sess., 40th Parl., 2010, which was initially meant to replace s. 742.1. To understand the current version of s. 742.1, we must go back to the second reading speeches for Bill C-16, which originally introduced the amendments.

[98] The Minister's second reading speech for Bill C-16 explained that the amendments aimed to clarify that conditional sentences were not available for serious property and violent offences:

Bill C-16 proposes amendments to the Criminal Code to ensure that conditional sentences are never available for serious and violent offenders, and serious property offences which were never intended to be eligible for a conditional sentence in the first place.

. . .

les a créées dans l'exercice légitime de ses pouvoirs par le biais de modifications législatives. Comme nous l'avons déjà mentionné, en 2007, le Parlement a modifié l'art. 742.1. Les modifications de 2007 permettent de mieux comprendre le désir du Parlement de rendre le régime plus cohérent en 2012. Les modifications de 2007 prévoyaient que les délinquants reconnus coupables d'une « infraction constituant des sévices graves à la personne » ne pouvaient pas bénéficier d'un emprisonnement avec sursis. Lorsqu'il a été par la suite question d'abroger cette condition préalable, le ministre a expliqué que les tribunaux avaient défini les « infractions constituant des sévices graves à la personne » de façon incohérente et d'une manière qui ne s'accordait pas avec la volonté du Parlement (*Débats de la Chambre des communes*, vol. 145, nº 38, 3e sess., 40e lég., 3 mai 2010, p. 2282-2283).

[97] La version actuelle de l'art. 742.1 a été adoptée en 2012 au moyen de la *LSRC*. La *LSRC* regroupait plusieurs projets de loi antérieurs qui étaient morts au feuilleton après la dissolution du Parlement. Notamment, la *LSRC* reprenait textuellement le projet de loi C-16, *Loi mettant fin à la détention à domicile de contrevenants violents et dangereux ayant commis des crimes contre les biens ou d'autres crimes graves*, 3e sess., 40e lég., 2010, lequel visait initialement à remplacer l'art. 742.1. Pour comprendre la version actuelle de l'art. 742.1, il faut se reporter aux discours prononcés lors de la deuxième lecture du projet de loi C-16, dans lequel les modifications ont été proposées pour la première fois.

[98] Dans son discours à l'étape de la deuxième lecture du projet de loi C-16, le ministre a expliqué que les modifications visaient à clarifier que l'emprisonnement avec sursis ne pouvait être accordé dans les cas d'infractions graves contre des biens ou d'infractions violentes :

Le projet de loi C-16 propose des modifications au Code criminel visant à faire en sorte que les contrevenants violents et dangereux n'aient jamais droit à une peine d'emprisonnement avec sursis et que les infractions graves contre les biens n'y donnent pas droit non plus, ce qui n'avait jamais été l'intention au départ.

. . .

It is this aspect of the existing conditional sentencing provisions that are so problematic and this is what the bill before us today addresses. Rather than leaving it to the individual courts to determine whether a particular case qualifies as a serious personal injury offence, this bill clearly identifies all offences which will never be eligible for a conditional sentence. It removes the uncertainty and provides clarity to our law.

. . .

. . . [T]his bill would provide the needed clarity and the certainty to say which offences are not eligible for a conditional sentence. . . .

. . .

It is my view that the current conditional sentencing regime still fails to categorically make conditional sentences ineligible for many very serious crimes. Greater clarity and greater consistency is needed to limit the availability of conditional sentences and to protect Canadians from serious and violent offenders.

. . .

Conditional sentences are an appropriate sentencing tool, in many cases. However, access to them does need to be restricted when it comes to serious property and serious violent offences. [Emphasis added.]

(*House of Commons Debates*, May 3, 2010, at pp. 2282-84)

[99] Specific references were made to Bill C-16 during the Minister's second reading speech for the *SSCA*. The Minister reiterated that "these proposals seek to make it explicitly clear that a conditional sentence is never available for" the categories of offences and the specific offences enumerated (*House of Commons Debates*, vol. 146, No. 17, 1st Sess., 41st Parl., September 21, 2011, at p. 1299). At the second reading in the Senate, the Senator who introduced the legislation on behalf of the Minister emphasized that "[t]he lack of consistency [in conditional sentencing] is a problem in our justice system" (*Debates of the Senate*, vol. 148, No. 39, 1st Sess., 41st Parl., December 8, 2011, at p. 831). As the parliamentary

C'est cet aspect des dispositions sur l'emprisonnement avec sursis qui cause des problèmes, et c'est ce qui fait l'objet du projet de loi dont nous sommes saisis aujourd'hui. Plutôt que de laisser les tribunaux déterminer au cas par cas si l'infraction correspond à la définition de sévices graves à la personne, ce projet de loi définit précisément quelles sont les infractions pour lesquelles un accusé n'aura jamais droit à un emprisonnement avec sursis. Une telle mesure dissipe les doutes et clarifie la loi.

. . .

. . . ce projet de loi préciserait et confirmerait les infractions qui ne pourraient pas faire l'objet de peines avec sursis . . .

. . .

J'estime que le régime actuel d'emprisonnement avec sursis est inapproprié, puisque bon nombre de crimes très graves peuvent donner lieu à une peine avec sursis. Il faut davantage de clarté et de cohérence pour limiter l'accessibilité aux peines d'emprisonnement avec sursis et pour protéger les Canadiens des délinquants coupables de crimes graves et violents.

. . .

L'emprisonnement avec sursis constitue une peine appropriée dans de nombreux cas, mais il y a lieu d'en limiter l'utilisation dans les cas d'infractions graves contre les biens et de crimes violents. [Nous soulignons.]

(*Débats de la Chambre des communes*, 3 mai 2010, p. 2282-2284)

[99] Le ministre a mentionné expressément le projet de loi C-16 dans son discours à l'étape de la deuxième lecture de la *LSRC*. Il a répété que « les mesures visent à interdire explicitement les peines [d'emprisonnement] avec sursis » dans le cas des catégories d'infractions et des infractions spécifiquement énumérées (*Débats de la Chambre des communes*, vol. 146, nº 17, 1re sess., 41e lég., 21 septembre 2011, p. 1299). À la deuxième lecture devant le Sénat, le sénateur qui a présenté le projet de loi au nom du ministre avait souligné que « [l]e manque de cohérence [dans l'octroi du sursis à l'emprisonnement] pose problème dans notre système de justice » (*Débats du Sénat*, vol. 148, nº 39, 1re sess.,

record reveals, the *SSCA* was part of a larger initiative by Parliament to adopt a deterrence-based approach to crime (Canadian Bar Association, *Submission on Bill C-10, Safe Streets and Communities Act*, October 2011 (online), at p. 2). In furtherance of this approach, Parliament aimed to address what it saw as the use of conditional sentences for serious offences that warranted imprisonment.

41e lég., 8 décembre 2011, p. 831). Comme le révèle le dossier parlementaire, la *LSRC* s'inscrivait dans le cadre d'une stratégie plus vaste du Parlement visant à adopter une approche fondée sur la dissuasion pour s'attaquer à la criminalité (Association du Barreau canadien, *Mémoire sur le projet de loi C-10, Loi sur la sécurité des rues et des communautés*, octobre 2011 (en ligne), p. 2). En mettant cette approche de l'avant, le Parlement a voulu s'attaquer à ce qu'il considérait comme un recours à l'emprisonnement avec sursis pour des infractions graves qui justifiaient l'emprisonnement.

[100] Parliament identified certain offences for which conditional sentences would not be available. The exclusionary provisions are precise: only specific offences or categories of offences trigger their application. Thus, Parliament sought to impose bright-line limitations on the availability of conditional sentences.

[100] Le Parlement a désigné certaines infractions pour lesquelles les tribunaux n'auraient plus la possibilité d'imposer des peines d'emprisonnement avec sursis. Les dispositions d'exclusion sont précises : elles ne s'appliquent qu'à certaines infractions ou catégories d'infractions. Le Parlement a donc cherché à définir clairement les limites du recours à l'emprisonnement avec sursis.

[101] It is clear, from the text, context, scheme and extrinsic evidence, that a desire to enhance consistency in the conditional sentencing regime by making imprisonment the typical punishment for certain serious offences and categories of offences was the object of these amendments. This is the *purpose* of the exclusionary provisions.

[101] Il ressort du texte, du contexte et de l'économie de la loi, ainsi que de la preuve extrinsèque, que ces modifications avaient pour objet de renforcer la cohérence du régime d'octroi du sursis à l'emprisonnement en faisant de l'emprisonnement la peine habituellement infligée pour certaines infractions et catégories d'infractions graves. C'est l'*objet* visé par les dispositions d'exclusion.

[102] The *means* by which Parliament achieved this purpose was to remove the availability of a conditional sentence for certain offences and categories of offences. In doing so, Parliament left open the possibility that relatively less serious criminal behaviour can receive a non-carceral sentence (suspended sentence, probation, conditional discharge, etc.) or a flexible carceral sentence (intermittent sentence). Parliament made clear, however, that an offender should generally be sentenced to a term of imprisonment for offences listed in the exclusionary provisions.

[102] Le *moyen* choisi par le Parlement pour atteindre cet objet consistait à supprimer l'admissibilité à l'emprisonnement avec sursis pour certaines infractions et catégories d'infractions. Ce faisant, le Parlement a tout de même laissé entrevoir la possibilité que des actes criminels relativement moins graves fassent l'objet d'une peine non carcérale (sursis au prononcé de la peine, probation, absolution conditionnelle, etc.) ou d'une peine carcérale flexible (peine discontinue). Le Parlement a toutefois précisé qu'un délinquant devait généralement être condamné à une peine d'emprisonnement pour les infractions énumérées dans les dispositions d'exclusion.

[103] Finally, the *effect* of the exclusionary provisions of s. 742.1 is to reduce the number of offenders who serve their sentences in the community.

[103] Enfin, les dispositions d'exclusion de l'art. 742.1 ont pour *effet* de réduire le nombre de délinquants qui purgent leur peine au sein de la collectivité.

(b) *The Impugned Provisions Are Not Overbroad*

[104] The Court of Appeal found "no rational connection between the impugned provisions' purpose and some of their effects" (para. 174). Inasmuch as the impugned provisions prevent offenders who commit non-serious offences from receiving a conditional sentence, they are overbroad (para. 174). Maximum sentence, which the provisions use as a marker of seriousness, is not, in the Court of Appeal's view, a suitable proxy (para. 164).

[105] As we have explained, in enacting the impugned provisions, Parliament intended to enhance consistency in the conditional sentencing regime by making imprisonment the typical punishment for certain serious offences and categories of offences. Given this purpose, the Court of Appeal erred in three ways. First, maximum sentence *is* a suitable proxy for seriousness. Second, the definition of a serious offence is a normative assessment in respect of which Parliament must be granted significant leeway. And finally, the Court of Appeal confused seriousness of an offence with the circumstances of an offender and their moral culpability. We explain each point in turn.

[106] First, this Court has *repeatedly* accepted that the maximum sentence for an offence is a reflection of, and a proxy for, its seriousness (*R. v. M. (C.A.)*, [1996] 1 S.C.R. 500, at paras. 36 and 56; *R. v. Friesen*, 2020 SCC 9, [2020] 1 S.C.R. 424, at paras. 95-96; *R. v. Parranto*, 2021 SCC 46, [2021] 3 S.C.R. 366, at para. 60; *R. v. St-Cloud*, 2015 SCC 27, [2015] 2 S.C.R. 328, at para. 60; *Chiarelli v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 711, at p. 734). In many areas, Parliament has structured policies using maximum sentence as the measure for seriousness — e.g., the availability of absolute and conditional discharges (*Criminal Code*, s. 730(1)); record suspensions (*Criminal Records Act*, R.S.C. 1985, c. C-47, s. 4(2)(b)); and inadmissibility to Canada in the immigration context (*Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, s. 36(1)(a)).

b) *Les dispositions contestées n'ont pas une portée excessive*

[104] La Cour d'appel a conclu qu'il n'y avait [TRADUCTION] « aucun lien rationnel entre l'objet des dispositions contestées et certains de leurs effets » (par. 174). Dans la mesure où les dispositions contestées empêchent les délinquants qui commettent des infractions sans gravité de bénéficier d'un emprisonnement avec sursis, elles ont une portée excessive (par. 174). La peine maximale, que les dispositions utilisent comme indicateur de la gravité, ne constitue pas, de l'avis de la Cour d'appel, un indicateur acceptable (par. 164).

[105] Comme nous l'avons expliqué, en adoptant les dispositions contestées, le Parlement voulait renforcer la cohérence du régime d'octroi du sursis à l'emprisonnement en faisant de l'emprisonnement la peine habituellement infligée pour certaines infractions et catégories d'infractions graves. Étant donné cet objet, la Cour d'appel a commis trois erreurs. Premièrement, la peine maximale *est* un indicateur approprié de la gravité. Ensuite, la définition d'une infraction grave représente une appréciation normative à l'égard de laquelle le Parlement doit disposer d'une grande marge de manœuvre. Enfin, la Cour d'appel a confondu la gravité de l'infraction avec la situation du délinquant et sa culpabilité morale. Nous expliquons chaque point à tour de rôle.

[106] Tout d'abord, notre Cour a accepté *à maintes reprises* que la peine maximale pour une infraction reflète sa gravité et sert d'indicateur de celle-ci (*R. c. M. (C.A.)*, [1996] 1 R.C.S. 500, par. 36 et 56; *R. c. Friesen*, 2020 CSC 9, [2020] 1 R.C.S. 424, par. 95-96; *R. c. Parranto*, 2021 CSC 46, [2021] 3 R.C.S. 366, par. 60; *R. c. St-Cloud*, 2015 CSC 27, [2015] 2 R.C.S. 328, par. 60; *Chiarelli c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 711, p. 734). Dans de nombreux domaines, le Parlement a structuré des politiques en utilisant la peine maximale comme mesure de la gravité — p. ex. la possibilité d'obtenir une absolution inconditionnelle ou sous condition (*Code criminel*, par. 730(1)); la possibilité d'obtenir la suspension de son casier judiciaire (*Loi sur le casier judiciaire*, L.R.C. 1985, c. C-47, al. 4(2)b)); l'interdiction de territoire au Canada dans le contexte de

In the present case, Parliament's primary aim was to enhance consistency in sentencing. It determined that bright-line rules, drawn by reference to the maximum sentence, are the best way to achieve this goal. Deference towards Parliament is particularly apt given that the concept of "serious offences" is not subject to precise definition.

[107] This leads us to the second error we identify in the Court of Appeal's overbreadth analysis. Reasonable people may disagree about which offences are "serious" enough to warrant jail sentences. These are judgment calls, and there is no obvious reason to prefer one or the other. Ultimately, as this Court has maintained, the call rests not with the preferences of judges, but with those collectively expressed by Parliament as representatives of the electorate. As explained in *R. v. Lloyd*, 2016 SCC 13, [2016] 1 S.C.R. 130, at para. 45:

> Parliament has the power to make policy choices with respect to the imposition of punishment for criminal activities and the crafting of sentences that it deems appropriate to balance the objectives of deterrence, denunciation, rehabilitation and protection of society.

[108] Finally, to the extent the Court of Appeal pointed to Ms. Sharma's circumstances as demonstrative of Parliament's overreach, it collapsed the concept of seriousness of the offence into the concepts of circumstances of the offender and particulars of the crime. On this point, we endorse the sentencing judge's comments: "[Ms. Sharma] committed a serious offence in importing cocaine — a reality undisturbed by her personal culpability or mitigating factors" (para. 141 (emphasis added)). The Court of Appeal for Saskatchewan made a similar point in *R. v. Neary*, 2017 SKCA 29, [2017] 7 W.W.R. 730: "The gravity and seriousness of the offences are not attenuated by the personal circumstances of the accused" (para. 39). We accept entirely that the circumstances which led Ms. Sharma to import drugs are tragic and that her

l'immigration (*Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, c. 27, al. 36(1)a)). Dans le cas qui nous occupe, l'objectif premier du Parlement était de renforcer la cohérence dans la détermination de la peine. Il a estimé que des règles claires, établies en fonction de la peine maximale, constituaient le meilleur moyen d'atteindre ce but. Il y a lieu de faire preuve de déférence envers le Parlement, d'autant plus que le concept d'« infraction grave » ne fait toujours pas l'objet d'une définition précise.

[107] Cela nous amène à la deuxième erreur que nous relevons dans l'analyse de la portée excessive faite par la Cour d'appel. Des personnes raisonnables peuvent diverger d'opinions sur les infractions suffisamment « graves » pour justifier des peines d'emprisonnement. C'est une question d'appréciation, et il n'y a aucune raison évidente de préférer une opinion à une autre. En fin de compte, comme notre Cour l'a expliqué, le choix final ne repose pas sur les préférences des juges, mais sur l'intention collective exprimée par le Parlement en tant que représentant de l'électorat. Comme la Cour l'explique dans l'arrêt *R. c. Lloyd*, 2016 CSC 13, [2016] 1 R.C.S. 130, par. 45 :

> Le Parlement possède le pouvoir de faire des choix de politique générale en ce qui a trait à l'infliction de peines aux auteurs d'actes criminels et d'arrêter les peines qu'il juge appropriées pour tenir compte des objectifs que sont la dissuasion, la dénonciation, la réadaptation et la protection de la société.

[108] Enfin, dans la mesure où la Cour d'appel a estimé que la situation de M^me^ Sharma illustrait bien la portée excessive des dispositions, elle a aussi confondu l'analyse de la gravité de l'infraction et celle de la situation du délinquant et des particularités du crime. À cet égard, nous souscrivons aux propos tenus par le juge chargé de la détermination de la peine : [TRADUCTION] « [M^me^ Sharma] a commis une infraction grave en important de la cocaïne, une réalité à laquelle sa culpabilité personnelle ou l'existence de circonstances atténuantes ne changent rien » (par. 141 (nous soulignons)). La Cour d'appel de la Saskatchewan a fait valoir un point semblable dans l'arrêt *R. c. Neary*, 2017 SKCA 29, [2017] 7 W.W.R. 730 : [TRADUCTION] « La gravité des infractions n'est pas atténuée par la situation personnelle

moral culpability was thereby attenuated (which was reflected in a sentence of 18 months rather than the 6 years initially proposed by the Crown). But those facts do not make importation of a Sch. I substance, particularly in the quantity she carried, any less serious.

[109] Given the purpose of the impugned provisions articulated above and their effects, we conclude that they are not overbroad.

(c) *The Impugned Provisions Are Not Arbitrary*

[110] Ms. Sharma submits that the impugned provisions are arbitrary, as they create a "gap" in the sanctions available for sentencing judges. The idea is that, where a proportionate sentence would have been a conditional sentence, it follows that the sentence actually imposed as a result of the impugned provisions would be either too high or too low.

[111] But the existence of a "gap", if indeed there is one, does not speak to arbitrariness. Rather, arbitrariness exists where there is no connection between the effect of a provision and its purpose. That understood, the impugned provisions are not arbitrary. As stated before, their purpose is to enhance consistency in the conditional sentencing regime by making imprisonment the typical punishment for certain serious offences and categories of offences. Where a sentencing judge determines that a jail sentence is warranted, offenders convicted of those offences will serve their sentences in jail, rather than in the community. There is an obvious connection between the effect of the provisions and their purpose, and Ms. Sharma's rights are not limited arbitrarily.

[112] Therefore, while s. 742.1 limits Ms. Sharma's liberty interests, it does so in a manner that accords with the principles of fundamental justice.

de l'accusé » (par. 39). Nous acceptons sans réserve que les circonstances qui ont amené M^me^ Sharma à importer des drogues sont tragiques et que, de ce fait, sa culpabilité morale s'en trouve atténuée (ce qui s'est traduit par une peine de 18 mois plutôt que par la peine de 6 ans d'emprisonnement réclamée au départ par la Couronne). Cependant, ces faits ne rendent pas moins grave l'importation d'une substance inscrite à l'ann. I, surtout compte tenu de la quantité qu'elle transportait.

[109] Étant donné l'objet des dispositions contestées, tel que formulé ci-dessus, et de leurs effets, nous concluons qu'elles n'ont pas une portée excessive.

c) *Les dispositions contestées ne sont pas arbitraires*

[110] Madame Sharma fait valoir que les dispositions contestées sont arbitraires, car elles créent un « écart » entre les différentes sanctions que les juges chargés de déterminer la peine peuvent infliger. L'idée est que, dans les cas où l'emprisonnement avec sursis aurait été une peine proportionnée, la peine qui est réellement infligée en raison des dispositions contestées serait soit trop sévère, soit trop clémente.

[111] Mais l'existence d'un « écart », si tant est qu'il en existe un, n'a rien à voir avec le caractère arbitraire. Une disposition est arbitraire lorsqu'il n'y a pas de lien entre l'effet de la disposition et son objet. Dans cette optique, les dispositions contestées ne sont pas arbitraires. Comme nous l'avons déjà affirmé, elles visent à renforcer la cohérence du régime d'octroi du sursis à l'emprisonnement en faisant de l'emprisonnement la peine habituellement infligée pour certaines infractions et catégories d'infractions graves. Lorsqu'un juge détermine qu'une peine d'emprisonnement est justifiée, les délinquants reconnus coupables de ces infractions purgeront leur peine en prison plutôt que dans la collectivité. Il y a un lien évident entre l'effet des dispositions et leur objet, et les droits de M^me^ Sharma ne sont pas limités arbitrairement.

[112] Par conséquent, bien que l'art. 742.1 limite le droit à la liberté de M^me^ Sharma, il le fait en conformité avec les principes de justice fondamentale. Il

Accordingly, it is unnecessary for us to have regard to s. 1, as no limit of ss. 15 or 7 has been established.

VI. Conclusion

[113] We would allow the appeal. Sections 742.1(c) and 742.1(e)(ii) are constitutional. We would set aside the order of the Court of Appeal, and restore the sentence imposed at first instance. As Ms. Sharma has served her sentence, no further orders are required.

The reasons of Karakatsanis, Martin, Kasirer and Jamal JJ. were delivered by

Karakatsanis J. (dissenting) —

I. Introduction

[114] The overrepresentation of Indigenous people in Canada's prisons is a present-day product of this country's colonial past. As Indigenous incarceration rates have climbed, and those of Indigenous women have soared, some have compared Canadian correctional facilities to residential schools (see Truth and Reconciliation Commission, *The Final Report of the Truth and Reconciliation Commission of Canada*, vol. 5, *The Legacy* (2015), at p. 219). Like residential schools before it, this overincarceration is an ongoing source of intergenerational harm to families and communities. It is a striking sign of the discrimination that Indigenous peoples experience in "all parts of the criminal justice system" (*Ewert v. Canada*, 2018 SCC 30, [2018] 2 S.C.R. 165, at para. 57). And it remains a poignant obstacle to realizing the constitutional imperative of reconciliation.

[115] Sentencing law cannot erase this country's colonial past. Nor can it remove the causes behind an offender's crime. But it is uniquely positioned to ameliorate — or aggravate — the racial inequalities in our criminal justice system. Ensuring that Canadian sentencing provisions are consistent with the liberty

n'est donc pas nécessaire pour nous de tenir compte de l'article premier, car aucune restriction des droits garantis par l'art. 15 ou l'art. 7 n'a été démontrée.

VI. Dispositif

[113] Nous sommes d'avis d'accueillir le pourvoi. L'alinéa 742.1c) et le sous-alinéa 742.1e)(ii) sont constitutionnels. Nous sommes d'avis d'annuler l'ordonnance de la Cour d'appel et de rétablir la peine infligée en première instance. Comme M[me] Sharma a déjà purgé sa peine, aucune autre ordonnance n'est requise.

Version française des motifs des juges Karakatsanis, Martin, Kasirer et Jamal rendus par

La juge Karakatsanis (dissidente) —

I. Introduction

[114] La surreprésentation des Autochtones dans les prisons canadiennes est le résultat du passé colonial du Canada. Vu l'augmentation du taux d'incarcération des Autochtones et la hausse en flèche du nombre de femmes autochtones incarcérées, certains ont comparé les établissements correctionnels canadiens aux pensionnats (voir Commission de vérité et réconciliation, *Rapport final de la Commission de vérité et réconciliation*, vol. 5, *Les séquelles* (2015), p. 249-250). Comme les pensionnats avant elle, cette surincarcération perpétue de génération en génération les torts causés aux familles et aux collectivités autochtones. Elle témoigne de façon éloquente de la discrimination que subissent les peuples autochtones et qui s'étend « à l'ensemble du système de justice pénale » (*Ewert c. Canada*, 2018 CSC 30, [2018] 2 R.C.S. 165, par. 57). Elle demeure un obstacle poignant à la réalisation de l'impératif constitutionnel de la réconciliation.

[115] Le droit relatif à la détermination de la peine ne peut pas effacer le passé colonial de notre pays. Il ne peut pas non plus éliminer les causes des crimes commis par des délinquants. Mais il est particulièrement bien placé pour contribuer à atténuer — ou, au contraire, à aggraver — les inégalités raciales dans

and equality guarantees under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* is therefore essential. This case requires us to do so.

[116] Cheyenne Sharma, a 20-year-old Indigenous mother to an infant daughter, was owing 2 months' rent, and facing eviction, when her then-partner made her an offer: fly to Suriname, collect a suitcase, and return with it to Canada, for $20,000. When agents for the Canada Border Services Agency cut into the luggage upon her return, they found nearly 2 kilograms of cocaine, worth around $130,000. Ms. Sharma was arrested and charged with importing over one kilogram of a prohibited substance, contrary to s. 6(1) of the *Controlled Drugs and Substances Act*, S.C. 1996, c. 19 (*CDSA*).

[117] Ms. Sharma pleaded guilty, but challenged several provisions of the *CDSA* and the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, under ss. 7, 12 and 15(1) of the *Charter*. The trial judge sentenced Ms. Sharma to 18 months' imprisonment, concluding that s. 742.1(c) of the *Criminal Code* — which prohibits conditional sentences for a range of offences — precluded him from imposing a community sentence. The Court of Appeal for Ontario then struck down ss. 742.1(c) and 742.1(e)(ii) — the latter prohibiting conditional sentences for certain drug offences — as violating ss. 7 and 15(1) of the *Charter*. It substituted a conditional sentence of two years less a day.

[118] I agree with the majority of the Court of Appeal. Sections 742.1(c) and 742.1(e)(ii) infringe s. 7 because they deprive some individuals of their liberty in a manner that is overbroad: by using maximum sentences as a proxy for the seriousness of an offence, capturing the *most* and the *least* serious criminal conduct, they overstep their aim of punishing more serious offences with incarceration. And they infringe s. 15(1) because they impair the remedial effect

notre système de justice pénale. Il est donc essentiel de veiller à ce que les dispositions canadiennes en matière de détermination de la peine soient compatibles avec les droits à la liberté et à l'égalité garantis par la *Charte canadienne des droits et libertés*. La présente affaire nous oblige à nous atteler à cette tâche.

[116] Cheyenne Sharma, une Autochtone âgée de 20 ans, mère d'une petite fille, devait 2 mois de loyer et risquait d'être expulsée lorsque son conjoint de l'époque lui a fait une offre : prendre l'avion pour le Suriname, récupérer une valise et revenir au Canada avec celle-ci moyennant une somme de 20 000 $. Lorsque les agents de l'Agence des services frontaliers du Canada ont fouillé la valise à son retour, ils y ont découvert près de 2 kilogrammes de cocaïne, d'une valeur d'environ 130 000 $. Madame Sharma a été arrêtée et accusée d'avoir importé plus d'un kilogramme d'une substance interdite en violation du par. 6(1) de la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*, L.C. 1996, c. 19 (*LRCDAS*).

[117] Madame Sharma a plaidé coupable, mais a contesté plusieurs dispositions de la *LRCDAS* et du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, en vertu des art. 7 et 12 et du par. 15(1) de la *Charte*. Le juge du procès a condamné M^me^ Sharma à 18 mois d'emprisonnement, concluant que l'al. 742.1c) du *Code criminel* — qui interdit les peines d'emprisonnement avec sursis pour une série d'infractions — l'empêchait de prononcer une peine à purger dans la collectivité. La Cour d'appel de l'Ontario a ensuite invalidé l'al. 742.1c) et le sous-al. 742.1e)(ii) — ce dernier interdisant les peines d'emprisonnement avec sursis pour certaines infractions liées à la drogue — au motif qu'ils violaient l'art. 7 et le par. 15(1) de la *Charte*. Elle a substitué à la peine initiale une peine d'emprisonnement avec sursis de deux ans moins un jour.

[118] Je partage l'avis des juges majoritaires de la Cour d'appel. L'alinéa 742.1c) et le sous-alinéa 742.1e)(ii) contreviennent à l'art. 7 parce qu'ils privent certaines personnes de leur liberté de manière excessive : en utilisant les peines maximales comme indicateur de la gravité de l'infraction, englobant ainsi tant les comportements criminels les *plus* graves que les *moins* graves, ils dépassent leur objectif de réprimer les infractions plus graves par l'incarcération. Ils

of s. 718.2(e) — which directs judges to consider alternatives to imprisonment "with particular attention to the circumstances of Aboriginal offenders" — in a manner that creates a distinction on the basis of race, and that reinforces, perpetuates, and exacerbates the historical disadvantages of Indigenous peoples.

[119] As the Crown has justified neither infringement under s. 1 of the *Charter*, I would conclude that the provisions are unconstitutional and would uphold the Court of Appeal's declaration that they are of no force and effect under s. 52(1) of the *Constitution Act*, *1982*. I would, accordingly, dismiss the appeal.

II. Background

[120] We are all, in part, the product of our circumstances. In this appeal, Ms. Sharma's own history intersects with three others: with the intergenerational effects of colonialism; with the corresponding, and rising, rates of Indigenous incarceration; and with Parliamentary and judicial responses to the sentencing of Indigenous offenders.

[121] Ms. Sharma belongs to the Saugeen First Nation and is of Ojibwa ancestry. The obstacles in her life have been formidable. The granddaughter of a residential school survivor, she lost her father at age 5, when he was arrested, deported to Trinidad, convicted of murder, and sentenced to 12 years' imprisonment. At age 13, having run away from home, she fell into alcoholism and was sexually assaulted. At age 15, employed as a sex worker, she nearly died of a drug overdose. At age 16, unable to afford the school uniform, she dropped out of high school. At age 17, abandoned by the father, she gave birth to a daughter. And at age 20, unsupported by the child's father, behind on rent, and facing homelessness, she chose to commit the crime at issue. She has no other entry on her criminal record. Having already survived several suicide attempts, she lapsed into further depression, stress, anxiety, and alcohol dependency when her mother died during the sentencing proceedings. At

enfreignent également le par. 15(1) en affaiblissant l'effet réparateur de l'al. 718.2e) — qui oblige les juges à examiner les sanctions substitutives à l'emprisonnement « plus particulièrement en ce qui concerne les délinquants autochtones » — d'une manière qui crée une distinction fondée sur la race qui a pour effet de renforcer, de perpétuer et d'accentuer les désavantages historiques subis par les peuples autochtones.

[119] Étant donné que la Couronne n'a justifié ni l'une ni l'autre de ces contraventions en vertu de l'article premier de la *Charte*, je suis d'avis de conclure que les dispositions sont inconstitutionnelles et de confirmer le jugement déclaratoire de la Cour d'appel portant qu'elles sont inopérantes en application du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Je suis par conséquent d'avis de rejeter le pourvoi.

II. Contexte

[120] Nous sommes tous, en partie, le produit de notre histoire. Dans le présent pourvoi, l'histoire personnelle de M^me^ Sharma en recoupe trois autres : les effets intergénérationnels du colonialisme; les taux correspondants, et croissants, d'incarcération des Autochtones; et les réponses du Parlement et des tribunaux en ce qui a trait à la détermination de la peine des délinquants autochtones.

[121] Madame Sharma est une femme d'ascendance ojibwée qui fait partie de la Première Nation de Saugeen. Les obstacles qui ont jalonné sa vie ont été considérables. Petite-fille d'une survivante des pensionnats, elle a perdu son père à l'âge de 5 ans, lorsque celui-ci a été arrêté, expulsé à Trinidad, reconnu coupable de meurtre et condamné à 12 ans de prison. À l'âge de 13 ans, après s'être enfuie de chez elle, elle a sombré dans l'alcoolisme et a été agressée sexuellement. À 15 ans, employée comme travailleuse du sexe, elle a failli succomber à une surdose de drogue. À l'âge de 16 ans, incapable de payer l'uniforme de l'école, elle a abandonné l'école secondaire. À l'âge de 17 ans, abandonnée par le père, elle a donné naissance à une fille. Et, à 20 ans, sans le soutien du père de l'enfant, en retard sur le loyer et confrontée à l'itinérance, elle a choisi de commettre le crime en cause. Son casier judiciaire était jusqu'alors vierge. Ayant déjà survécu à plusieurs tentatives de

the time of her sentence, she had moved to reserve lands on Christian Island and was working toward her sobriety and her high school education.

[122] Ms. Sharma's story is tragic, but not unique. Colonialism continues to engender longstanding, pervasive and persistent evils for Canada's Indigenous population, with roots as deep as its effects have been broad. And courts now recognize this in law. Today, courts "must take judicial notice of such matters as the history of colonialism, displacement, and residential schools and how that history continues to translate into lower educational attainment, lower incomes, higher unemployment, higher rates of substance abuse and suicide, and of course higher levels of incarceration for Aboriginal peoples" (*R. v. Ipeelee*, 2012 SCC 13, [2012] 1 S.C.R. 433, at para. 60).

[123] Indigenous overincarceration has been a particularly acute and visible issue for some decades. Already a "notorious fact in Aboriginal communities by the 1970s", report after report from the late 1980s onward chronicled the problem in ever more alarming detail (J. Rudin, "Aboriginal Over-representation and *R. v. Gladue*: Where We Were, Where We Are and Where We Might Be Going" (2008), 40 *S.C.L.R.* (2d) 687, at p. 687; see, in particular, M. Jackson, "Locking Up Natives in Canada" (1989), 23 *U.B.C. L. Rev.* 215; Public Inquiry into the Administration of Justice and Aboriginal People, *Report of the Aboriginal Justice Inquiry of Manitoba*, vol. 1, *The Justice System and Aboriginal People* (1991); Royal Commission on Aboriginal Peoples, *Bridging the Cultural Divide: A Report on Aboriginal People and Criminal Justice in Canada* (1996); J. Rudin, *Aboriginal Peoples and the Criminal Justice System* (2005)).

suicide, elle est retombée dans la dépression, le stress, l'anxiété et la dépendance à l'alcool lorsque sa mère est décédée pendant la procédure de détermination de la peine. Au moment du prononcé de sa peine, elle avait déménagé dans une réserve de l'île Christian et elle travaillait à sa sobriété et avait repris ses études secondaires.

[122] L'histoire de M^me^ Sharma est tragique, mais pas unique. Le colonialisme continue de causer à la population autochtone du Canada des torts de longue date, omniprésents et persistants, avec des racines aussi profondes que ses effets ont été vastes. Les tribunaux reconnaissent maintenant cette réalité sur le plan juridique. De nos jours, les tribunaux « doivent prendre connaissance d'office de questions telles que l'histoire de la colonisation, des déplacements de populations et des pensionnats et la façon dont ces événements se traduisent encore aujourd'hui chez les peuples autochtones par un faible niveau de scolarisation, des revenus peu élevés, un taux de chômage important, des abus graves d'alcool ou d'autres drogues, un taux élevé de suicide et, bien entendu, un taux élevé d'incarcération » (*R. c. Ipeelee*, 2012 CSC 13, [2012] 1 R.C.S. 433, par. 60).

[123] La surincarcération des Autochtones est un problème particulièrement aigu et visible depuis quelques décennies. Déjà un [TRADUCTION] « fait notoire au sein des collectivités autochtones dans les années 1970 », le phénomène a été décrit de façon de plus en plus alarmante dans les rapports qui se sont succédé à partir de la fin des années 1980 (J. Rudin, « Aboriginal Over-representation and *R. v. Gladue* : Where We Were, Where We Are and Where We Might Be Going » (2008), 40 *S.C.L.R.* (2d) 687, p. 687; voir, en particulier, M. Jackson, « Locking Up Natives in Canada » (1989), 23 *U.B.C. L. Rev.* 215; Public Inquiry into the Administration of Justice and Aboriginal People, *Report of the Aboriginal Justice Inquiry of Manitoba*, vol. 1, *The Justice System and Aboriginal People* (1991); Commission royale sur les peuples autochtones, *Par-delà les divisions culturelles : un rapport sur les autochtones et la justice pénale au Canada* (1996); J. Rudin, *Aboriginal Peoples and the Criminal Justice System* (2005)).

[124] And still things worsened. In the 1980s, with Aboriginal peoples representing only 2 percent of Canada's population, Aboriginal offenders represented roughly 17 percent of its provincial and territorial custody population (*R. v. Gladue*, [1999] 1 S.C.R. 688, at para. 58, citing Jackson, at pp. 215-16), and 10 percent of its federal penitentiary population (J. V. Roberts and R. Melchers, "The Incarceration of Aboriginal Offenders: Trends from 1978 to 2001" (2003), 45 *C.J.C.C.J.* 211, at p. 220). Yet by 2018-19, Indigenous persons, representing only 4.5 percent of Canada's adult population, had come to represent 31 percent of its admissions to provincial and territorial custody, and 29 percent of its admissions to federal custody (Statistics Canada, *Adult and youth correctional statistics in Canada, 2018/2019* (December 2020), at p. 5). In Manitoba and Saskatchewan, the provinces with the highest relative Indigenous adult populations, admissions reached 75 percent (p. 5). Incredibly, Canada's Indigenous inmate population grew by nearly 43 percent between 2009 and 2018 even as the sirens of overrepresentation continued to sound ever louder (Office of the Correctional Investigator of Canada (OCI), *Annual Report 2017-2018* (2018), at p. 61).

[125] Striking as they are, those figures understate the incarceration rates of Indigenous women. Accounting for only about 4 percent of the female population, Indigenous women now comprise 42 percent of federally incarcerated women, with their population in federal institutions having increased by an astounding 73.8 percent over the past decade (OCI, *Annual Report 2020-2021* (2021), at p. 41).

[126] Inside prisons, Indigenous offenders also experience some of incarceration's harshest effects. They are more likely than their peers to "receive higher security classifications, to spend more time in segregation, to serve more of their sentence behind bars before first release, to be under-represented in

[124] La situation n'a pourtant cessé de se détériorer. Dans les années 1980, alors que les Autochtones ne représentaient que 2 p. 100 de la population du Canada, les délinquants autochtones constituaient environ 17 p. 100 de la population carcérale provinciale et territoriale (*R. c. Gladue*, [1999] 1 R.C.S. 688, par. 58, citant Jackson, p. 215-216) et 10 p. 100 de la population carcérale fédérale (J. V. Roberts et R. Melchers, « The Incarceration of Aboriginal Offenders : Trends from 1978 to 2001 » (2003), 45 *R.C.C.J.P.* 211, p. 220). Pourtant, en 2018-2019, les Autochtones, qui constituaient seulement 4,5 p. 100 de la population adulte canadienne, représentaient 31 p. 100 des admissions en détention dans un établissement provincial ou territorial et 29 p. 100 des admissions en détention dans un établissement fédéral (Statistique Canada, *Statistiques sur les services correctionnels pour les adultes et les jeunes au Canada, 2018-2019* (décembre 2020), p. 5). Au Manitoba et en Saskatchewan, les provinces où vit la population relative la plus forte d'adultes autochtones, ces derniers représentent les trois quarts des admissions en détention (p. 5-6). Fait incroyable, la population carcérale autochtone du Canada a augmenté de près de 43 p. 100 entre 2009 et 2018, alors même que le phénomène de la surreprésentation était condamné avec de plus en plus de véhémence (Bureau de l'enquêteur correctionnel du Canada (BECC), *Rapport annuel 2017-2018* (2018), p. 67).

[125] Aussi frappants soient-ils, ces chiffres sous-estiment le taux réel d'incarcération des femmes autochtones. Alors qu'elles ne constituent qu'environ 4 p. 100 de la population féminine, les femmes autochtones représentent maintenant 42 p. 100 des femmes incarcérées dans des établissements fédéraux. Leur population a connu une hausse fulgurante de 73,8 p. 100 au cours des 10 dernières années (BECC, *Rapport annuel 2020-2021* (2021), p. 42-43).

[126] À l'intérieur des prisons, les délinquants autochtones subissent également certains des effets les plus durs de l'incarcération. Ils sont plus susceptibles que les autres délinquants de « se voir attribuer une cote de sécurité de niveau supérieur, de passer plus de temps en isolement, de passer une plus grande

community supervision populations, and to return to prison on revocation of parole" (*Ewert*, at para. 60).

[127] As with incarceration rates themselves, those harms are further pronounced for Indigenous women (National Inquiry into Missing and Murdered Indigenous Women and Girls, *Reclaiming Power and Place: The Final Report*, vol. 1a (2019), at p. 635; I.F., Queen's Prison Law Clinic, at para. 7), over 70 percent of whom in federal custody are also mothers to underage children (OCI, *Annual Report 2014-2015* (2015), at p. 50). Those mothers are most often young, single, and the sole supporting parent (K. Miller, "Canada's Mother-Child Program and Incarcerated Aboriginal Mothers: How and Why the Program is Inaccessible to Aboriginal Female Offenders" (2018), 37 *C.F.L.Q.* 1, at p. 7).

[128] The dislocations that the statistics imply — the lost jobs, the separated families, the cultural alienations, the broken societies — are harder to quantify, but no less grave. Noting that an Indigenous boy born in Saskatchewan in 1960 had a 70 percent chance of being incarcerated by the age of 25, Professor Jackson wrote in 1988 that prison had "become for many young native people the contemporary equivalent of what the Indian residential school represented for their parents" (p. 216). Many years later, the Truth and Reconciliation Commission of Canada echoed those comments in its 2015 *Final Report*, where it compared the experience of Indigenous offenders in prison to the experiences of Indigenous children in residential schools:

> Prison today is for many Aboriginal people what residential schools used to be: an isolating experience that removes Aboriginal people from their families and communities. They are violent places and often result in greater criminal involvement as some Aboriginal inmates, particularly younger ones, seek gang membership as a form of protection. Today's prisons may not institutionally disparage Aboriginal cultures and languages as aggressively

partie de leur peine derrière les barreaux avant leur première mise en liberté, d'être sous-représentés parmi les délinquants sous surveillance dans la collectivité et d'être incarcérés de nouveau si leur libération conditionnelle est révoquée » (*Ewert*, par. 60).

[127] Comme pour les taux d'incarcération eux-mêmes, ces préjudices sont encore plus prononcés dans le cas des femmes autochtones (Enquête nationale sur les femmes et les filles autochtones disparues et assassinées, *Réclamer notre pouvoir et notre place : le rapport final*, vol. 1a (2019), p. 700; m. interv., Queen's Prison Law Clinic, par. 7), dont environ 70 p. 100 de celles détenues dans des établissements fédéraux sont également mères d'enfants mineurs (BECC, *Rapport annuel 2014-2015* (2015), p. 50-51). Ces mères sont le plus souvent jeunes et célibataires et le seul parent qui subvient aux besoins de leurs enfants (K. Miller, « Canada's Mother-Child Program and Incarcerated Aboriginal Mothers : How and Why the Program is Inaccessible to Aboriginal Female Offenders » (2018), 37 *C.F.L.Q.* 1, p. 7).

[128] Les perturbations que ces statistiques impliquent — emplois perdus, familles éclatées, aliénation culturelle, sociétés brisées — sont plus difficiles à quantifier, mais non moins graves. Notant qu'un garçon autochtone né en Saskatchewan en 1960 avait 70 p. 100 de probabilité d'être incarcéré à l'âge de 25 ans, le professeur Jackson écrivait en 1988 que la prison était [TRADUCTION] « devenue pour beaucoup de jeunes autochtones l'équivalent contemporain de ce que le pensionnat indien représentait pour leurs parents » (p. 216). Bien des années plus tard, la Commission de vérité et réconciliation du Canada a fait écho à ces commentaires dans son *Rapport final* de 2015, où elle comparait l'expérience vécue par les délinquants autochtones en prison à celle des enfants autochtones dans les pensionnats :

> Aujourd'hui, la prison est, pour beaucoup d'Autochtones, ce que les pensionnats ont été : l'expérience d'un isolement qui éloigne les Autochtones de leur famille et de leur communauté. Les prisons sont des lieux de violence qui mènent à un engagement plus avant dans la criminalité parce que les détenus autochtones, surtout les plus jeunes, recherchent l'appartenance à un gang comme forme de protection. Les prisons d'aujourd'hui ne pratiquent

as residential schools did, but racism in prisons is a significant issue. In addition, prisons can fail to provide cultural safety for Aboriginal inmates through neglect or marginalization. Many damaged people emerged from the residential schools; there is no reason to believe that the same is not true of today's prisons.

(Sentencing reasons, 2018 ONSC 1141, 405 C.R.R. (2d) 119, at para. 123, citing Truth and Reconciliation Commission, at p. 219.)

Among its 94 "calls to action", the Commission called for "eliminating the overrepresentation of Aboriginal people in custody", and in particular that of Aboriginal youths, over the ensuing decade (Truth and Reconciliation Commission, *Calls to Action* (2015), calls 30 and 38). With the close of that decade nearing, those calls are more urgent than ever.

[129] Efforts to remedy the problem, however, are nothing new. In the 1980s, as overrepresentation became harder to ignore, it dovetailed with Parliamentary attention to sentencing reform (D. Daubney and G. Parry, "An Overview of Bill C-41 (The Sentencing Reform Act)", in J. V. Roberts and D. P. Cole, eds., *Making Sense of Sentencing* (1999), 31, at pp. 31-33). Then in 1995, following preparatory work of several years, Parliament enacted Bill C-41, or the *Act to amend the Criminal Code (sentencing) and other Acts in consequence thereof*, S.C. 1995, c. 22. The law, which came into force the following year, created Part XXIII of the *Criminal Code*, marking the "first codification and significant reform of sentencing principles in the history of Canadian criminal law" (*Gladue*, at para. 39).

[130] Among other things, Bill C-41 introduced two key measures for addressing overrepresentation. Section 718.2(e) directed sentencing judges to consider "all available sanctions other than imprisonment that are reasonable in the circumstances . . . with particular attention to the circumstances of Aboriginal offenders". And, s. 742.1 created conditional

peut-être plus le dénigrement institutionnalisé des cultures et langues autochtones avec autant d'agressivité que les pensionnats, mais le racisme en prison est un problème important. En outre, les prisons n'offrent pas toujours la sécurité culturelle aux détenus autochtones, par négligence ou marginalisation. Un grand nombre de gens abîmés sont sortis des pensionnats; rien ne permet de croire qu'il n'en sera pas de même des prisons d'aujourd'hui.

(Motifs de détermination de la peine, 2018 ONSC 1141, 405 C.R.R. (2d) 119, par. 123, citant Commission de vérité et réconciliation, p. 249.)

Parmi ses 94 « appels à l'action », la Commission a demandé aux gouvernements de s'engager à « éliminer, au cours de la prochaine décennie, la surreprésentation des Autochtones en détention » et en particulier celle des jeunes Autochtones (Commission de vérité et réconciliation, *Appels à l'action* (2015), appels 30 et 38). À l'approche de la fin de cette décennie, ces appels sont plus urgents que jamais.

[129] Les efforts déployés pour remédier à ce problème ne datent cependant pas d'hier. Dans les années 1980, alors que la surreprésentation devenait plus difficile à ignorer, les parlementaires se sont attelés à la réforme de la détermination de la peine (D. Daubney et G. Parry, « An Overview of Bill C-41 (The Sentencing Reform Act) », dans J. V. Roberts et D. P. Cole, dir., *Making Sense of Sentencing* (1999), 31, p. 31-33). Puis, en 1995, à la suite de travaux préparatoires s'échelonnant sur plusieurs années, le Parlement a adopté le projet de loi C-41, *Loi modifiant le Code criminel (détermination de la peine) et d'autres lois en conséquence*, L.C. 1995, c. 22. Cette loi, qui est entrée en vigueur l'année suivante et qui créait la partie XXIII du *Code criminel*, a marqué la « la première codification et la première réforme substantielle des principes de détermination de la peine dans l'histoire du droit criminel canadien » (*Gladue*, par. 39).

[130] Le projet de loi C-41 instaurait notamment deux mesures essentielles qui avaient pour objet de s'attaquer à la surreprésentation. L'alinéa 718.2e) obligeait les juges chargés de la détermination de la peine à examiner « toutes les sanctions substitutives applicables qui sont justifiées dans les circonstances, plus particulièrement en ce qui concerne les délinquants

sentences — expanding the "available sanctions" — which allowed offenders to serve their sentence in their community, under strict conditions, rather than in prison. Speaking in Parliamentary debates, Minister of Justice Allan Rock explained that the former was an effort, "particularly having regard to the initiatives in the aboriginal communities to achieve community justice, . . . to encourage courts to look at alternatives where it's consistent with the protection of the public — alternatives to jail — and not simply resort to that easy answer in every case" (*Gladue*, at para. 47 (emphasis deleted)).

[131] The regime first came before the Court in 1998, in *Gladue*. The accused, a 19-year-old Cree mother, had pleaded guilty to manslaughter after stabbing her common law husband to death. Except for her Cree ancestry, and the fact that she resided off-reserve in McLennan, Alberta, almost nothing was said about her Indigenous identity at sentencing. Finding that s. 718.2(e) did not apply since she lived off-reserve, the judge sentenced her to three years' imprisonment. A majority of the Court of Appeal for British Columbia dismissed the appeal, concluding that while not applying s. 718.2(e) was an error, it was immaterial, since nothing in Ms. Gladue's background would have made a difference in her sentence. Ms. Gladue then appealed to this Court.

[132] The question was how to interpret s. 718.2(e). Had it changed the law, introducing a new approach to sentencing Indigenous offenders?

[133] This Court held that s. 718.2(e) had changed the law: the provision directed judges "to undertake the process of sentencing aboriginal offenders

autochtones ». De plus, l'art. 742.1 a créé les peines d'emprisonnement avec sursis — élargissant ainsi la gamme de « sanctions substitutives applicables » —, permettant aux délinquants de purger leur peine dans la collectivité, sous des conditions strictes, plutôt qu'en prison. Dans le cadre des débats parlementaires, le ministre de la Justice, Allan Rock, a expliqué qu'il s'agissait, dans le premier cas, d'une mesure visant « particulièrement dans le contexte des initiatives permettant aux communautés autochtones de se doter d'une justice communautaire [à] encourager les tribunaux à recourir à des mesures de rechange dans la mesure où celles-ci sont compatibles avec la protection du public — je parle des mesures de rechange préférables à l'emprisonnement — et non pas à recourir simplement à ce moyen facile dans tous les cas » (*Gladue*, par. 47 (soulignement omis)).

[131] La Cour a été saisie de ce régime pour la première fois en 1998, dans l'affaire *Gladue*. L'accusée, une mère crie âgée de 19 ans, avait plaidé coupable à des accusations d'homicide involontaire coupable après avoir poignardé à mort son conjoint de fait. À l'exception de son ascendance crie, et du fait qu'elle résidait en dehors d'une réserve à McLennan, en Alberta, on n'a presque rien dit à propos de son identité autochtone lors de la détermination de la peine. Estimant que l'al. 718.2e) ne s'appliquait pas, étant donné que l'accusée ne vivait pas dans une réserve, le juge l'a condamnée à trois ans d'emprisonnement. La majorité de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a rejeté l'appel, concluant que, même si le juge chargé de la détermination de la peine avait commis une erreur en n'appliquant pas l'al. 718.2e), cette erreur ne portait pas à conséquence, puisque rien dans les antécédents de M^me^ Gladue n'aurait fait une différence dans sa peine. Madame Gladue avait ensuite interjeté appel devant notre Cour.

[132] La question était de savoir comment interpréter l'al. 718.2e) et de déterminer s'il avait modifié le droit en introduisant une nouvelle méthode de détermination de la peine à l'endroit des délinquants autochtones.

[133] Notre Cour a jugé que l'al. 718.2e) avait modifié le droit : cette disposition donnait pour directive aux juges « d'aborder différemment le processus de

differently" (para. 33), not because they deserve "more" attention in sentencing, but because their "*circumstances are unique*, and different from those of non-aboriginal offenders" (para. 37 (emphasis in original)). The reference to Aboriginal offenders, it explained, "suggests that there is something different about aboriginal offenders which may specifically make imprisonment a less appropriate or less useful sanction" (para. 37).

détermination de la peine à l'égard des délinquants autochtones » (par. 33), non pas parce que ces derniers méritent « plus » d'attention au moment de la détermination de la peine, mais parce leurs « *circonstances sont particulières*, et différentes de celles dans lesquelles se trouvent les non-autochtones » (par. 37 (souligné dans l'original)). La Cour a expliqué que la mention des délinquants autochtones « donn[ait] à penser qu'il y a, dans le cas des autochtones, quelque chose de différent qui pourrait précisément faire de l'emprisonnement une sanction moins appropriée ou moins utile » (par. 37).

[134] Those differences were, broadly speaking, two-fold. First, Indigenous offenders often confront "unique systemic or background factors": the "low incomes, high unemployment, lack of opportunities and options, lack or irrelevance of education, substance abuse, loneliness, and community fragmentation", rooted in years of dislocation, that contribute to their higher incidence of crime and incarceration (paras. 66-67). Second, an offender's Indigenous heritage may inform the "types of sentencing procedures and sanctions which may be appropriate in the circumstances" (para. 66), since Indigenous concepts of sentencing, although "vary[ing] widely", often place greater emphasis upon restorative justice and "the importance of community-based sanctions" than does the general law of sentencing (paras. 73-74).

[134] Ces différences étaient, de façon générale, de deux ordres. Tout d'abord, les délinquants autochtones sont souvent confrontés à des « facteurs systémiques ou historiques distinctifs », soit de « faibles revenus, un fort taux de chômage, un manque de débouchés et d'options, une instruction insuffisante ou inadéquate, l'abus de drogue et d'alcool, l'isolement et la fragmentation des communautés » en raison des traces profondes laissées par des années de perturbations qui contribuent à l'incidence élevée du crime et de l'incarcération (par. 66-67). Ensuite, les origines autochtones du délinquant peuvent influencer « les types de procédures de détermination de la peine et de sanctions qui, dans les circonstances, peuvent être appropriées à l'égard du délinquant » (par. 66), car, même s'ils « varient grandement », les concepts autochtones de la détermination de la peine mettent souvent davantage l'accent sur la justice réparatrice et « l'importance des sanctions rattachées à la communauté » que ne le font les règles de droit générales en matière de détermination de la peine (par. 73-74).

[135] Section 718.2(e) directed sentencing judges to consider and give effect to both factors, using the tools created in Bill C-41. Conditional sentences in particular, gave "an entirely new meaning" to the remedial purpose of s. 718.2(e), by expanding the range of available alternatives to imprisonment (para. 40). Attention was owed "to the fact that Part XXIII, through ss. 718, 718.2(*e*), and 742.1, among other provisions, ha[d] placed a new emphasis upon decreasing the use of incarceration" (para. 93(4.)).

[135] L'alinéa 718.2e) oblige les juges chargés de la détermination de la peine à tenir compte de ces deux facteurs et à leur donner effet à l'aide des outils créés par le projet de loi C-41. La possibilité de prononcer une peine d'emprisonnement avec sursis, en particulier, a donné « un sens entièrement nouveau » à l'objectif réparateur de l'al. 718.2e), en élargissant la gamme des mesures de rechange à l'emprisonnement (par. 40). Il fallait porter attention « au fait que la partie XXIII, par l'art. 718, l'al. 718.2*e*) et l'art. 742.1 notamment, a[vait] réaffirmé l'importance de la réduction du recours à l'incarcération » (par. 93(4.)).

[136] This was key if sentencing judges were to address, however modestly, the systemic injustices against Indigenous peoples in the criminal justice system:

> What can and must be addressed . . . is the limited role that sentencing judges will play in remedying injustice against aboriginal peoples in Canada. Sentencing judges are among those decision-makers who have the power to influence the treatment of aboriginal offenders in the justice system. They determine most directly whether an aboriginal offender will go to jail, or whether other sentencing options may be employed which will play perhaps a stronger role in restoring a sense of balance to the offender, victim, and community, and in preventing future crime. [para. 65]

In *all* cases involving Indigenous offenders, then, sentencing judges had to consider their unique circumstances, taking judicial notice "of the systemic or background factors and the approach to sentencing which is relevant" to them (para. 83), and integrating those concerns into fit sentences.

[137] *Gladue* seemed to herald a turning point in the sentencing of Indigenous offenders. Still, the Court worried that s. 718.2(e) "might come to be interpreted and applied in a manner which would have no real effect upon the day-to-day practice of sentencing aboriginal offenders in Canada" (para. 34). And indeed, by 2012, with overrepresentation again on the rise, the Court in *Ipeelee* saw that courts had "significantly curtailed the scope and potential remedial impact" of s. 718.2(e), "thwarting what was originally envisioned by *Gladue*" (para. 80).

[138] In *Ipeelee*, this Court redoubled its earlier guidance. It emphasized that, as "a remedial provision designed to ameliorate the serious problem of overrepresentation of Aboriginal people in Canadian

[136] Cet élément était essentiel pour permettre aux juges chargés de la détermination de la peine de s'attaquer, même modestement, aux injustices systémiques dont sont victimes les peuples autochtones dans le système de justice pénale :

> Mais ce qu'on peut et doit examiner, c'est le rôle limité que joueront les juges chargés d'infliger les peines dans le redressement des injustices subies par les autochtones au Canada. Les juges qui prononcent les peines comptent parmi les décideurs qui ont le pouvoir d'influer sur le traitement des délinquants autochtones dans le système de justice. Ce sont eux qui décident le plus directement si un délinquant autochtone ira en prison, ou s'il est possible d'envisager des solutions de rechange qui permettront peut-être davantage de restaurer un certain équilibre entre le délinquant, la victime et la collectivité, et de prévenir d'autres crimes. [par. 65]

Dans *toutes* les affaires impliquant des délinquants autochtones, les juges chargés de la détermination de la peine devaient donc désormais tenir compte de la situation particulière des délinquants autochtones, en prenant connaissance d'office « des facteurs systémiques ou historiques et de la conception de la peine pertinents » dans leur cas (par. 83), et en intégrant ces considérations dans des peines justes.

[137] L'arrêt *Gladue* semblait annoncer un tournant dans la détermination de la peine des délinquants autochtones. La Cour craignait toutefois que l'al. 718.2e) « n'en vienne à être interprété et appliqué de telle manière qu'il n'aurait aucun effet réel sur la façon dont se pratique quotidiennement la détermination de la peine dans le cas des délinquants autochtones au Canada » (par. 34). Effectivement, en 2012, face à la recrudescence de la surreprésentation, la Cour a, dans l'affaire *Ipeelee*, constaté que les tribunaux avaient « considérablement restreint la portée et le potentiel réparateur » de l'al. 718.2e), et qu'ils avaient ainsi « compromis la réalisation des objectifs recherchés dans l'arrêt *Gladue* » (par. 80).

[138] Dans l'arrêt *Ipeelee*, notre Cour a réitéré les directives qu'elle avait déjà données. Elle a souligné qu'en tant que « disposition réparatrice destinée à remédier au grave problème de la surreprésentation

prisons", s. 718.2(e) "calls upon judges to use a different method of analysis in determining a fit sentence for Aboriginal offenders", taking account of their unique systemic or background factors and culturally appropriate sentences (para. 59). It reiterated that courts "must take judicial notice" of colonialism's ongoing effects (para. 60), with which overrepresentation is "intimately tied" (para. 77). It clarified that courts should not require Indigenous offenders to show a "causal link between background factors and the commission of the current offence" before applying s. 718.2(e), a link that would be "extremely difficult" to establish (paras. 81 and 83). And it cautioned against diluting s. 718.2(e)'s effect in "serious or violent offences" (para. 84), a carve-out that would "deprive s. 718.2(*e*) of much of its remedial power" (para. 86). Rather, judges must consider the unique circumstances of Aboriginal offenders in *all* cases; failing to do so would not only contravene s. 718.2(e), but would "result in a sentence that was not fit and was not consistent with the fundamental principle of proportionality" (para. 87).

des Autochtones dans les prisons canadiennes », l'al. 718.2e) « invite les juges à utiliser une méthode d'analyse différente pour déterminer la peine appropriée dans le cas d'un délinquant autochtone » en tenant compte des facteurs systémiques et historiques qui leur sont propres et des peines adaptées à leur culture (par. 59). Elle a rappelé que les tribunaux « doivent prendre connaissance d'office » des effets persistants du colonialisme (par. 60), « intimement liés » à la surreprésentation (par. 77). Elle a précisé que les tribunaux ne devraient pas obliger les délinquants autochtones à établir un « lien de causalité entre les facteurs historiques et la perpétration de l'infraction » pour que le juge de la peine puisse appliquer l'al. 718.2e), relevant les « extrêmes difficultés » à affronter pour établir ce lien (par. 81 et 83). Et elle a mis en garde contre une dilution de l'effet de l'al. 718.2e) dans le cas des « crime[s] grave[s] ou violent[s] » (par. 84), estimant que toute tentative d'établir une exception ferait perdre à l'alinéa 718.2e) « une bonne partie de son pouvoir réparateur » (par. 86). Le juge a l'obligation de tenir compte des circonstances propres aux délinquants autochtones dans *tous* les cas, à défaut de quoi il contreviendrait non seulement à l'al. 718.2e), mais risquerait d'infliger « une peine injuste et incompatible avec le principe fondamental de la proportionnalité » (par. 87).

[139] The conditional sentence framework, meanwhile, had undergone some shifts. When first introduced in 1996, conditional sentences were made available whenever the offence carried no mandatory minimum, the appropriate jail term would have been less than two years, and when the offender would not "endanger the safety of the community" (Bill C-41, s. 6). Amendments in 1997 then specified that conditional sentences had to be "consistent with the fundamental purpose and principles of sentencing set out in sections 718 to 718.2" (*Criminal Law Improvement Act, 1996*, S.C. 1997, c. 18, s. 107.1). Then in 2007, further amendments made conditional sentences unavailable for "serious personal injury offence[s] as defined in section 752", and for terrorism or criminal organization offences, prosecuted by way of indictment, for which the maximum sentence was at least 10 years imprisonment (*An Act to amend the*

[139] Le cadre d'analyse de l'emprisonnement avec sursis a, entre temps, fait l'objet de certains changements. Lorsqu'elles ont été instaurées en 1996, les peines d'emprisonnement avec sursis pouvaient être prononcées chaque fois que l'infraction n'était pas passible d'une peine minimale obligatoire, que la peine d'emprisonnement appropriée était de moins de deux ans et que le délinquant ne « met[tait] pas en danger la sécurité de [la collectivité] » (projet de loi C-41, art. 6). Les modifications apportées en 1997 ont précisé que les peines d'emprisonnement avec sursis devaient être « conforme[s] à l'objectif essentiel et aux principes énoncés aux articles 718 à 718.2 » (*Loi de 1996 visant à améliorer la législation pénale*, L.C. 1997, c. 18, art. 107.1). Puis en 2007, d'autres modifications ont exclu le recours à l'emprisonnement avec sursis dans le cas des « infraction[s] constituant des sévices graves à la personne au sens

Criminal Code (conditional sentence of imprisonment), S.C. 2007, c. 12, s. 1).

[140] In 2012, the same year *Ipeelee* was decided, Parliament again reframed conditional sentences in the *Safe Streets and Communities Act*, S.C. 2012, c. 1 (*SSCA*). The *SSCA* removed the reference to "serious personal injury offences" and provided that conditional sentences would be unavailable, among other things, for offences punishable by up to 14 years' or life imprisonment (s. 742.1(c)); and certain drug offences punishable by up to 10 years' imprisonment (s. 742.1(e)(ii)):

742.1 If a person is convicted of an offence and the court imposes a sentence of imprisonment of less than two years, the court may, for the purpose of supervising the offender's behaviour in the community, order that the offender serve the sentence in the community, subject to the conditions imposed under section 742.3, if

. . .

(*c*) the offence is not an offence, prosecuted by way of indictment, for which the maximum term of imprisonment is 14 years or life;

. . .

(*e*) the offence is not an offence, prosecuted by way of indictment, for which the maximum term of imprisonment is 10 years, that

. . .

(ii) involved the import, export, trafficking or production of drugs . . .

de l'article 752 » et des infractions de terrorisme et d'organisation criminelle poursuivies par mise en accusation et passibles d'une peine maximale d'emprisonnement de 10 ans ou plus (*Loi modifiant le Code criminel (emprisonnement avec sursis)*, L.C. 2007, c. 12, art. 1).

[140] En 2012, la même année où l'arrêt *Ipeelee* a été rendu, le Parlement a de nouveau reformulé les peines d'emprisonnement avec sursis dans la *Loi sur la sécurité des rues et des communautés*, L.C. 2012, c. 1 (*LSRC*). La *LSRC* a supprimé la mention des « infractions constituant des sévices graves à la personne » et a précisé qu'il ne serait plus possible d'infliger une peine d'emprisonnement avec sursis notamment pour les infractions passibles d'une peine maximale d'emprisonnement de 14 ans ou d'emprisonnement à perpétuité (al. 742.1c)) et pour certaines infractions mettant en cause des drogues et passibles d'une peine maximale d'emprisonnement de 10 ans (sous-al. 742.1e)(ii)) :

742.1 Le tribunal peut ordonner à toute personne qui a été déclarée coupable d'une infraction de purger sa peine dans la collectivité afin que sa conduite puisse être surveillée — sous réserve des conditions qui lui sont imposées en application de l'article 742.3 —, si elle a été condamnée à un emprisonnement de moins de deux ans et si les conditions suivantes sont réunies :

. . .

c) il ne s'agit pas d'une infraction poursuivie par mise en accusation et passible d'une peine maximale d'emprisonnement de quatorze ans ou d'emprisonnement à perpétuité;

. . .

e) il ne s'agit pas d'une infraction poursuivie par mise en accusation et passible d'une peine maximale d'emprisonnement de dix ans, et, selon le cas :

. . .

(ii) qui met en cause l'importation, l'exportation, le trafic ou la production de drogues . . .

[141] When Ms. Sharma was sentenced six years later, s. 742.1(c) precluded her — otherwise a "prime candidate for a conditional sentence" (C.A. reasons, 2020 ONCA 478, 152 O.R. (3d) 209, at para. 88) — from serving her sentence in her community.

[142] In 1999, this Court called the situation a "crisis in the Canadian criminal justice system" (*Gladue*, at para. 64). Thirteen years later, citing Professor Rudin, it asked: "If Aboriginal overrepresentation was a crisis in 1999, what term can be applied to the situation today?" (*Ipeelee*, at para. 62, citing J. Rudin, "Addressing Aboriginal Overrepresentation Post-*Gladue*: A Realistic Assessment of How Social Change Occurs" (2009), 54 *Crim. L.Q.* 447, at p. 452). Words failed then, and they fail now. The time for mere concern has long since passed. Put simply: we must do better.

III. Procedural History

A. *Ontario Superior Court of Justice, 2018 ONSC 1141, 405 C.R.R. (2d) 119 (Hill J.)*

[143] Hill J. concluded that the mandatory minimum sentence that Ms. Sharma would otherwise have served under s. 6(3)(a.1) of the *CDSA* infringed s. 12 of the *Charter* and could not be saved under s. 1. But he dismissed the argument that s. 742.1(c) infringed s. 15(1), finding the court had "no statistical information" that would assist in "identifying the real measure and likely or established impact of such an adverse effect, such as it may be, to determine whether it can qualify as a 'distinction' based upon Aboriginal status" (para. 257). He sentenced Ms. Sharma to 18 months' imprisonment.

[141] Lorsque M^me^ Sharma a été condamnée six ans plus tard, l'al. 742.1c) l'empêchait de purger sa peine dans la collectivité, alors qu'elle était par ailleurs une [TRADUCTION] « candidate toute désignée pour une peine d'emprisonnement avec sursis » (motifs de la C.A., 2020 ONCA 478, 152 O.R. (3d) 209, par. 88).

[142] En 1999, notre Cour a qualifié la situation de « crise dans le système canadien de justice pénale » (*Gladue*, par. 64). Treize ans plus tard, reprenant les propos du professeur Rudin, elle posait la question suivante : [TRADUCTION] « Si la surreprésentation des Autochtones représentait une crise en 1999, comment peut-on qualifier la situation aujourd'hui? » (*Ipeelee*, par. 62, citant J. Rudin, « Addressing Aboriginal Overrepresentation Post-*Gladue* : A Realistic Assessment of How Social Change Occurs » (2009), 54 *Crim. L.Q.* 447, p. 452). À l'époque, les paroles étaient insuffisantes, et c'est toujours le cas. Le temps de se contenter d'exprimer des préoccupations est depuis longtemps révolu. Bref, nous devons faire mieux.

III. Historique procédural

A. *Cour supérieure de justice de l'Ontario, 2018 ONSC 1141, 405 C.R.R. (2d) 119 (le juge Hill)*

[143] Le juge Hill a conclu que la peine minimale obligatoire que M^me^ Sharma aurait autrement purgée conformément à l'al. 6(3)a.1) de la *LRCDAS* contrevenait à l'art. 12 de la *Charte* et ne pouvait pas être sauvegardée par application de l'article premier. Il a toutefois rejeté l'argument selon lequel l'al. 742.1c) enfreignait le par. 15(1), estimant que le tribunal n'avait à sa disposition [TRADUCTION] « aucune donnée statistique » qui l'aiderait à « connaître l'ampleur réelle et l'incidence probable ou démontrée de cet effet préjudiciable, s'il en est, afin de déterminer si la suppression des peines avec sursis peut être qualifiée de "distinction" fondée sur le statut d'Autochtone » (par. 257). Il a condamné M^me^ Sharma à 18 mois d'emprisonnement.

B. *Court of Appeal for Ontario, 2020 ONCA 478, 152 O.R. (3d) 209 (Feldman and Gillese JJ.A., Miller J.A. Dissenting)*

[144] Ms. Sharma added s. 742.1(e)(ii) to her constitutional challenge on appeal with the Crown's consent. She also renewed her argument on s. 7 of the *Charter*, which she had abandoned at first instance. The Crown did not appeal the finding that the minimum sentence under s. 6(3)(a.1) was unconstitutional.

[145] Feldman J.A., writing for the majority, concluded that ss. 742.1(c) and 742.1(e)(ii) infringed ss. 7 and 15(1) of the *Charter* and could not be saved by s. 1.

[146] On s. 7, Ms. Sharma's liberty was clearly deprived; the issue was whether the provisions were arbitrary or overbroad. The purpose of those provisions was to "maintain the integrity of the justice system by ensuring that offenders who commit serious offences receive prison sentences" (para. 148). The provisions were not arbitrary because removing conditional sentences coincided with Parliament's purpose. But they were overbroad because "using a high maximum sentence as a proxy for the seriousness of the offence" (para. 154) caught some offenders the provisions "were not intended to capture" (para. 161): namely, those whose offences, while susceptible to stiff sentences, were less serious in the circumstances.

[147] On s. 15(1), the majority explained that conditional sentences "take on a unique significance in the context of Aboriginal offenders" as a remedy for "systemic overincarceration" (para. 70). By limiting that tool, the provisions undermined "the purpose and remedial effect of s. 718.2(*e*) in addressing the substantive inequality between Aboriginal and non-Aboriginal people" in Canada's prison system (para. 79). This created a distinction on the basis of

B. *Cour d'appel de l'Ontario, 2020 ONCA 478, 152 O.R. (3d) 209 (les juges Feldman et Gillese, le juge Miller, dissident)*

[144] Madame Sharma a ajouté le sous-al. 742.1e)(ii) à sa contestation constitutionnelle en appel avec le consentement de la Couronne. Elle a également avancé de nouveau son argument fondé sur l'art. 7 de la *Charte*, qu'elle avait abandonné en première instance. La Couronne n'a pas interjeté appel de la conclusion selon laquelle la peine minimale prévue à l'al. 6(3)a.1) était inconstitutionnelle.

[145] S'exprimant au nom de la majorité, la juge Feldman a conclu que l'al. 742.1c) et le sous-al. 742.1e)(ii) contrevenaient à l'art. 7 et au par. 15(1) de la *Charte* et ne pouvaient être sauvegardés par application de l'article premier.

[146] En ce qui concerne l'art. 7, M[me] Sharma a clairement été privée de sa liberté; il s'agissait de savoir si les dispositions en cause étaient arbitraires ou avaient une portée excessive. Ces dispositions avaient pour objet de [TRADUCTION] « maintenir l'intégrité du système de justice en veillant à ce que les délinquants qui commettent des infractions graves soient condamnés à des peines d'emprisonnement » (par. 148). Les dispositions n'étaient pas arbitraires parce que la suppression des peines avec sursis coïncidait avec l'objectif du Parlement. Elles avaient toutefois une portée excessive parce que, [TRADUCTION] « en utilisant une peine maximale élevée comme indicateur de la gravité de l'infraction » (par. 154), les dispositions en question visaient certains délinquants auxquels elles « n'étaient pas censées s'appliquer » (par. 161), à savoir ceux dont les infractions, quoique susceptibles de faire l'objet de peines sévères, étaient moins graves dans les circonstances.

[147] En ce qui concerne le par. 15(1), les juges majoritaires ont expliqué que l'emprisonnement avec sursis [TRADUCTION] « revêt une importance particulière dans le cas des délinquants autochtones » comme solution pour remédier au problème de la « surincarcération systémique » (par. 70). En limitant ainsi l'octroi du sursis à l'emprisonnement, ces dispositions contrecarraient [TRADUCTION] « l'objectif et l'effet de l'al. 718.2*e*), qui visait à remédier à l'inégalité réelle

race and had the effect of reinforcing, perpetuating, or exacerbating Ms. Sharma's disadvantages as an Indigenous person. The sentencing judge erred in requiring further material evidence, since the judge was entitled to take judicial notice of the "historic disadvantage endured by Aboriginal people in Canada" (para. 90) and "the fact that systemic discrimination is recognized as a direct cause" of their overrepresentation in the criminal justice system (para. 102).

[148] The majority concluded that the provisions could not be saved under s. 1 and declared them of no force and effect.

[149] Miller J.A., in dissent, would have dismissed the appeal. The provisions did not infringe ss. 7 or 15. Their purpose was to "ensure that offenders who commit serious crimes receive fit sentences, deemed to include a period of incarceration" (para. 283). They are not overbroad because it is for Parliament, not courts, to decide what constitutes a serious crime. And although the provisions drew a distinction based on race, Parliament did not treat Indigenous offenders as less equal than other offenders, so the distinction was not discriminatory. Had the provisions infringed s. 15(1), he would have upheld them under s. 1.

IV. Discussion

[150] Two *Charter* rights — ss. 7 and 15(1) — frame this appeal. Each engages distinct analyses. I consider them in turn.

A. *Section 7*

[151] The first issue is whether ss. 742.1(c) and 742.1(e)(ii) infringe s. 7 of the *Charter*, which provides that "[e]veryone has the right to life, liberty and

entre les Autochtones et les non-Autochtones » au sein du système carcéral canadien (par. 79). Elles créaient ainsi une distinction fondée sur la race et avaient pour effet de renforcer, de perpétuer ou d'accentuer les désavantages que subissait M^me^ Sharma en tant qu'Autochtone. Le juge chargé de la détermination de la peine a commis une erreur en exigeant d'autres preuves matérielles, puisqu'il lui était loisible de prendre connaissance d'office du [TRADUCTION] « désavantage historique subi par les Autochtones au Canada » (par. 90) et du « fait qu'il est reconnu que la discrimination systémique est une cause directe » de leur surreprésentation dans le système de justice pénale (par. 102).

[148] La majorité a conclu que les dispositions ne pouvaient pas être sauvegardées en application de l'article premier, et elle les a déclarées inopérantes.

[149] Le juge Miller, dissident, aurait rejeté l'appel. Selon lui, les dispositions ne contrevenaient ni à l'art. 7 ni à l'art. 15. Elles avaient pour objet de [TRADUCTION] « veiller à ce que les délinquants qui commettent des crimes graves soient condamnés à des peines justes, réputées inclure une période d'incarcération » (par. 283). Elles n'avaient pas de portée excessive parce qu'il appartient au Parlement, et non aux tribunaux, de décider ce qui constitue un crime grave. Même si les dispositions établissaient une distinction fondée sur la race, le Parlement ne traitait pas les délinquants autochtones comme moins égaux que les autres délinquants, de sorte que la distinction n'était pas discriminatoire. Si les dispositions enfreignaient le par. 15(1), le juge en aurait confirmé la validité en vertu de l'article premier.

IV. Analyse

[150] Le présent pourvoi porte sur deux droits garantis par la *Charte* — ceux garantis à l'art. 7 et au par. 15(1). Chacun appelle une analyse distincte. Je vais donc les examiner à tour de rôle.

A. *L'article 7*

[151] La première question à trancher est celle de savoir si l'al. 742.1c) et le sous-al. 742.1e)(ii) contreviennent à l'art. 7 de la *Charte*, lequel prévoit que

security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice." Incarceration would deprive Ms. Sharma of her liberty. The question, therefore, is whether the deprivation conforms to the principles of fundamental justice. Two principles are relevant in this case: overbreadth and arbitrariness. Since I conclude that the impugned provisions are overbroad, it is unnecessary to address whether the law is arbitrary.

(1) Overbreadth

[152] It is a principle of fundamental justice that a law that deprives a person of life, liberty or security must not be overbroad. Overbreadth concerns situations "where there is no rational connection between the purposes of the law and some, but not all, of its impacts" (*Canada (Attorney General) v. Bedford*, 2013 SCC 72, [2013] 3 S.C.R. 1101, at para. 112 (emphasis deleted)). In other words, an overbroad law is "arbitrary in part" (para. 112 (emphasis deleted)).

[153] The analysis requires identifying the purpose and the scope of the law to determine whether it "goes too far by sweeping conduct into its ambit that bears no relation to its objective" (*Bedford*, at para. 117). I discuss each below.

(2) Purpose

[154] The first step is to determine the purpose of the challenged provisions. The purpose's framing should "focus on the ends of the legislation rather than on its means, be at an appropriate level of generality and capture the main thrust of the law in precise and succinct terms" (*R. v. Moriarity*, 2015 SCC 55, [2015] 3 S.C.R. 485, at para. 26). This requires some discernment, since a purpose articulated in "too general terms . . . will provide no meaningful check on the means employed to achieve it: almost any challenged provision will likely be rationally connected to a very broadly stated purpose" (para. 28).

« [c]hacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale. » L'incarcération priverait M^me^ Sharma de sa liberté. Il s'agit donc de savoir si cette privation est conforme aux principes de justice fondamentale. La présente affaire met en jeu deux principes : la portée excessive et le caractère arbitraire. Comme j'estime que les dispositions contestées ont une portée excessive, il n'est pas nécessaire de déterminer si elles sont également arbitraires.

(1) Portée excessive

[152] Selon un principe de justice fondamentale, la disposition législative qui porte atteinte au droit d'une personne à la vie, à la liberté ou à la sécurité ne doit pas avoir une portée excessive. Il y a portée excessive lorsqu'« il n'existe aucun lien rationnel entre les objets de la disposition et certains de ses effets, mais pas tous » (*Canada (Procureur général) c. Bedford*, 2013 CSC 72, [2013] 3 R.C.S. 1101, par. 112 (italique omis)). En d'autres termes, la disposition à la portée excessive est « en partie arbitraire » (par. 112 (italique omis)).

[153] L'analyse suppose de définir l'objet et la portée de la disposition contestée pour déterminer si elle « va trop loin en faisant tomber sous le coup de son application un comportement qui n'a aucun rapport avec son objectif » (*Bedford*, par. 117). Je traite de chacun de ces points ci-dessous.

(2) Objet

[154] La première étape consiste à déterminer l'objet des dispositions contestées. La formulation de l'objet devrait « s'attacher aux fins visées par la loi plutôt qu'aux moyens choisis pour les réaliser, et elle devrait présenter un niveau approprié de généralité et énoncer l'idée maîtresse du texte de loi en termes précis et succincts » (*R. c. Moriarity*, 2015 CSC 55, [2015] 3 R.C.S. 485, par. 26). Cela nécessite un certain discernement, car un objet exprimé « en termes trop généraux ne permettra pas de contrôler efficacement les moyens employés pour le réaliser : pratiquement toute disposition contestée est susceptible de présenter un lien rationnel avec un objet formulé en termes très larges » (par. 28).

[155] The parties disagree on the appropriate statement of legislative purpose: the Crown advances the one adopted by the Court of Appeal for Saskatchewan in *R. v. Neary*, 2017 SKCA 29, [2017] 7 W.W.R. 730, while Ms. Sharma advances the one adopted by the majority in the court below, with which the dissenting justice substantially agreed (paras. 148 and 282).

[156] In *Neary*, the court concluded that the *SSCA* reflected "at least the following broad purposes: (a) providing consistency and clarity to the sentencing regime; (b) promoting of public safety and security; (c) establishing paramountcy of the secondary principles of denunciation and deterrence in sentencing for the identified offences; and (d) treating of non-violent serious offences as serious offences for sentencing purposes" (para. 35). But in my view, these sub-purposes improperly focus on the broad objectives underlying the legislation as a whole, rather than the specific provisions at issue, and so cannot ground an overbreadth analysis in this case (*R. v. Safarzadeh-Markhali*, 2016 SCC 14, [2016] 1 S.C.R. 180, at para. 30).

[157] Nor can I entirely adopt the purpose statement of the court below, being "to maintain the integrity of the justice system by ensuring that offenders who commit serious offences receive prison sentences" (C.A. reasons, at para. 148). Just as "providing consistency and clarity to the sentencing regime" and "promoting of public safety and security" are too general, so too is "maintain[ing] the integrity of the justice system". In my view, it is better characterized as an "animating social value" (*Moriarity*, at para. 28).

[158] What, then, is the purpose of the impugned provisions? Discerning the purpose requires this Court to consider the stated objective in the legislation, if any; the text, context and scheme of the legislation;

[155] Les parties ne s'entendent pas sur l'énoncé de l'objet législatif qu'il y a lieu de retenir : la Couronne opte pour celui adopté par la Cour d'appel de la Saskatchewan dans l'arrêt *R. c. Neary*, 2017 SKCA 29, [2017] 7 W.W.R. 730, tandis que M^me^ Sharma propose la définition qui a été adoptée en l'espèce par la majorité de la Cour d'appel et avec laquelle le juge dissident était essentiellement d'accord (par. 148 et 282).

[156] Dans l'arrêt *Neary*, la cour a conclu que la *LSRC* reflétait [TRADUCTION] « au moins les objectifs généraux suivants : a) assurer la cohérence et la clarté du régime de détermination de la peine; b) promouvoir la sûreté et la sécurité publiques; c) affirmer la primauté des principes secondaires de dénonciation et de dissuasion en matière de détermination de la peine pour les infractions nommément désignées; d) traiter les infractions graves non violentes comme des infractions graves aux fins de détermination de la peine » (par. 35). J'estime toutefois que ces objectifs secondaires sont trop axés sur les objectifs généraux qui sous-tendent la loi dans son ensemble, plutôt que sur les dispositions spécifiques en cause, de sorte qu'ils ne permettent pas de procéder en l'espèce à une analyse de la portée excessive (*R. c. Safarzadeh-Markhali*, 2016 CSC 14, [2016] 1 R.C.S. 180, par. 30).

[157] Je ne peux pas non plus adopter entièrement l'énoncé de l'objet proposé par la Cour d'appel, en l'occurrence [TRADUCTION] « maintenir l'intégrité du système de justice en veillant à ce que les délinquants qui commettent des infractions graves soient condamnés à des peines d'emprisonnement » (motifs de la C.A., par. 148). Tout comme « assurer la cohérence et la clarté du régime de détermination de la peine » et « promouvoir la sûreté et la sécurité publiques » sont des objectifs trop généraux, il en va de même pour l'objectif de « maintenir l'intégrité du système de justice ». Il s'agit plutôt à mon avis d'une « valeur sociale directrice » (*Moriarity*, par. 28).

[158] Quel est donc l'objet des dispositions contestées? Pour le discerner, notre Cour doit tenir compte de l'objectif énoncé, le cas échéant, dans la loi, ainsi que du texte, du contexte et de l'économie de la loi

and extrinsic evidence such as legislative history and evolution (*Moriarity*, at para. 31).

[159] The amendment to s. 742.1 was one of a series of measures set out in the *SSCA*, which amended several acts, including the *CDSA*, the *Criminal Code*, the *State Immunity Act*, R.S.C. 1985, c. S-18, the *Corrections and Conditional Release Act*, S.C. 1992, c. 20, the *Youth Criminal Justice Act*, S.C. 2002, c. 1, and the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27. The bill's overall direction was to "move quickly to reintroduce comprehensive law-and-order legislation to combat crime and terrorism" (*House of Commons Debates*, vol. 146, No. 2, 1st Sess., 41st Parl., June 3, 2011, at pp. 15-19). As a result, Canada's sentencing regime adopted sterner and more predictable sanctions: for example, it introduced mandatory minimum imprisonment sentences for drug and sexual offences and it stiffened sentences for violent youth crimes.

[160] The amendments to s. 742.1 in particular aimed to remove community sentences for offenders who commit more serious offences. The Minister of Justice stressed that the sentencing reforms would "prevent the use of conditional sentences for serious violent and property crimes" (*House of Commons Debates*, vol. 146, No. 17, 1st Sess., 41st Parl., September 21, 2011, at pp. 1298-99; see also *House of Commons Debates*, June 3, 2011, at pp. 15-19; C.A. reasons, at paras. 146-47). For the Parliamentary Secretary to the Minister of Justice, the government was "addressing the concerns of Canadians who no longer want to see conditional sentences used for serious crimes, whether they are violent crimes or property crimes" (*House of Commons Debates*, September 21, 2011, at pp. 1316-18). This concern explains why Parliament narrowed the ambit of eligibility for conditional sentences.

et d'éléments de preuves extrinsèques tels que l'historique du texte de loi et son évolution (*Moriarity*, par. 31).

[159] Les modifications apportées à l'art. 742.1 faisaient partie d'une série de mesures énoncées dans la *LSRC*, laquelle modifiait plusieurs lois, y compris la *LRCDAS*, le *Code criminel*, la *Loi sur l'immunité des États*, L.R.C. 1985, c. S-18, la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, L.C. 1992, c. 20, la *Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents*, L.C. 2002, c. 1, et la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, c. 27. La raison d'être de ce projet de loi était d'agir rapidement pour « présenter à nouveau des mesures législatives sur la loi et l'ordre regroupées pour lutter contre le crime et le terrorisme » (*Débats de la Chambre des communes*, vol. 146, nº 2, 1re sess., 41e lég., 3 juin 2011, p. 15-19). Par conséquent, le régime canadien de détermination de la peine a prévu des sanctions plus sévères et plus prévisibles : par exemple, il a introduit des peines d'emprisonnement minimales obligatoires pour les infractions liées aux drogues et les infractions sexuelles et a durci les peines pour les crimes violents commis par des adolescents.

[160] Les modifications apportées à l'art. 742.1 en particulier visaient à supprimer les peines à purger dans la collectivité dans le cas des délinquants qui commettent des infractions plus graves. Le ministre de la Justice a souligné que cette réforme du régime de la détermination de la peine « empêchera [. . .] ceux qui commettent des crimes graves avec violence ou contre la propriété de bénéficier d'une peine avec sursis » (*Débats de la Chambre des communes*, vol. 146, nº 17, 1re sess., 41e lég., 21 septembre 2011, p. 1298-1299; voir aussi *Débats de la Chambre des communes*, 3 juin 2011, p. 15-19; motifs de la C.A., par. 146-147). Pour le secrétaire parlementaire du ministre de la Justice, le gouvernement se montrait ainsi « attentif aux préoccupations des Canadiens et des Canadiennes qui ne veulent plus voir l'emprisonnement avec sursis utilisé lors de crimes graves, qu'ils soient commis avec violence ou reliés à la propriété » (*Débats de la Chambre des communes*, 21 septembre 2011, p. 1316-1318). Cette préoccupation explique la raison pour laquelle le Parlement a restreint la portée de l'admissibilité à l'emprisonnement avec sursis.

[161] In my view, Parliament's purpose in enacting ss. 742.1(c) and 742.1(e)(ii) was to ensure offenders who commit more serious offences serve prison time. To this extent, I agree with the majority of the Court of Appeal. This purpose strikes the appropriate balance between precision and generality, without conflating the means with the ends, nor amounting to a "virtual repetition of the challenged provision, divorced from its context" (*Moriarity*, at para. 28).

(3) Effects

[162] The second step asks whether the law goes further than reasonably necessary to achieve its legislative goals (*Safarzadeh-Markhali*, at para. 50). The ultimate question is whether the law violates basic norms because there is no connection between its purpose and an effect (*Bedford*, at para. 119). An overbroad effect on even one person is sufficient to establish a breach of s. 7 (*Bedford*, at para. 123; *Carter v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 5, [2015] 1 S.C.R. 331, at para. 85). Whether the extent of such effects is justifiable is a question for s. 1.

[163] In seeking to ensure that offenders who commit more serious offences serve prison time, Parliament used maximum sentences as the gauge of the seriousness of an offence. Both provisions thus precluded conditional sentences for offences where the maximum sentence is 14 years or life (s. 742.1(c)), or 10 years, in offences involving the import, export, trafficking or production of drugs (s. 742.1(e)(ii)).

[164] But maximum sentences only show that an offence is *potentially* serious, not that it is *necessarily* serious. While the nature of the designated offences are serious in the abstract, the range of conduct they cover can be less serious. Worst-case scenarios say nothing about baseline cases. I agree with the majority in the Court of Appeal below that maximum sentences are

[161] À mon avis, l'intention qu'avait le Parlement en adoptant l'al. 742.1c) et le sous-al. 742.1e)(ii) était de faire en sorte que les délinquants qui commettent des infractions plus graves purgent leur peine en prison. En ce sens, je suis d'accord avec la majorité de la Cour d'appel. Cet objectif crée un juste équilibre entre la précision et la généralité, sans confondre la fin avec les moyens ni constituer une « quasi-répétition de la disposition contestée dissociée de son contexte » (*Moriarity*, par. 28).

(3) Effets

[162] La deuxième étape consiste à déterminer si la disposition législative va au-delà de ce qui est raisonnablement nécessaire pour atteindre ses objectifs législatifs (*Safarzadeh-Markhali*, par. 50). Il s'agit au fond de déterminer si la disposition en cause viole des normes fondamentales du fait de l'absence de lien entre son objet et son effet (*Bedford*, par. 119). Un effet excessif sur une seule personne suffit pour établir l'atteinte au droit garanti à l'art. 7 (*Bedford*, par. 123; *Carter c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 5, [2015] 1 R.C.S. 331, par. 85). La question de savoir si l'ampleur de ces effets est justifiable relève de l'article premier.

[163] En cherchant à s'assurer que les délinquants qui commettent des infractions plus graves purgent leur peine en prison, le Parlement a utilisé les peines maximales pour mesurer la gravité de l'infraction. Les deux dispositions en question font en sorte qu'il n'est plus possible d'infliger une peine d'emprisonnement avec sursis pour les infractions passibles d'une peine maximale d'emprisonnement de 14 ans ou d'emprisonnement à perpétuité (al. 742.1c)) ni pour les infractions passibles d'une peine maximale d'emprisonnement de 10 ans qui mettent en cause l'importation, l'exportation, le trafic ou la production de drogues (sous-al. 742.1e)(ii)).

[164] Mais les peines maximales indiquent seulement qu'une infraction est *potentiellement* grave, non pas qu'elle est *nécessairement* grave. Bien qu'en théorie, les infractions désignées soient graves par définition, elles visent divers actes qui peuvent être moins graves. Les pires des scénarios ne tiennent pas compte des situations courantes. Je suis d'accord

a flawed proxy for the gravity of offences which can be committed in circumstances ranging in severity, from the relatively more serious to the relatively less serious.

[165] Consider the designated offences: they are wide-ranging and lack a uniform or coherent view of the seriousness of any given infraction. The offences caught by s. 742.1(c), for instance, range from offences like manslaughter (s. 236) or dangerous operation of a conveyance causing death (ss. 320.13(3) and 320.21), to offences like forging a passport (s. 57(1)) or possession of counterfeit money (s. 450(b)).

[166] As is typical, many of those offences "cover a wide range of conduct and may attract a broad range of sentences" (*R. v. Parranto*, 2021 SCC 46, [2021] 3 S.C.R. 366, at para. 53). The scope of manslaughter, for example, runs from "near accident" to "near murder" (*R. v. Laberge* (1995), 165 A.R. 375 (C.A.), at para. 6; see also *R. v. Morrisey*, 2000 SCC 39, [2000] 2 S.C.R. 90, at para. 72, per Arbour J.). It presents "the widest possible range for sentencing among all the offences in the *Criminal Code*", such that life imprisonment and a suspended sentence may each be appropriate in different contexts (*R. v. Sinclair* (1980), 3 Man. R. (2d) 257 (C.A.), at para. 2). This variety has led appellate courts to identify different categories of severity within a given offence for sentencing purposes (see *Parranto*, at paras. 53 and 56-57).

[167] Section 742.1(e)(ii), too, covers a range of conduct. It neither distinguishes the type of drug trafficked nor the quantum, encompassing large-scale commercial schemes and small-scale imports for personal use. In the words of the Canadian Civil Liberties Association, it spans the gulf, in terms of relative seriousness, between a person who "imports 30 kg of fentanyl to distribute to addicts across the country" and one "who brings a quarter of an ounce

avec la majorité de la Cour d'appel pour dire que les peines maximales ne sont pas un bon indicateur de la gravité des infractions qui peuvent être commises dans des circonstances de gravité variable, allant de relativement plus graves à relativement moins graves.

[165] Prenons l'exemple des infractions désignées : elles sont très diversifiées et ne rendent pas compte de façon uniforme ou cohérente de la gravité d'une infraction donnée. Les infractions qui tombent sous le coup de l'al. 742.1c), par exemple, vont de l'homicide involontaire coupable (art. 236) et de la conduite dangereuse d'un véhicule à moteur causant la mort (par. 320.13(3) et art. 320.21) à des infractions telles la fabrication d'un faux passeport (par. 57(1)) et la possession de monnaie contrefaite (al. 450b)).

[166] Comme c'est habituellement le cas, bon nombre de ces infractions « visent une large gamme d'actes et sont assorties d'une foule de peines » (*R. c. Parranto*, 2021 CSC 46, [2021] 3 R.C.S. 366, par. 53). Dans le cas de l'homicide involontaire coupable, par exemple, l'infraction va de situations [TRADUCTION] « frôlant l'accident » à celles « frôlant le meurtre » (*R. c. Laberge* (1995), 165 A.R. 375 (C.A.), par. 6; voir aussi *R. c. Morrisey*, 2000 CSC 39, [2000] 2 R.C.S. 90, par. 72, la juge Arbour). Cette infraction comporte [TRADUCTION] « l'éventail le plus large possible de peines parmi toutes les infractions du *Code criminel* », de sorte que l'emprisonnement à perpétuité et un sursis au prononcé de la peine peuvent tous les deux être appropriés dans des contextes différents (*R. c. Sinclair* (1980), 3 Man. R. (2d) 257 (C.A.), par. 2). Cette diversité a amené les juridictions d'appel à définir divers degrés de gravité des infractions aux fins de détermination de la peine (voir *Parranto*, par. 53 et 56-57).

[167] Le sous-alinéa 742.1e)(ii) couvre également une vaste gamme d'actes. Il ne fait pas de distinction entre le type de drogues faisant l'objet du trafic ou entre les quantités distribuées, englobant les réseaux de distribution à grande échelle et l'importation à petite échelle pour usage personnel. Pour citer l'Association canadienne des libertés civiles, il met sur un pied d'égalité, en termes de gravité relative, l'individu qui [TRADUCTION] « importe 30 kg de fentanyl pour

of cocaine into Canada to use at a party" (I.F., at para. 16).

[168] Maximum penalties of any kind will furthermore "by [their] very nature be imposed only rarely" (*R. v. Cheddesingh*, 2004 SCC 16, [2004] 1 S.C.R. 433, at para. 1; see also *R. v. L.M.*, 2008 SCC 31, [2008] 2 S.C.R. 163, at para. 20). They are reserved for crimes of sufficient gravity and blameworthiness. The break and enter offence under s. 348(1) of the *Criminal Code*, for instance, is punishable by life imprisonment if committed in a dwelling-house, and by up to 10 years in prison if committed elsewhere. But before the challenged provisions were enacted, the average sentence imposed on most offenders was less than one year in custody, if they were sentenced to prison at all (D. Plecas et al., *Do Judges Take Prior Record into Consideration? An Analysis of the Sentencing of Repeat Offenders in British Columbia* (2012), at p. 7).

[169] Granted, this Court has said that maximum sentences not only "help determine the gravity of the offence", but are "one of Parliament's principal tools" to do so (*R. v. Friesen*, 2020 SCC 9, [2020] 1 S.C.R. 424, at paras. 95-96). Indeed, maximum sentences provide general guidance on the gravity of an offence, and can assist in setting sentencing ranges. But that general guidance only goes so far in individual cases. A fit sentence is always defined by the totality of circumstances. The question is always: for "this offence, committed by this offender, harming this victim, in this community, what is the appropriate sanction under the *Criminal Code*?" (*Gladue*, at para. 80 (emphasis in original)). For that reason, "the structure of maximum penalties under the *Code* frequently provides little guidance to sentencing judges in imposing punishments in individual cases" (*R. v. M. (C.A.)*, [1996] 1 S.C.R. 500, at para. 36).

en faire la distribution à des toxicomanes à l'échelle du pays » et celui qui « rapporte au Canada un quart d'once de cocaïne pour la consommer lors d'une fête » (m. interv., par. 16).

[168] De plus, « [e]n raison de leur nature même, les peines maximales, quelles qu'elles soient, sont rarement infligées » (*R. c. Cheddesingh*, 2004 CSC 16, [2004] 1 R.C.S. 433, par. 1; voir aussi *R. c. L.M.*, 2008 CSC 31, [2008] 2 R.C.S. 163, par. 20). Elles sont réservées aux crimes suffisamment graves et répréhensibles. Ainsi, l'infraction d'introduction par effraction prévue au par. 348(1) du *Code criminel* est passible de l'emprisonnement à perpétuité si elle est commise dans une maison d'habitation ou d'un emprisonnement maximal de 10 ans si elle est commise ailleurs. Or, avant l'adoption des dispositions contestées, la peine moyenne à laquelle la plupart des délinquants étaient condamnés était de moins d'un an de détention, si tant est qu'ils fussent condamnés à la prison (D. Plecas et autres, *Do Judges Take Prior Record into Consideration? An Analysis of the Sentencing of Repeat Offenders in British Columbia* (2012), p. 7).

[169] Certes, notre Cour a dit que non seulement les peines maximales « aident à déterminer la gravité de l'infraction », mais aussi qu'elles « sont l'un des principaux outils dont dispose le législateur pour établir la gravité de l'infraction » (*R. c. Friesen*, 2020 CSC 9, [2020] 1 R.C.S. 424, par. 95-96). Les peines maximales fournissent effectivement des indications générales quant à la gravité de l'infraction et peuvent aider le tribunal à établir la fourchette des peines. Mais l'utilité de ces indications générales est limitée dans les cas individuels. La peine juste est toujours définie en fonction de l'ensemble des circonstances. La question est toujours la suivante : pour « cette infraction, commise par ce délinquant, ayant causé du tort à cette victime, dans cette communauté, quelle est la sanction appropriée au regard du *Code criminel*? » (*Gladue*, par. 80 (souligné dans l'original)). Pour cette raison, « le régime de peines maximales prévu par le *Code* donne souvent peu d'indications au juge chargé de déterminer la peine » (*R. c. M. (C.A.)*, [1996] 1 R.C.S. 500, par. 36).

[170] Constitutionally valid mandatory minimums are different because they set a floor, not a ceiling: the offences they attach to are so serious that the minimum is appropriate even for a highly sympathetic offender in highly mitigating circumstances. For instance, a mandatory life sentence without parole eligibility for 25 years — the minimum punishment for first degree murder committed in the course of a crime of domination (*Criminal Code*, s. 231(5)) — was found to respect s. 7 because the corresponding offence is so inherently vile that the sentence will always be proportionate (*R. v. Luxton*, [1990] 2 S.C.R. 711, at pp. 721-23). The offences captured in ss. 742.1(c) and 742.1(e)(ii) lack a similar baseline.

[171] The Crown, however, says that Parliament's approach is constitutionally permissible for three reasons.

[172] First, the Crown argues that gauging seriousness through maximum sentences is far from novel. Parliament has used maximum sentences elsewhere to determine the objective gravity of an offence, for instance in absolute or conditional discharges, which s. 730(1) deems unavailable for offences punishable by 14 years or life. The constitutionality of such provisions — including s. 730(1) — is not before this Court. But the present situation is also unique. Most obviously, as Ms. Sharma points out, the restrictions on conditional sentences imposed by the challenged provisions are the only type of legislative measure that restricts a person's physical liberty based solely on the potential maximum sentence. And here, as I have explained, a maximum sentence fails to track the gravity of every offence; it does not provide a rational basis to imprison *every* accused it applies to.

[170] Les peines minimales obligatoires constitutionnellement valides sont différentes en ce qu'elles établissent un seuil, et non un plafond : les infractions auxquelles elles s'appliquent sont si graves qu'il convient dans leur cas d'infliger la peine minimale, et ce, même dans le cas d'un délinquant très sympathique et de circonstances très atténuantes. Par exemple, une peine obligatoire d'emprisonnement à perpétuité sans possibilité de libération conditionnelle avant 25 ans — la peine minimale prévue pour le meurtre au premier degré commis dans le cadre d'un crime comportant domination (*Code criminel*, par. 231(5)) — a été jugée conforme à l'art. 7 parce que l'infraction à laquelle elle correspond est si intrinsèquement ignoble que la peine sera toujours proportionnée (*R. c. Luxton*, [1990] 2 R.C.S. 711, p. 721-723). Les infractions visées à l'al. 742.1c) et au sous-al. 742.1e)(ii) ne comportent pas de point de référence semblable.

[171] La Couronne affirme toutefois que l'approche du Parlement est constitutionnellement acceptable, et ce, pour trois raisons.

[172] La Couronne soutient tout d'abord qu'évaluer la gravité au moyen de peines maximales est loin d'être une nouveauté. Le Parlement a utilisé ailleurs les peines maximales pour déterminer la gravité objective d'une infraction, par exemple dans le cas des absolutions inconditionnelles ou sous conditions, qui, aux termes du par. 730(1), ne peuvent être accordées dans le cas des infractions punissables d'un emprisonnement de 14 ans ou de l'emprisonnement à perpétuité. La Cour n'est pas appelée en l'espèce à se prononcer sur la constitutionnalité de ces dispositions, et notamment du par. 730(1). Mais la présente situation est également unique. De toute évidence, comme le souligne M^me^ Sharma, les restrictions apportées par les dispositions contestées à l'emprisonnement avec sursis constituent les seules mesures législatives qui limitent la liberté physique d'une personne uniquement en fonction de la peine maximale potentielle. Et, comme je l'ai déjà expliqué, dans le cas qui nous occupe, la peine maximale ne tient pas compte de la gravité de chaque infraction; elle ne justifie pas rationnellement l'emprisonnement de *chaque* accusé auquel elle s'applique.

[173] Second, the Crown suggests that judicial discretion will prevent any unduly broad impact: other sentencing alternatives will ensure that offenders undeserving of prison time will avoid time behind bars. As the Canadian Civil Liberties Association pointed out, this argument only further highlights the provisions' vast reach in capturing offences at the lowest level of seriousness. Conduct nearly warranting a suspended sentence is far removed from conduct warranting a maximum sentence. But more importantly, the most relevant of these alternatives — intermittent sentences or suspended sentences — will not always be available or proportionate; they offer only a very limited safeguard.

[173] Ensuite, la Couronne suggère que l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge empêchera tout impact démesuré : l'existence de solutions de rechange à l'emprisonnement fera en sorte que les délinquants qui ne méritent pas d'être emprisonnés n'auront pas à purger leur peine derrière les barreaux. Comme l'a souligné l'Association canadienne des libertés civiles, cet argument ne fait que mettre davantage en évidence la vaste portée de ces dispositions, qui englobent des infractions parmi les moins graves. Les actes qui justifient presque un sursis au prononcé de la peine n'ont rien en commun avec les actes qui méritent la peine maximale. Mais surtout, la plus pertinente de ces mesures de rechange — peine discontinue ou sursis au prononcé de la peine — ne sera pas toujours possible ou proportionnée, et elle n'offre qu'une protection très limitée.

[174] Intermittent sentences cannot exceed 90 days (s. 732(1)), and may thus fail to be proportionate for an offender who would otherwise receive a longer sentence of house arrest. Nor can every offender spend their weekends in jail; as the Legal Services Board of Nunavut suggests, intermittent sentences may be effectively unavailable for some Indigenous offenders in remote communities where frequent travel is unworkable (I.F., at paras. 13-15; see also *R. v. Turtle*, 2020 ONCJ 429, 467 C.R.R. (2d) 153).

[174] La durée d'une peine discontinue ne peut excéder 90 jours (par. 732(1)), et elle risque donc de ne pas être proportionnée dans le cas du délinquant qui serait autrement assigné à résidence pour une période plus longue. Ce ne sont pas non plus tous les délinquants qui peuvent passer leurs fins de semaine en prison; comme le suggère l'intervenante Legal Services Board of Nunavut, il n'est pas toujours possible d'infliger une peine discontinue à certains délinquants autochtones vivant dans des communautés éloignées, où les déplacements fréquents sont impossibles (m. interv., par. 13-15; voir aussi *R. c. Turtle*, 2020 ONCJ 429, 467 C.R.R. (2d) 153).

[175] And suspended sentences serve different purposes from conditional sentences. Conditional sentences target "offenders who would otherwise be in jail but who could be in the community under tight controls" (*R. v. Proulx*, 2000 SCC 5, [2000] 1 S.C.R. 61, at para. 36 (emphasis deleted)). They are designed to "permit the accused to avoid imprisonment but not to avoid punishment", and can achieve the objectives of general deterrence and denunciation (paras. 35 and 127(8.)). Suspended sentences, by contrast, are primarily a rehabilitative sentencing tool, and so are less well-suited when deterrence and denunciation are paramount (para. 23). There are "strong indications that Parliament intended the

[175] Et le sursis au prononcé de la peine vise un objectif différent des peines d'emprisonnement avec sursis. L'emprisonnement avec sursis vise manifestement « les personnes [. . .] qui seraient autrement en prison, mais qu'on peut maintenir dans la collectivité en exerçant des contrôles serrés » (*R. c. Proulx*, 2000 CSC 5, [2000] 1 R.C.S. 61, par. 36 (soulignement omis)). Il vise à [TRADUCTION] « permettre à l'accusé d'éviter l'emprisonnement, mais non la punition », et peut contribuer à l'atteinte des objectifs de la dissuasion générale et de la dénonciation (par. 35 et 127(8.)). En revanche, le sursis au prononcé de la peine est principalement une mesure de réinsertion sociale, et il est par conséquent moins bien adapté

conditional sentence to be more punitive than probation" (paras. 28 and 55).

[176] Finally, the Crown suggests that a finding of overbreadth would improperly substitute the Court's own view of the seriousness of an offence for Parliament's, trespassing on the latter's policy choices. Similarly, my colleagues Justices Brown and Rowe suggest that, absent a precise definition, Parliament's definition of serious offences is owed deference — like other policy choices, it is a "judgment cal[l]" that "rests not with the preferences of judges, but with those collectively expressed by Parliament as representatives of the electorate" (para. 107).

[177] But the s. 7 analysis cannot simply defer to Parliament's choices about crime and punishment. All legislation reflects judgment calls, and some uses terms not subject to precise definition; yet neither implies that the legislation is any more likely to respect the *Charter*. There is nothing novel, unwieldy, or unsound about subjecting sentencing law to constitutional scrutiny. Indeed, it is a court's *role* to ensure that legislation complies with the *Charter*.

[178] My colleagues raise one further point. The Court of Appeal, they say, "collapsed the concept of seriousness of the offence into the concepts of circumstances of the offender and particulars of the crime" (para. 108). While I agree that the offender's personal circumstances are conceptually distinct from the gravity of the offence itself, the seriousness of an offence depends on the circumstances that surround its commission (*Friesen*, at para. 96). As I have explained, the permutations of an offence can be many and varied.

lorsque la dissuasion et la dénonciation revêtent une importance capitale (par. 23). Il y a « de fortes indications que le législateur a voulu que l'emprisonnement avec sursis ait un effet plus punitif que la probation » (par. 28 et 55).

[176] Enfin, la Couronne avance l'idée qu'en concluant à la portée excessive, la Cour substituerait de façon illégitime son opinion à celle du Parlement en ce qui concerne la gravité d'une infraction donnée, ce qui constituerait une ingérence dans les choix de politique générale du Parlement. Dans le même ordre d'idées, mes collègues les juges Brown et Rowe suggèrent que, en l'absence de définition précise, il y a lieu de faire preuve de déférence à l'égard de la définition établie par le Parlement en ce qui concerne les infractions graves — à l'instar d'autres choix de politique générale, il s'agit d'« une question d'appréciation » qui « ne repose pas sur les préférences des juges, mais sur l'intention collective exprimée par le Parlement en tant que représentant de l'électorat » (par. 107).

[177] Mais, dans le cadre de l'analyse fondée sur l'art. 7, on ne peut simplement faire preuve de déférence à l'égard des choix du Parlement en matière de criminalité et de châtiments. Toutes les lois sont le fruit de décisions fondées sur des considérations subjectives et certaines utilisent des termes qui ne peuvent être définis avec précision, ce qui ne signifie pas pour autant qu'une loi est plus susceptible de respecter la *Charte*. Il n'y a rien de nouveau, d'encombrant ou d'irrationnel à soumettre des dispositions législatives portant sur la détermination de la peine à un contrôle constitutionnel. En fait, c'est le *rôle* du tribunal de s'assurer que les lois sont conformes à la *Charte*.

[178] Mes collègues soulèvent un autre point. La Cour d'appel a, selon eux, « confondu l'analyse de la gravité de l'infraction et celle de la situation du délinquant et des particularités du crime » (par. 108). Bien que je convienne que la situation personnelle du délinquant soit distincte, sur le plan conceptuel, de la gravité de l'infraction elle-même, la gravité de l'infraction dépend des circonstances entourant sa perpétration (*Friesen*, par. 96). Comme je l'ai déjà expliqué, les permutations d'une infraction sont nombreuses et variées.

[179] In my view, therefore, the provisions exceed their purpose in applying to offences committed at the lowest range of severity. The provisions have some effects that bear no relation to their aim. They are overbroad.

(4) Conclusion

[180] Sections 742.1(c) and 742.1(e)(ii) target more serious offences through the proxy of maximum sentences, yet they capture conduct for which the maximum sentence would far overshoot the offence's gravity. The provisions treat Ms. Sharma's circumstances on par with a sophisticated and large-scale narcotics importation scheme. This impact bears no connection to the provisions' purpose. I conclude that the challenged provisions are overbroad and constitute a *prima facie* infringement of s. 7 of the *Charter*.

B. *Section 15(1)*

[181] In 1996, Parliament sought to reduce the high rate of Indigenous incarceration in two key ways: by enacting the principle of restraint in s. 718.2(e), which states that "all available sanctions other than imprisonment . . . should be considered for all offenders, with particular attention to the circumstances of aboriginal offenders" (Bill C-41, s. 6); and by introducing the conditional sentence of imprisonment in s. 742.1, which provided an alternative to imprisonment by permitting offenders to serve jail time in the community (Roberts and Melchers, at p. 216).

[182] Before 2012, those provisions offered an Indigenous offender in Ms. Sharma's shoes the chance to serve their sentence in their community, so long as it represented a reasonable alternative to imprisonment. After the *SSCA*'s enactment in 2012, however, that same offender became destined for prison unless their offence was so minor as to warrant a lesser non-custodial sentence. This was so regardless of whether background or systemic factors lay behind their criminality, whether those factors made incarceration especially unsuitable, or whether

[179] J'estime donc que les dispositions en question vont au-delà de leur objet parce qu'elles s'appliquent aux infractions dont le degré de gravité est des plus faibles. Elles ont certains effets qui n'ont aucun rapport avec leur objectif. Elles ont une portée excessive.

(4) Conclusion

[180] L'alinéa 742.1c) et le sous-al. 742.1e)(ii) visent les infractions les plus graves par le truchement de l'indicateur que constitue la peine maximale, mais ils s'appliquent à des actes pour lesquels la peine maximale constituerait une sanction qui va bien au-delà de la gravité de l'infraction. Ces dispositions traitent le cas de M^me^ Sharma sur le même pied qu'un réseau d'importation de stupéfiants sophistiqué et à grande échelle. Cet impact n'a aucun rapport avec l'objectif des dispositions. Je conclus donc que les dispositions contestées ont une portée excessive et qu'elles constituent une violation *prima facie* de l'art. 7 de la *Charte*.

B. *Le paragraphe 15(1)*

[181] En 1996, le Parlement a pris deux importantes mesures pour tenter de réduire le taux élevé d'incarcération des Autochtones. Il a adopté le principe de la modération à l'al. 718.2e), en obligeant le tribunal à procéder à « l'examen de toutes les sanctions substitutives applicables [. . .], plus particulièrement en ce qui concerne les délinquants autochtones » (projet de loi C-41, art. 6), et il a introduit les peines d'emprisonnement avec sursis à l'art. 742.1, qui prévoit une mesure de rechange à l'emprisonnement en permettant aux délinquants de purger leur peine dans la collectivité (Roberts et Melchers, p. 216).

[182] Avant 2012, ces dispositions offraient aux délinquants autochtones se trouvant dans la situation de M^me^ Sharma la possibilité de purger leur peine au sein de leur communauté, pourvu qu'il s'agissait d'une solution de rechange raisonnable à l'emprisonnement. Toutefois, après l'entrée en vigueur de la *LSRC* en 2012, ce même délinquant devait purger sa peine en prison sauf si l'infraction qu'il avait commise était si mineure qu'elle justifiait une peine non privative de liberté moins sévère. Il en était ainsi, peu importe si les antécédents du délinquant ou des facteurs

culturally appropriate conditions in the community would better safeguard their links to their heritage.

[183] In restricting the availability of conditional sentences, ss. 742.1(c) and 742.1(e)(ii) thus denied sentencing judges the principal tool for keeping many Indigenous offenders out of prison, in the face of an ongoing legal directive to seek alternatives, and at a time when the word "crisis" failed to capture the enormity of Indigenous overrepresentation in Canada's prisons (*Ipeelee*, at para. 62). Do the provisions thereby violate the equality guarantee under s. 15(1) of the *Charter* on the basis of race?

[184] The answer, in my view, is yes. I agree with Feldman and Gillese JJ.A. in the decision below that the provisions discriminate by impairing an ameliorative measure that was designed to specifically affect Indigenous offenders.

[185] I turn to the legal framework for discrimination claims under s. 15(1) of the *Charter* before considering its application to this case.

(1) Legal Framework

[186] Section 15(1) of the *Charter* provides that "[e]very individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability." Like other *Charter* rights, it must be read broadly and purposively (*Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, at pp. 155-56). Its purpose is to ensure "equality in the formulation and application of the law", for "the promotion of a society in which all are secure in the knowledge that

systémiques étaient à l'origine de sa criminalité, si ces facteurs rendaient l'incarcération particulièrement contre-indiquée ou si des conditions adaptées à sa culture au sein de la collectivité permettaient de mieux préserver son lien avec son patrimoine.

[183] En limitant la possibilité de prononcer des peines d'emprisonnement avec sursis, l'al. 742.1c) et le sous-al. 742.1e)(ii) ont ainsi retiré aux juges chargés de la détermination de la peine le principal outil dont ils disposaient pour éviter que de nombreux délinquants autochtones aillent en prison, et ce, malgré l'obligation que la loi leur imposait continuellement de chercher des solutions de rechange à l'incarcération, à une époque où le mot « crise » était trop faible pour rendre compte de l'ampleur du phénomène de la surreprésentation des Autochtones dans les prisons canadiennes (*Ipeelee*, par. 62). Les dispositions violent-elles ainsi, sur le fondement de la race, le droit à l'égalité garanti par le par. 15(1) de la *Charte*?

[184] À mon avis, la réponse est oui. Je suis d'accord avec les juges d'appel Feldman et Gillese dans la décision du tribunal inférieur pour dire que les dispositions sont discriminatoires du fait qu'elles portent atteinte à une mesure d'amélioration conçue spécifiquement pour les délinquants autochtones.

[185] J'aborde maintenant le cadre juridique applicable aux allégations de discrimination fondées sur le par. 15(1) de la *Charte* avant d'examiner son application dans le cas qui nous occupe.

(1) Cadre juridique

[186] Le paragraphe 15(1) de la *Charte* dispose : « La loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques. » Comme pour les autres droits protégés par la *Charte*, ce paragraphe doit recevoir une interprétation large et téléologique (*Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, p. 155-156). Il a pour objet de garantir « l'égalité dans la formulation

they are recognized at law as human beings equally deserving of concern, respect and consideration" (*Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143, at p. 171).

[187] The touchstone of that commitment is substantive equality. A narrow reading of s. 15(1) might have secured individuals against formal discrimination in the law's content or application, but ignored how facially neutral laws, faithfully applied, can produce discriminatory outcomes in practice. Instead, the Court has steadfastly held that laws may discriminate in their effect or application no less than in their letter. Against mere formalism, substantive equality looks "behind the facade of similarities and differences" to the "actual impact of the impugned law, taking full account of social, political, economic and historical factors concerning the group" (*Withler v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 12, [2011] 1 S.C.R. 396, at para. 39).

[188] The test reflects this outlook. To succeed under s. 15(1), a claimant must show that the law or state action: (1) on its face or in its impact, creates a distinction based on enumerated or analogous grounds; and (2) imposes burdens or denies a benefit in a manner that has the effect of reinforcing, perpetuating, or exacerbating disadvantage (*Fraser v. Canada (Attorney General)*, 2020 SCC 28, [2020] 3 S.C.R. 629, at para. 27).

[189] The test's evidentiary requirements vary with the context. When a law creates a facial distinction, the test can be satisfied by reading the relevant text. But claimants in "adverse impact" cases will generally "have more work to do" (*Withler*, at para. 64). Their task is to show that "although the law purports to treat everyone the same, it has a disproportionately negative impact on a group or individual that can be identified by factors relating to enumerated or analogous grounds" (para. 64).

et l'application de la loi » afin de « favoriser l'existence d'une société où tous ont la certitude que la loi les reconnaît comme des êtres humains qui méritent le même respect, la même déférence et la même considération » (*Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, p. 171).

[187] La pierre d'assise de cet engagement est l'égalité réelle. Une interprétation étroite du par. 15(1) aurait pu protéger des individus contre une discrimination formelle découlant du libellé de la loi ou de son application, mais elle n'aurait pas tenu compte de la façon dont des lois en apparence neutres peuvent, lorsqu'on les applique fidèlement, produire en pratique des résultats discriminatoires. La Cour a plutôt constamment rappelé que les lois peuvent être discriminatoires de par leur effet ou leur application, tout comme de par leur libellé. Face à ce simple formalisme, l'égalité réelle « transcende les similitudes et distinctions apparentes » et s'attache à « l'effet réel de la mesure législative contestée, compte tenu de l'ensemble des facteurs sociaux, politiques, économiques et historiques inhérents au groupe » (*Withler c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 12, [2011] 1 R.C.S. 396, par. 39).

[188] Le critère reflète cette optique. Pour avoir gain de cause en vertu du par. 15(1), le demandeur doit démontrer que la loi ou l'acte de l'État : (1) crée, à première vue ou de par son effet, une distinction fondée sur un motif énuméré ou analogue; (2) impose un fardeau ou nie un avantage d'une manière qui a pour effet de renforcer, de perpétuer ou d'accentuer le désavantage (*Fraser c. Canada (Procureur général)*, 2020 CSC 28, [2020] 3 R.C.S. 629, par. 27).

[189] Les exigences en matière de preuve de ce critère varient selon le contexte. Lorsqu'une loi établit à première vue une distinction, on peut en règle générale satisfaire à ce critère en prenant connaissance du texte applicable. Mais, dans une affaire de « discrimination par suite d'un effet préjudiciable », le demandeur aura généralement « une tâche plus lourde » (*Withler*, par. 64). Sa tâche consiste à démontrer que « bien qu'elle prévoie un traitement égal pour tous, la loi a un effet négatif disproportionné sur un groupe ou une personne identifiable par des facteurs liés à des motifs énumérés ou analogues » (par. 64).

[190] The first step is "not a preliminary merits screen, nor an onerous hurdle designed to weed out claims on technical bases" (*Quebec (Attorney General) v. Alliance du personnel professionnel et technique de la santé et des services sociaux*, 2018 SCC 17, [2018] 1 S.C.R. 464, at para. 26); it is "aimed at ensuring that those who access the protection of s. 15(1) are those it is designed to protect" (*Ontario (Attorney General) v. G*, 2020 SCC 38, [2020] 3 S.C.R. 629, at para. 41). While sometimes framed in different ways — for instance, as requiring a "disproportionate impact" on members of a protected group in adverse impact cases (*Fraser*, at para. 52) — the test makes clear that step one only requires a "distinction based on a protected ground" (para. 50). This standard is designed "to exclude claims that have 'nothing to do with substantive equality'" (*Alliance*, at para. 26); not to impose scientific rigour or import elements of justification properly left to s. 1.

[190] La première étape « ne constitue ni une étape de filtrage initial sur le fond, ni un lourd obstacle visant à écarter certaines demandes pour des motifs techniques » (*Québec (Procureure générale) c. Alliance du personnel professionnel et technique de la santé et des services sociaux*, 2018 CSC 17, [2018] 1 R.C.S. 464, par. 26); son objectif consiste à « faire en sorte que les personnes bénéficiant de la protection du par. 15(1) sont celles qu'il est censé protéger » (*Ontario (Procureur général) c. G*, 2020 CSC 38, [2020] 3 S.C.R. 629, par. 41). Bien qu'il soit parfois formulé de différentes façons — en exigeant par exemple que l'on démontre que la loi a « un effet disproportionné » sur les membres d'un groupe protégé dans les affaires de discrimination par suite d'un effet préjudiciable (*Fraser*, par. 52) — le critère indique clairement que la première étape n'exige que la démonstration « qu'une loi ou une politique crée une distinction fondée sur un motif protégé » (par. 50). Cette norme vise « à exclure les demandes qui "n'ont rien à voir avec l'égalité réelle" » (*Alliance*, par. 26); elle ne vise pas à imposer une rigueur scientifique ou à transposer des éléments de justification qui relèvent de l'article premier.

[191] In some cases, a distinction will be "apparent and immediate" (*Kahkewistahaw First Nation v. Taypotat*, 2015 SCC 30, [2015] 2 S.C.R. 548, at para. 33; *Fraser*, at para. 61). A lack of sign language interpretation for public health care services, for instance, is an evident barrier for those with hearing impairments (*Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624). In other cases, where the connection is less clear, the distinction will require further proof.

[191] Dans certains cas, la distinction est « visible et immédiat[e] » (*Première Nation de Kahkewistahaw c. Taypotat*, 2015 CSC 30, [2015] 2 R.C.S. 548, par. 33; *Fraser*, par. 61). L'absence de services d'interprétation gestuelle pour les usagers des services de santé publique, par exemple, constitue un obstacle évident pour les personnes ayant une déficience auditive (*Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624). Dans d'autres cas, lorsque le lien est moins évident, la preuve de la distinction devra être davantage étoffée.

[192] Although a distinction "can be proven in different ways", evidence of the "situation of the claimant group" and the "physical, social, cultural or other barriers" they face, and evidence "about the outcomes that the impugned law or policy . . . has produced in practice" are particularly helpful (*Fraser*, at paras. 55-59). Ideally, adverse impact claims should be supported by both, since alone the former may amount to a mere "web of instinct", while solely relying on statistical disparity to support the latter may "leave open the possibility of unreliable results"

[192] Même si une distinction « peut se prouver de différentes façons », les éléments de preuve sur « la situation du groupe de demandeurs » et sur « les obstacles, notamment physiques, sociaux ou culturels » auxquels ils sont confrontés, et les éléments de preuve « sur les conséquences pratiques de la loi ou politique contestée » sont particulièrement utiles (*Fraser*, par. 55-59). Idéalement, les allégations de discrimination par suite d'un effet préjudiciable doivent être étayées par des éléments de preuve sur ces deux aspects, étant donné que des éléments de

(para. 60). But this is "not to say . . . that both kinds of evidence are always required" (para. 61). And while evidence of "statistical disparity and of broader group disadvantage" may assist, neither is mandatory and their significance can vary (para. 67).

[193] The second step considers the impact of the distinction, asking "whether the law has the effect of reinforcing, perpetuating, or exacerbating disadvantage" (*Fraser*, at para. 76). While there is no rigid template, such impacts may include "[e]conomic exclusion or disadvantage, [s]ocial exclusion . . . [p]sychological harms . . . [p]hysical harms . . . [or] [p]olitical exclusion", and must be "viewed in light of any systemic or historical disadvantages faced by the claimant group" (para. 76, citing C. Sheppard, *Inclusive Equality: The Relational Dimensions of Systemic Discrimination in Canada* (2010), at pp. 62-63). Claimants may, but need not, prove that the distinction is arbitrary or perpetuates prejudicial or stereotypical attitudes (paras. 78 and 80). And while a challenged law may satisfy step two by widening a group's relative disadvantage, the term "perpetuate" indicates that a law may discriminate even if it does not aggravate that disadvantage. Care must be taken not to disregard how discrimination can result from "continuing to do things 'the way they have always been done'" (F. Faraday, "One Step Forward, Two Steps Back? Substantive Equality, Systemic Discrimination and Pay Equity at the Supreme Court of Canada" (2020), 94 *S.C.L.R.* (2d) 301, at p. 310; see also J. Koshan, "Intersections and Roads Untravelled: Sex and Family Status in *Fraser v Canada*" (2021), 30:2 *Const. Forum* 29, at p. 31).

[194] While distinct, the two steps may overlap; the same facts that illustrate a distinction may also

preuve portant uniquement sur la situation du groupe de demandeurs peuvent constituer une simple « accumulation d'intuitions », tandis que le fait de ne se fonder que sur la disparité statistique peut « laiss[er] la porte ouverte à des résultats qui ne sont pas fiables » (par. 60). Mais « [c]ela ne veut pas dire [. . .] que les deux types d'éléments de preuve sont toujours requis » (par. 61). Et, même si tant « une preuve de disparité statistique qu'une preuve de désavantage sur le groupe dans son ensemble » peuvent s'avérer utiles, ni l'une ni l'autre n'est obligatoire, et leur importance variera selon l'affaire (par. 67).

[193] À la deuxième étape, l'analyse porte sur l'impact de la distinction, et « la question est de savoir si la loi a pour effet de renforcer, de perpétuer ou d'accentuer un désavantage » (*Fraser*, par. 76). Bien qu'il n'existe pas de modèle rigide, cet impact peut inclure [TRADUCTION] « une exclusion ou un désavantage économique, une exclusion sociale [. . .] des préjudices psychologiques [. . .] des préjudices physiques [. . .], [ou] une exclusion politique », et il doit être « examiné à la lumière des désavantages systémiques ou historiques auxquels fait face le groupe de demandeurs » (par. 76, citant C. Sheppard, *Inclusive Equality : The Relational Dimensions of Systemic Discrimination in Canada* (2010), p. 62-63). Il est loisible au demandeur de prouver que la distinction est arbitraire ou qu'elle perpétue une attitude imbue de préjugés ou de stéréotypes, mais il n'est pas tenu de le faire (par. 78 et 80). Et si la loi contestée peut satisfaire à la deuxième étape du fait qu'elle accentue le désavantage relatif subi par le groupe, le terme « perpétuer » indique qu'une loi peut être discriminatoire même si elle n'accentue pas ce désavantage. Il faut bien veiller à ne pas négliger la possibilité que la discrimination découle [TRADUCTION] « du fait d'agir "comme nous l'avons toujours fait" » (F. Faraday, « One Step Forward, Two Steps Back? Substantive Equality, Systemic Discrimination and Pay Equity at the Supreme Court of Canada » (2020), 94 *S.C.L.R.* (2d) 301, p. 310; voir aussi J. Koshan, « Intersections and Roads Untravelled : Sex and Family Status in *Fraser v Canada* » (2021), 30:2 *Forum const.* 29, p. 31).

[194] Bien que distinctes, les deux étapes peuvent se chevaucher; les mêmes faits qui illustrent une

illustrate its discriminatory character (*Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497, at para. 85; *Fraser*, at para. 82). The same evidence may serve more than one analytical purpose.

[195] As elsewhere, courts may take judicial notice of social facts where appropriate, taking care "not to use judicial notice to recognize social phenomena that may not truly exist" (*Quebec (Attorney General) v. A*, 2013 SCC 5, [2013] 1 S.C.R. 61, at para. 154).

[196] Because substantive equality looks to real-world effects, the inquiry is always contextual. What matters is not the claimant group's situation as compared to a similarly situated counterpart (*Withler*, at para. 60; *Fraser*, at para. 94), but the "claimant group's situation and the actual impact of the law on that situation" (*Withler*, at para. 43, see also para. 40; *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296, at p. 1334; *Law*, at para. 30; *Quebec v. A*, at para. 51; *Taypotat*, at para. 18; *Ontario v. G*, at para. 43). The grounds of discrimination shaping that situation may intersect, compounding to form an individual or group's experience (*Withler*, at para. 58). Indeed, in the context of systemic discrimination in the justice system, it is especially important to be alive to the intersectionality of disadvantage.

[197] The focus on the impact means the state's intentions are not decisive — the state can discriminate without intending to. Nor is the absence of differential treatment decisive — discrimination may also arise from "the legislation's failure to take into account the true characteristics of a disadvantaged person or group within Canadian society (i.e., by treating all persons in a formally identical manner)" (*Law*, at para. 36). In practice, true equality may sometimes demand differential treatment; only additional interpretive services, for instance, can ensure that those with hearing impairments have equal access to public health care. While some acts discriminate by giving certain groups or individuals a "leg up",

distinction peuvent également en démontrer le caractère discriminatoire (*Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497, par. 85; *Fraser*, par. 82). Les mêmes éléments de preuve peuvent servir plusieurs fins analytiques.

[195] Comme chaque fois que la situation s'y prête, les tribunaux peuvent prendre connaissance d'office de certains faits sociaux « tout en se gardant d'admettre, de cette façon, l'existence de phénomènes sociaux qui peuvent être absents en réalité » (*Québec (Procureur général) c. A*, 2013 CSC 5, [2013] 1 R.C.S. 61, par. 154).

[196] Parce que l'égalité réelle s'attache aux effets concrets, l'analyse est toujours contextuelle. Ce qui importe, ce n'est pas la situation du groupe de demandeurs par rapport à celle de personnes se trouvant dans une situation semblable (*Withler*, par. 60; *Fraser*, par. 94), mais « la situation du groupe de demandeurs et [. . .] l'effet réel de la mesure législative sur leur situation » (*Withler*, par. 43, voir aussi par. 40; *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296, p. 1334; *Law*, par. 30; *Québec c. A*, par. 51; *Taypotat*, par. 18; *Ontario c. G*, par. 43). Les motifs de discrimination à l'origine d'une situation donnée peuvent se chevaucher et leur accumulation en vient à constituer l'expérience d'une personne ou d'un groupe (*Withler*, par. 58). D'ailleurs, dans le contexte de la discrimination systémique au sein du système de justice, il est particulièrement important d'être conscient de l'intersectionnalité du désavantage.

[197] L'accent qui est mis sur les répercussions signifie que les intentions de l'État ne sont pas décisives; l'État peut discriminer sans en avoir l'intention. L'absence de différence de traitement n'est pas non plus déterminante : la discrimination peut également découler de « l'omission des dispositions de tenir compte des véritables caractéristiques d'une personne ou d'un groupe défavorisés au sein de la société canadienne (p. ex., en accordant un traitement formellement identique à tous) » (*Law*, par. 36). En pratique, l'égalité véritable peut parfois exiger un traitement différent; par exemple, seuls des services d'interprétation supplémentaires peuvent garantir que les personnes malentendantes ont un accès égal

others discriminate by failing to do so. There is no single template.

[198] Not every distinction is discriminatory, nor is every uniformity constitutionally sound. Identifying when a claim discloses discrimination requires rigorous analysis.

[199] It also requires balance. Section 15(1) has been described as the "broadest of all guarantees" (*Andrews*, at p. 185). The Court has been cautious to not exclude certain types of claims from s. 15(1)'s ambit pre-emptively, including the extent of any state obligations to take positive, remedial actions (*Eldridge*, at para. 73; *Alliance*, at para. 42). But much of the controversy in this case derives from the risk of defining the right too broadly, which, on some views, could undermine the separation of powers. For the Crown, the framework applied by the majority at the Court of Appeal could have the effect of constitutionalizing ordinary legislation, since it would restrict the state from amending or repealing its ameliorative measures (A.F., at paras. 60-61).

[200] In my view, this argument conflates form and effects. As under s. 7, Parliament's choices are always subject to the Constitution, including its choices to amend or repeal legislation. Section 15(1) only "ensure[s] that whatever actions [the legislature] *does* take do not have a discriminatory impact" (*Alliance*, at para. 42 (emphasis in original)). If amendments or repeal create a distinction on enumerated or analogous grounds, and impose a burden or deny a benefit in a manner that reinforces, perpetuates, or exacerbates the group's disadvantage, s. 15(1) requires courts to say so. The problem arises, in other words, "not because the statutory provisions themselves are constitutionally protected", but "because their repeal or modification gives rise to unconstitutional effects" (*R. v. Chouhan*, 2021 SCC 26, [2021] 2 S.C.R. 136, at para. 145, per

aux soins de santé publics. Si certains actes créent une discrimination en donnant « un coup de pouce » à certains groupes ou à certains individus, d'autres établissent une discrimination en ne le faisant pas. Il n'existe pas de modèle unique.

[198] Toutes les distinctions ne sont pas discriminatoires, et toutes les situations uniformes ne sont pas constitutionnelles. Déterminer dans quel cas une demande révèle l'existence d'une discrimination requiert une analyse rigoureuse.

[199] Cela requiert également un équilibre. La garantie offerte par le par. 15(1) a été décrite comme la « plus générale de toutes » (*Andrews*, p. 185). La Cour a pris soin de ne pas exclure d'emblée certains types d'allégations du champ d'application du par. 15(1), y compris relativement à l'étendue de l'obligation pour l'État de prendre des mesures correctives positives (*Eldridge*, par. 73; *Alliance*, par. 42). Mais une grande partie de la controverse dans la présente affaire résulte du risque de définir le droit en cause de façon trop générale, ce qui, selon certains, pourrait compromettre la séparation des pouvoirs. Pour la Couronne, le cadre d'analyse appliqué en l'espèce par les juges majoritaires de la Cour d'appel pourrait avoir pour effet de constitutionnaliser des dispositions législatives ordinaires en empêchant l'État de modifier ou d'abroger ses mesures d'amélioration (m.a., par. 60-61).

[200] À mon avis, cet argument confond la forme et les effets. Comme dans le cas de l'art. 7, les choix du Parlement — y compris celui de modifier ou d'abroger des lois — sont toujours assujettis à la Constitution. Le paragraphe 15(1) ne fait qu'« exige[r] que l'État veille à ce que toutes les mesures qu'il prend *effectivement* n'aient pas d'effet discriminatoire » (*Alliance*, par. 42 (en italique dans l'original)). Si les modifications ou l'abrogation créent une distinction fondée sur des motifs énumérés ou analogues, et imposent un fardeau ou refusent un avantage d'une manière qui renforce, perpétue ou accentue le désavantage subi par le groupe, le par. 15(1) oblige les tribunaux à le préciser. En d'autres termes, le problème découle non pas du fait que « les dispositions législatives elles-mêmes sont constitutionnellement protégées »,

Rowe J., concurring). If no discrimination is present, s. 15(1) leaves legislatures a free hand.

[201] Even where legislative amendments *do* produce discriminatory effects, the *Charter* — distinctively among rights-conferring instruments — invites the state to justify rights limitations under s. 1 (*Andrews*, at pp. 175-78; *Turpin*, at p. 1330). Section 15(1) is not a complete code; it must "be read together" with s. 1 (*Miron v. Trudel*, [1995] 2 S.C.R. 418, at para. 141, per McLachlin J.). Only if the state fails to justify the limitation will the challenged law or state action be found unconstitutional.

[202] The fault line of the division between s. 15(1) and s. 1 is justification, which falls to the state. A fair burden on claimants, whose resources — financial or informational — are typically far lesser, is only to show that the impugned law or state action has a discriminatory impact on disadvantaged groups (*Miron*, at para. 139; *Fraser*, at para. 79). The state then bears the burden of justifying its policy choices and legislative goals. This reflects "the injunction to which this Court has adhered from the earliest *Charter* cases: courts should interpret the enumerated rights in a broad and generous fashion, leaving the task of narrowing the *prima facie* protection thus granted to conform to conflicting social and legislative interests to s. 1" (*Miron*, at para. 130).

[203] This Court's longstanding approach, grounded in substantive equality and the division of burdens between the claimant and the state (see *Law*, at para. 88), safeguards much of s. 15(1)'s "powerful remedial purpose" (*Ontario v. G*, at para. 39). A broad and generous approach to s. 15(1) "permits evolution and adaptation of equality analysis over time in order

mais plutôt du fait que « leur abrogation ou leur modification donne lieu à des effets inconstitutionnels » (*R. c. Chouhan*, 2021 CSC 26, [2021] 2 R.C.S. 136, par. 145, le juge Rowe, motifs concordants). S'il n'y a pas de discrimination, le par. 15(1) donne carte blanche au législateur.

[201] Même lorsque les modifications apportées par le législateur créent *effectivement* des effets discriminatoires, la *Charte* invite l'État à justifier les limites apportées à des droits au regard de l'article premier, ce qui la distingue singulièrement des autres instruments qui confèrent des droits (*Andrews*, p. 175-178; *Turpin*, p. 1330). Le paragraphe 15(1) n'est pas un code complet en soi; il doit être interprété « conjointement » avec l'article premier (*Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418, par. 141, la juge McLachlin). Ce n'est que si l'État ne parvient pas à justifier la limitation que la loi ou la mesure étatique contestée sera jugée inconstitutionnelle.

[202] Le clivage entre le par. 15(1) et l'article premier réside dans la justification de la mesure, une démonstration qui incombe à l'État. Le fardeau équitable imposé aux demandeurs, dont les ressources — financières ou informationnelles — sont généralement beaucoup plus limitées, consiste uniquement à démontrer que la loi ou la mesure étatique contestée a un effet discriminatoire sur un groupe défavorisé (*Miron*, par. 139; *Fraser*, par. 79). Il incombe alors à l'État de justifier ses choix de politique générale et ses objectifs législatifs, conformément à « la directive à laquelle notre Cour s'est conformée depuis les premiers arrêts portant sur la *Charte* : les tribunaux devraient interpréter les droits qui y sont énumérés d'une façon large et libérale, et ce sera alors à l'étape de l'analyse fondée sur l'article premier qu'il faudra restreindre la protection *prima facie* ainsi accordée pour la rendre conforme aux intérêts opposés sur les plans social et législatif » (*Miron*, par. 130).

[203] Cette démarche que notre Cour suit depuis longtemps — et qui repose sur l'égalité réelle et sur la répartition de la charge de la preuve entre le demandeur et l'État (voir *Law*, par. 88) — protège en grande partie le « puissant objet réparateur » du par. 15(1) (*Ontario c. G*, par. 39). Une conception large et généreuse du par. 15(1) « permet l'évolution

to accommodate new or different understandings of equality as well as new issues raised by varying fact situations" (*Law*, at para. 3). It gives life to s. 15(1)'s constitutional directive to continually scrutinize the existing order of things to see how Canadian law shapes up. To the extent the state's laws or acts are unjustified, equality may well unsettle the status quo. Section 15(1) demands nothing less.

[204] I would add this. The above framework is settled law. While changing in form over time, the current iteration has been affirmed five times in the last four years (*Alliance*, at para. 25; *Centrale des syndicats du Québec v. Quebec (Attorney General)*, 2018 SCC 18, [2018] 1 S.C.R. 522, at para. 22; *Fraser*, at para. 27; *Ontario v. G*, at para. 40; *R. v. C.P.*, 2021 SCC 19, [2021] 1 S.C.R. 679, at paras. 56 and 141). The roots of that framework extend much deeper in the case law. Yet under the guise of offering "clarity", my colleagues seek to revise the test. In so doing, they resurrect their rejected arguments in *Alliance* and *Fraser*, lending credence to the concern that equality claimants must, "with each new case, stand ready to defend the exact gains that have been won multiple times in the past" (*Fraser*, at para. 135, citing Faraday, at p. 330).

[205] My colleagues' revisions permeate their reasons. Their thrust is to raise the bars at each step of the test: by renewing focus on causation (paras. 42-49), which adds nothing to the existing framework and is reminiscent of rejected pre-*Charter* approaches (*Bliss v. Attorney General of Canada*, [1979] 1 S.C.R. 183); by eschewing the test's language of "created a distinction" for the more ambiguous "created or contributed to a disproportionate impact" (paras. 3, 29, 31, 32(a), 35-36, 40-42, 45-50, 54, 66, 71, 73-74 and 76); by claiming that "[l]eaving the situation of a claimant group unaffected is insufficient to meet the

et l'adaptation de l'analyse relative à l'égalité au fil du temps afin que celle-ci tienne compte des significations nouvelles ou différentes que ce terme pourrait acquérir et des questions nouvelles qui pourraient être soulevées dans le cadre de différentes situations de fait » (*Law*, par. 3). Elle donne sa vitalité à la directive constitutionnelle qui exige, pour se conformer au par. 15(1), d'être constamment à l'affût de tout changement dans la société pour suivre l'évolution du droit canadien. Dans la mesure où les lois ou les actes de l'État ne sont pas justifiés, l'égalité risque fort bien d'ébranler le statu quo. Le paragraphe 15(1) n'exige rien de moins.

[204] J'ajouterais ceci. Le cadre d'analyse décrit précédemment est bien établi en droit. Bien que sa forme ait évolué au fil du temps, sa version actuelle a été confirmée à cinq reprises au cours des quatre dernières années (*Alliance*, par. 25; *Centrale des syndicats du Québec c. Québec (Procureure générale)*, 2018 CSC 18, [2018] 1 R.C.S. 522, par. 22; *Fraser*, par. 27; *Ontario c. G*, par. 40; *R. c. C.P.*, 2021 CSC 19, [2021] 1 R.C.S. 679, par. 56 et 141). Les racines de ce cadre sont ancrées beaucoup plus profondément dans la jurisprudence. Pourtant, sous prétexte de rendre son application « plus claire », mes collègues cherchent à revoir ce critère. Ce faisant, ils ressuscitent leurs arguments qui ont été écartés dans les arrêts *Alliance* et *Fraser*, ajoutant ainsi créance à la crainte que les auteurs de demandes fondées sur des allégations d'inégalité doivent [TRADUCTION] « à chaque nouvelle affaire, [. . .] être prêts à se battre pour les gains précis qui ont été réalisés à maintes reprises dans le passé » (*Fraser*, par. 135, citant Faraday, p. 330).

[205] Les révisions proposées par mes collègues sont omniprésentes dans leurs motifs. Leur objectif est d'élever le seuil à chaque étape du critère : en renouvelant l'accent mis sur le lien de causalité (aux par. 42-49) — ce qui n'ajoute rien au cadre d'analyse actuel et rappelle les approches antérieures à la *Charte* qui ont été rejetées (*Bliss c. Procureur général du Canada*, [1979] 1 R.C.S. 183); en délaissant le libellé du critère — « a créé [. . .] une distinction » — au profit des termes plus ambigus « a créé un effet disproportionné ou a contribué à cet effet » (par. 3, 29, 31, 32a), 35-36, 40-42, 45-50, 54, 66, 71, 73-74 et

step two requirements" (para. 52), potentially undermining the term "perpetuate" in step two of the test; by importing elements of state justification into step two, requiring courts to consider Parliament's "policy choices" and legislative "goals" (paras. 57-61); by pre-emptively foreclosing the possibility of "general, positive obligation[s] on the state to remedy social inequalities or enact remedial legislation" (para. 63); by asserting, without support, that it is "[not] enough to show that the law restricts an ameliorative program" at step one (para. 71); and by diminishing the role of interveners (paras. 74-75), critiquing their use of social science and other legislative fact evidence that this Court has regularly relied upon (*R. v. Spence*, 2005 SCC 71, [2005] 3 S.C.R. 458, at para. 57, citing *R. v. Lavallee*, [1990] 1 S.C.R. 852; *Moge v. Moge*, [1992] 3 S.C.R. 813, at p. 853; *R. v. Wells*, 2000 SCC 10, [2000] 1 S.C.R. 207, at para. 53; *Gladue*, at para. 83; see also *R. v. Le*, 2019 SCC 34, [2019] 2 S.C.R. 692, at paras. 89-97).

[206] My colleagues' revisions are not only unsolicited, unnecessary, and contrary to *stare decisis*; they would dislodge foundational premises of our equality jurisprudence. This is not "clarification"; it is wholesale revision.

(2) Application

[207] In my view, Ms. Sharma has satisfied both stages of the s. 15(1) test. Simply put, ss. 742.1(c) and 742.1(e)(ii) distinguish and reinforce, perpetuate, and exacerbate disadvantage on the basis of race because they impair an ameliorative measure that was designed to specifically benefit Indigenous offenders, who face pre-existing disadvantages in the Canadian justice system.

[208] I begin by addressing whether the provisions create a distinction on the basis of race, which requires examining the interrelated nature of conditional

76); en affirmant que « [l]e fait de laisser subsister [le] désavantage [du groupe demandeur] n'est pas suffisant en soi pour satisfaire aux exigences de la deuxième étape » (par. 52), ce qui affaiblit potentiellement la portée du terme « perpétuer » à la deuxième étape du critère; en intégrant à la deuxième étape des éléments de justification de la part de l'État, ce qui a pour effet d'exiger des tribunaux qu'ils tiennent compte des « choix […] de politique générale » et des « objectifs » législatifs du Parlement (par. 57-61); en écartant d'emblée toute « obligation positive générale [de l'État] de remédier aux inégalités sociales ou d'adopter des lois réparatrices » (par. 63); en affirmant, sans étayer leur affirmation, qu'il n'est pas « suffi[sant] de démontrer que la loi restreint l'accès à un programme améliorateur » à la première étape (par. 71); et en minimisant le rôle des intervenants (par. 74-75) en critiquant leur utilisation des sciences sociales et d'autres preuves de faits législatifs sur lesquelles notre Cour s'est couramment appuyée (*R. c. Spence*, 2005 CSC 71, [2005] 3 R.C.S. 458, par. 57, citant *R. c. Lavallee*, [1990] 1 R.C.S. 852; *Moge c. Moge*, [1992] 3 R.C.S. 813, p. 853; *R. c. Wells*, 2000 CSC 10, [2000] 1 R.C.S. 207, par. 53; *Gladue*, par. 83; voir aussi *R. c. Le*, 2019 CSC 34, [2019] 2 R.C.S. 692, par. 89-97).

[206] Les révisions proposées par mes collègues sont non seulement non sollicitées, inutiles et contraires à la règle du *stare decisis*, mais elles écarteraient des prémisses fondamentales de notre jurisprudence en matière d'égalité. Il ne s'agit pas d'une « clarification », mais d'une révision en profondeur.

(2) Application

[207] À mon avis, M^me^ Sharma a satisfait aux deux étapes du critère du par. 15(1). En termes simples, l'al. 742.1c) et le sous-al. 742.1e)(ii) établissent une distinction et renforcent, perpétuent et accentuent un désavantage fondé sur la race parce qu'ils portent atteinte à une mesure d'amélioration conçue spécifiquement pour les délinquants autochtones, qui sont déjà désavantagés dans le système de justice canadien.

[208] Je vais d'abord déterminer si les dispositions en cause créent une distinction fondée sur la race. Pour ce faire, il est nécessaire d'examiner l'interdépendance

sentences and the *Gladue* framework under s. 718.2(e). I then turn to the second stage, and consider whether this distinction reinforces, perpetuates, or exacerbates disadvantage.

(a) *Distinction on the Basis of Race*

[209] The first question is whether ss. 742.1(c) and 742.1(e)(ii), on their face or in their impact, create a distinction based on enumerated or analogous grounds (*Fraser*, at para. 27). As an Indigenous person, it is uncontested that Ms. Sharma belongs to a protected group under s. 15(1). What is contested is whether the challenged provisions draw a distinction based on race.

[210] The Crown submits that there is no race-based distinction; instead, Indigenous overrepresentation in prisons can be attributed to social circumstances that exist apart from the provisions at issue. Ms. Sharma replies that the provisions impair an accommodation — the remedial function of the *Gladue* framework — in a manner that differentially impacts Indigenous offenders.

[211] I agree with Ms. Sharma. Removing conditional sentences for some offences has a differential impact on Indigenous offenders because it prevents sentencing judges from fulfilling the *Gladue* framework's substantive equality mandate. This distinction flows not, as the Crown suggests, from the mere existence of historical disadvantage, but from the combined effect of ss. 718.2(e) and 742.1.

[212] I consider the relationship between the two provisions before turning to how restrictions on conditional sentences imperil the remedial function of the *Gladue* framework, creating a race-based distinction.

des peines d'emprisonnement avec sursis et du cadre de l'arrêt *Gladue* à l'al. 718.2e). Je vais ensuite passer à la seconde étape et me demander si cette distinction renforce, perpétue ou accentue un désavantage.

a) *Distinction fondée sur la race*

[209] La première question est de savoir si l'al. 742.1c) et le sous-al. 742.1e)(ii) créent, à première vue ou de par leur effet, une distinction fondée sur un motif énuméré ou analogue (*Fraser*, par. 27). Il n'est pas contesté qu'en tant qu'Autochtone, M^me^ Sharma fait partie d'un groupe protégé par le par. 15(1). Ce qui est contesté, c'est la question de savoir si les dispositions attaquées établissent une distinction fondée sur la race.

[210] La Couronne affirme qu'il n'y a pas de distinction fondée sur la race et soutient, au contraire, que la surreprésentation des Autochtones dans les prisons peut être imputée à des facteurs sociaux qui existent indépendamment des dispositions en cause. Madame Sharma rétorque que les dispositions portent atteinte à un accommodement — la fonction réparatrice du cadre d'analyse de l'arrêt *Gladue* — d'une manière qui touche différemment les délinquants autochtones.

[211] J'abonde dans le sens de M^me^ Sharma. La suppression des peines d'emprisonnement avec sursis pour certaines infractions a un effet différent sur les délinquants autochtones parce qu'elle empêche les juges chargés de la détermination de la peine de remplir le mandat d'égalité réelle du cadre d'analyse de l'arrêt *Gladue*. Cette distinction ne découle pas, contrairement à ce que prétend la Couronne, de la simple existence d'un désavantage historique, mais de l'effet combiné de l'al. 718.2e) et de l'art. 742.1.

[212] Je vais examiner le rapport qui existe entre ces deux dispositions avant de voir comment les restrictions imposées à l'égard des peines d'emprisonnement avec sursis compromettent la fonction réparatrice du cadre d'analyse de l'arrêt *Gladue* en créant une distinction fondée sur la race.

(i) The Relationship Between Sections 718.2(e) and 742.1, and the *Gladue* Framework

[213] As I have explained, s. 718.2(e) reflects Parliament's attention to "the unique systemic and background factors affecting Indigenous peoples, as well as their fundamentally different cultural values and world views" (*Ewert*, at para. 58). In seeking to ameliorate Indigenous overrepresentation in Canadian prisons, and to encourage a restorative approach to sentencing (*Gladue*, at para. 93), s. 718.2(e) "call[ed] upon judges to use a different method of analysis in determining a fit sentence for Aboriginal offenders", thereby "abandon[ing] the presumption that all offenders and all communities share the same values when it comes to sentencing and . . . recogniz[ing] that, given these fundamentally different world views, different or alternative sanctions may more effectively achieve the objectives of sentencing in a particular community" (*Ipeelee*, at paras. 59 and 74). A uniform approach having proved no barrier to overrepresentation, s. 718.2(e) aimed to bring substantive equality to sentencing.

[214] Practically speaking, this methodology — now commonly referred to as the *Gladue* framework — calls upon judges to undertake the process of sentencing Indigenous offenders differently. It requires them to pay special "attention to the unique background and systemic factors which may have played a part in bringing the particular offender before the courts", and to approach the procedure and the sanction imposed "in accordance with the aboriginal perspective" (*Gladue*, at paras. 69 and 74). As the interveners representing Indigenous peoples highlighted, the many Indigenous approaches to sentencing often share common principles, including community healing, reconciliation and the reintegration of the offender (I.F., Federation of Sovereign Indigenous Nations, at paras. 15-16; I.F., Assembly of Manitoba Chiefs, at paras. 18-22; I.F., Native Women's Association

(i) Rapport entre l'al. 718.2e), l'art. 742.1 et le cadre d'analyse de l'arrêt *Gladue*

[213] Comme je l'ai expliqué, l'al. 718.2e) reflète l'attention que le Parlement accorde aux « facteurs systémiques et contextuels particuliers qui touchent les peuples autochtones, ainsi qu[']à] leurs valeurs culturelles et [à] leur vision du monde fondamentalement différentes » (*Ewert*, par. 58). En cherchant à s'attaquer à la surreprésentation des Autochtones dans les prisons canadiennes et à encourager les juges à aborder la détermination de la peine dans une perspective corrective (*Gladue*, par. 93), l'al. 718.2e) « invite les juges à utiliser une méthode d'analyse différente pour déterminer la peine appropriée dans le cas d'un délinquant autochtone », et ainsi à « éviter de présumer que tous les délinquants et toutes les collectivités partagent les mêmes valeurs, et à reconnaître que, compte tenu de la présence de conceptions du monde foncièrement différentes, l'imposition de sanctions différentes ou substitutives peut permettre d'atteindre plus efficacement les objectifs de détermination de la peine dans une collectivité donnée » (*Ipeelee*, par. 59 et 74). Comme l'approche uniforme n'avait pas permis de freiner la surreprésentation, l'al. 718.2e) visait à instaurer l'égalité réelle dans la détermination de la peine.

[214] En pratique, cette méthode — maintenant communément appelée le cadre d'analyse de l'arrêt *Gladue* — invite les juges à entamer différemment le processus de détermination de la peine dans le cas des délinquants autochtones. Elle les oblige à prêter une « attention [spéciale] aux facteurs historiques et systémiques particuliers qui ont pu contribuer à ce que ce délinquant soit traduit devant les tribunaux » et à « adapter le processus de détermination de la peine et les sanctions infligées à la façon de voir autochtone » (*Gladue*, par. 69 et 74). Comme les intervenants qui représentent les peuples autochtones l'ont souligné, les nombreuses approches autochtones en matière de détermination de la peine partagent souvent des principes communs, dont la guérison communautaire, la réconciliation et la réinsertion sociale du délinquant (m. interv., Federation of Sovereign Indigenous

of Canada, at paras. 12 and 23; I.F., Legal Services Board of Nunavut, at paras. 10-12).

[215] Section 718.2(e) provided the substantive equality *direction*; conditional sentences provided a means of *implementation*. Conditional sentences "changed the range of available penal sanctions in a significant way" by "alter[ing] the sentencing landscape in a manner which gives an entirely new meaning to the principle that imprisonment should be resorted to only where no other sentencing option is reasonable in the circumstances" (*Gladue*, at para. 40). The provision creating them — s. 742.1 — suggested, "on its face, a desire to lessen the use of incarceration" (para. 40). And the "general principle expressed in s. 718.2(*e*) must be construed and applied in this light" (para. 40).

[216] Indeed, the new approach to sentencing and the new non-custodial sanctions were, by design, intertwined: Parliament aimed to ensure that "jails [were] reserved for those who should be there", which meant, "[w]hen appropriate, alternatives must be contemplated, especially in the case of Native offenders" (*House of Commons Debates*, vol. V, 1st Sess., 35th Parl., September 20, 1994, at pp. 5871 and 5873 (Hon. Allan Rock)).

[217] Since "it is often the case that imposing a custodial sentence on an aboriginal offender does not advance the remedial purpose of s. 718.2(*e*)" (*Wells*, at para. 39), conditional sentences offered an option that was "more effective than incarceration at achieving the restorative objectives of rehabilitation, reparations to the victim and community, and the promotion of a sense of responsibility in the offender" (*Proulx*, at para. 22). Yet conditional sentences remained punitive and were capable of achieving the objectives of deterrence and denunciation (para. 22).

Nations, par. 15-16; m. interv., Assembly of Manitoba Chiefs, par. 18-22; m. interv., Association des femmes autochtones du Canada, par. 12 et 23; m. interv., Legal Services Board of Nunavut, par. 10-12).

[215] L'alinéa 718.2e) énonce l'*exigence* de l'égalité réelle; les peines d'emprisonnement avec sursis constituent un moyen de *mettre en œuvre* cette exigence. Les peines d'emprisonnement avec sursis « ont changé de façon importante la gamme des sanctions pénales applicables » en « modifi[ant] le paysage de telle manière qu'elle[s] donne[nt] un sens entièrement nouveau au principe du recours à l'emprisonnement dans le seul cas où aucune autre option n'est justifiée dans les circonstances » (*Gladue*, par. 40). La disposition qui les a créées — l'art. 742.1 — « comme telle, tradui[sai]t le désir de diminuer le recours à l'incarcération » (par. 40). Et « [c]'est dans cet esprit qu'il faut interpréter et appliquer le principe général énoncé à l'al. 718.2*e*) » (par. 40).

[216] En réalité, la nouvelle approche en matière de détermination de la peine et les nouvelles sanctions non privatives de liberté étaient, à dessein, intimement liées. Le Parlement voulait que « l'on n'emprisonne que les personnes qui méritent d'être emprisonnées », ce qui signifiait que « [l]orsqu'il est approprié de le faire, le recours aux solutions de rechange doit être envisagé, surtout lorsqu'il s'agit de contrevenants autochtones » (*Débats de la Chambre des communes*, vol. V, 1re sess., 35e lég., 20 septembre 1994, p. 5871 et 5873 (l'hon. Allan Rock)).

[217] Comme « il arrive souvent que le fait d'infliger une peine d'emprisonnement à un délinquant autochtone ne favorise pas l'objectif réparateur de l'al. 718.2*e*) » (*Wells*, par. 39), la peine d'emprisonnement avec sursis constitue une option qui permet « de réaliser plus efficacement que l'incarcération les objectifs de justice corrective que sont la réinsertion sociale du délinquant, la réparation des torts causés aux victimes et à la collectivité et la prise de conscience par le délinquant de ses responsabilités » (*Proulx*, par. 22). Malgré tout, l'emprisonnement avec sursis demeure une sanction punitive propre à permettre la réalisation des objectifs de dénonciation et de dissuasion (par. 22).

[218] Conditional sentences benefitted a specific sector of Indigenous offenders: those for whom probation was too lenient, but prison too harsh, given their unique needs and circumstances. And they allowed courts to integrate Indigenous visions of justice into community-based sanctions. Together with s. 718.2(e), they provided an ameliorative measure for Indigenous peoples that was intended to facilitate the substantive equality mandate under s. 718.2(e) and reduce the overrepresentation of Indigenous offenders in prison.

[218] Les peines d'emprisonnement avec sursis se sont avérées avantageuses pour une tranche bien précise de délinquants autochtones : ceux pour qui la probation était une mesure trop clémente, mais la prison une sanction trop sévère, compte tenu de leurs besoins et de leur situation uniques. Elles ont par ailleurs permis aux tribunaux d'intégrer les perspectives autochtones de la justice dans les sanctions purgées dans la collectivité. Avec l'al. 718.2e), elles ont fourni une mesure d'amélioration qui était destinée aux Autochtones et qui visait à faciliter l'acquittement du mandat d'égalité réelle prévu à l'al. 718.2e) et à réduire la surreprésentation des délinquants autochtones en prison.

[219] The Crown argues that s. 718.2(e)'s remedial purpose exists apart from conditional sentences; it only directs courts to consider "all available sanctions, other than imprisonment, that are reasonable in the circumstances", and it is for Parliament to determine what sentences are "available" (A.F., at paras. 49-53 (emphasis deleted)). Section 718.2(e) does not "specifically 'instruc[t] courts to consider whether to impose a conditional sentence' in cases involving an Indigenous offender" (A.F., at para. 51).

[219] La Couronne soutient que l'objectif réparateur de l'al. 718.2e) existe indépendamment des peines d'emprisonnement avec sursis; il oblige uniquement le tribunal à examiner, « toutes les sanctions substitutives qui sont raisonnables dans les circonstances », et c'est au Parlement qu'il appartient de déterminer quelles sont ces « sanctions substitutives » (m.a., par. 49-53 (italique omis)). L'alinéa 718.2e) [TRADUCTION] « ne donne pas expressément "pour instruction au tribunal d'envisager d'infliger une peine d'emprisonnement avec sursis" dans le cas d'un délinquant autochtone » (m.a., par. 51).

[220] Sections 718.2(e) can undoubtedly be imagined without s. 742.1; indeed, s. 718.2(e) requires courts to "carefully conside[r]" the length of a prison term even where no alternatives to incarceration are available, such that an Indigenous offender's jail term may be less than a non-Indigenous offender's for the same offence (*Gladue*, at para. 93(8.) and (12.)). But if no reasonable alternatives to incarceration exist, then s. 718.2(e) can only give partial effect to recognizing Indigenous peoples' unique backgrounds and perspectives in sentencing. Excluding conditional sentences from s. 718.2(e)'s ambit would, as this Court anticipated in *Proulx*, "greatly diminish the remedial purpose animating Parliament's enactment of [s. 718.2(e)], which contemplates the greater use of conditional sentences and other alternatives to incarceration in cases of aboriginal offenders" (para. 92). In *Ipeelee*, likewise, the Court cautioned that carving out an exception in the *Gladue* framework for serious offences would "deprive s. 718.2(*e*) of much of its

[220] On peut sans aucun doute imaginer l'al. 718.2e) sans l'art. 742.1; d'ailleurs, l'al. 718.2e) oblige le juge à « soigneusement examin[er] » la durée de la peine d'emprisonnement même lorsqu'il n'existe pas de solutions de rechange à l'incarcération, de sorte que la période d'emprisonnement imposée à un délinquant autochtone peut être moins longue que celle imposée à un délinquant non autochtone pour la même infraction (*Gladue*, par. 93(8.) et (12.)). Mais s'il n'existe pas de sanctions substitutives raisonnables dans les circonstances, l'al. 718.2e) ne peut que donner un effet partiel à la reconnaissance des antécédents et du point de vue uniques des Autochtones lors de la détermination de la peine. Comme notre Cour l'avait prévu dans l'arrêt *Proulx*, l'exclusion des peines d'emprisonnement avec sursis du champ d'application de l'al. 718.2e) aurait pour effet de « miner considérablement l'objectif réparateur qui animait le législateur lorsqu'il a édicté [l'al. 718.2e)], qui envisage le recours accru au sursis à l'emprisonnement

remedial power, given its focus on reducing overreliance on incarceration" (para. 86).

[221] Sections 718.2(e) and 742.1 are neither wholly independent nor forever inseparable, yet they each invariably shape the other. For that reason, they have long been conceptualized together, both by Parliament at the time of their enactment, and indeed by this Court in its *Gladue* jurisprudence.

[222] My colleagues recognize this link, but imply that "the specific provisions [Ms. Sharma] challenged" were relevant at step one (para. 73). But a focus on the specific provisions divorced from the broader context would truncate the legal test. It would be contrary to the longstanding directive that distinctions in adverse impact cases be understood in their full context (*Withler*, at para. 43), and indeed, to a recent precedent of this Court finding that a distinction arose from the interaction of two statutes (*Ontario v. G*). In a test directed to adverse effects, there is no reason to ignore some types of effects as irrelevant.

(ii) Restrictions on Conditional Sentences Imperil the Remedial Function of the *Gladue* Framework

[223] By prohibiting the use of conditional sentences for many offences, the *SSCA* removed a sentencing option for all offenders. But for some Indigenous offenders, including Ms. Sharma, this undermined the specific accommodation offered by s. 718.2(e): that is, a different sentencing methodology that was animated by their unique needs and circumstances as Indigenous people. The amendments, in other words,

et aux autres mesures de rechange à l'incarcération dans le cas des délinquants autochtones » (par. 92). De même, dans l'arrêt *Ipeelee*, la Cour a prévenu que le fait de créer une exception au cadre d'analyse de l'arrêt *Gladue* pour les infractions graves ferait perdre à l'alinéa 718.2e) « une bonne partie de son pouvoir réparateur, étant donné l'accent mis dans cette disposition sur l'atténuation du recours excessif à l'incarcération » (par. 86).

[221] L'alinéa 718.2e) et l'art. 742.1 ne sont ni totalement indépendants ni indissociables à jamais, mais ils s'influencent invariablement l'un l'autre. Pour cette raison, ils ont longtemps été conceptualisés ensemble, tant par le Parlement au moment de leur adoption que par notre Cour dans sa jurisprudence faisant suite à l'arrêt *Gladue*.

[222] Mes collègues reconnaissent cette association, mais affirment que « les dispositions précises qu[e] contestait [M^me^ Sharma] » étaient pertinentes à la première étape (par. 73). Mais le fait de se concentrer sur des dispositions spécifiques sans tenir compte du contexte plus large amputerait le critère juridique et irait à l'encontre de la directive de longue date selon laquelle, dans les affaires de discrimination par suite d'un effet préjudiciable, les distinctions doivent être analysées en tenant compte de tout leur contexte (*Withler*, par. 43). Cela irait également à l'encontre d'un arrêt récent dans lequel notre Cour a conclu à l'existence d'une distinction en raison de l'interaction de deux lois (*Ontario c. G*). S'agissant d'un critère axé sur les effets préjudiciables, il n'y a aucune raison d'ignorer certains types d'effets en les considérant comme non pertinents.

(ii) Les restrictions aux peines d'emprisonnement avec sursis compromettent la fonction réparatrice du cadre d'analyse de l'arrêt *Gladue*

[223] En interdisant le recours à l'emprisonnement avec sursis pour de nombreuses infractions, la *LSRC* a supprimé une option en matière de détermination de la peine pour tous les délinquants. Mais pour certains délinquants autochtones, dont M^me^ Sharma, cette interdiction a porté atteinte à l'accommodement spécifique qu'offrait l'al. 718.2e), c'est-à-dire une méthode différente de détermination de la peine guidée

more acutely affected Indigenous offenders than it did others, creating a differential impact on a group based on race. In this way, a distinction results from the law's interaction with other legislative provisions or circumstances (*Ontario v. G*, at para. 51).

[224] The differential impact is apparent with respect to Ms. Sharma herself. Her background reflected, in the sentencing judge's words, a "constellation of classic *Gladue* factors" (para. 266). As a first-time offender with a low risk of reoffending, and single mother to an infant daughter, she was undoubtedly a "prime candidate" for a conditional sentence (C.A. reasons, at para. 88). Yet because of the challenged provisions, such a sentence — which would consider her background as an Indigenous woman and draw on Indigenous legal perspectives — was unavailable.

[225] In my view, the impairment of s. 718.2(e) amounts to more than a web of instinct. It reflects a reality long-recognized throughout our *Gladue* jurisprudence: removing conditional sentences for many offences has particular impact on Indigenous offenders. The distinction created on the basis of race is apparent.

[226] My colleagues would instead adopt the sentencing judge's reasoning that Ms. Sharma had failed to lead sufficient evidence at stage one, and fault the Court of Appeal for failing to "identify *any* evidence" presented by Ms. Sharma at stage one (para. 74 (emphasis in original)). They add that Ms. Sharma "adduced *no* statistical information" to support a distinction (para. 36 (emphasis in original)); that Dr. Murdocca, an expert witness, had testified it was "unknown" whether the impugned provisions had "affect[ed] Aboriginal offenders disproportionately compared to non-Aboriginal offenders" (para. 74 (emphasis deleted)); and that Ms. Sharma "could have presented expert evidence or statistical data showing

par leurs besoins et leur situation uniques en tant qu'Autochtones. En d'autres termes, ces modifications ont touché les délinquants autochtones de manière plus aiguë que les autres délinquants, créant ainsi un effet différent sur un groupe sur le fondement de la race. Cette distinction découle de la manière dont la mesure législative interagit avec d'autres dispositions législatives ou circonstances (*Ontario c. G*, par. 51).

[224] Cet effet différent est évident dans le cas de M^me^ Sharma. Ses antécédents reflétaient, aux dires du juge chargé de déterminer la peine, [TRADUCTION] « une constellation de facteurs classiques de l'arrêt *Gladue* » (par. 266). Comme elle en était à sa première infraction et qu'elle présentait un risque peu élevé de récidive, en plus d'être mère célibataire d'une petite fille, elle était sans aucun doute une [TRADUCTION] « candidate toute désignée » pour une peine d'emprisonnement avec sursis (motifs de la C.A., par. 88). Or, en raison des dispositions contestées, cette peine — qui aurait tenu compte de ses antécédents en tant que femme autochtone et se serait appuyée sur des points de vue juridiques autochtones — ne pouvait être prononcée.

[225] À mon avis, l'affaiblissement de l'al. 718.2e) constitue plus qu'une accumulation d'intuitions. Il témoigne d'une réalité reconnue depuis longtemps dans toute notre jurisprudence rendue dans la foulée de l'arrêt *Gladue* : la suppression de l'emprisonnement avec sursis pour de nombreuses infractions a un impact particulier sur les délinquants autochtones. Cette distinction fondée sur la race est évidente.

[226] Mes collègues feraient plutôt leur le raisonnement du juge chargé de la détermination de la peine selon lequel M^me^ Sharma n'avait pas présenté suffisamment d'éléments de preuve à la première étape, et ils reprocheraient à la Cour d'appel de n'avoir « fait état d'*aucun* élément de preuve » présenté par M^me^ Sharma à la première étape (par. 74 (en italique dans l'original)). Ils ajoutent que M^me^ Sharma n'a « produit *aucune* donnée statistique » montrant qu'il existe une distinction (par. 36 (en italique dans l'original)); que M^me^ Murdocca, un témoin expert, a déclaré qu'on [TRADUCTION] « ignor[ait] » si les dispositions contestées avaient « touch[é] les délinquants autochtones de façon disproportionnée comparativement aux

Indigenous imprisonment disproportionately increased for the specific offences targeted by the impugned provisions, relative to non-Indigenous offenders, after the *SSCA* came into force" (para. 76).

délinquants non autochtones » (par. 74 (soulignement omis)); et que M^me^ Sharma « aurait pu [. . .] présenter une preuve d'expert ou des données statistiques montrant qu'après l'entrée en vigueur de la *LSRC*, l'emprisonnement des Autochtones avait connu une hausse disproportionnée par rapport à l'incarcération des délinquants non autochtones dans le cas des infractions précises visées par les dispositions contestées » (par. 76).

[227] But given the relationship between s. 718.2(e) and ss. 742.1(c) and 742.1(e)(ii), the challenged provisions *necessarily* impact Indigenous offenders differently; a distinction arises from the interaction of these provisions, against a backdrop of facts of which courts must take judicial notice (*Ipeelee*, at para. 60). Further evidence is not required because the distinction is plain.

[227] Mais, compte tenu du rapport qui existe entre, d'une part, l'al. 718.2e) et, d'autre part, l'al. 742.1c) et le sous-al. 742.1e)(ii), les dispositions contestées ont *nécessairement* un effet différent sur les délinquants autochtones. Une distinction découle de la façon dont ces dispositions interagissent dans un contexte factuel dont les tribunaux doivent prendre connaissance d'office (*Ipeelee*, par. 60). Il n'est pas nécessaire de présenter d'autres éléments de preuve parce que la distinction est claire.

[228] And in any event, neither expert evidence nor evidence of statistical disparity are mandatory in s. 15(1) claims (*Fraser*, at paras. 57 and 67). My colleagues offer no reasons for effectively raising the evidentiary bar of the first step.

[228] Et, en tout état de cause, ni la preuve d'expert ni la preuve de disparités statistiques ne sont obligatoires dans le cadre d'une demande fondée sur le par. 15(1) (*Fraser*, par. 57 et 67). Mes collègues n'expliquent pas pourquoi il y aurait lieu de rendre plus exigeantes les conditions en matière de preuve à la première étape.

[229] I have already addressed, in the s. 7 analysis, why the loss of conditional sentences matters, even with the continued availability of lesser non-custodial sentencing options (see paras. 173-75). And as I have explained above, they carry particular importance for Indigenous offenders. I cannot, therefore, accept my colleagues' further contentions that the impugned provisions create no distinction because s. 718.2(e) remains "meaningfully operable", and "judges retain broad discretion" as to how to "account [for] the particular circumstances of Indigenous offenders" (paras. 78-79). The question at this stage is only whether the impugned provisions draw a distinction on a protected ground. And for the reasons I have explained, they do.

[229] J'ai déjà traité, dans mon analyse fondée sur l'art. 7, de la raison pour laquelle la suppression de l'emprisonnement avec sursis est importante, même s'il est possible pour le tribunal d'infliger des peines non privatives de liberté moins sévères (voir par. 173-175). Et comme je l'ai déjà expliqué, l'emprisonnement avec sursis revêt une importance particulière pour les délinquants autochtones. Je ne puis donc accepter les autres affirmations de mes collègues selon lesquelles les dispositions contestées ne créent aucune distinction parce que l'al. 718.2e) continue d'« opérer efficacement » et que « les juges conservent un large pouvoir discrétionnaire » quant à la manière de « tenir compte de la situation particulière des délinquants autochtones » (par. 78-79). La question à ce stade vise seulement à savoir si les dispositions contestées établissent une distinction fondée sur un motif protégé. Et pour les motifs que j'ai exposés, j'estime que c'est effectivement le cas.

(b) *Discrimination*

[230] The next question is whether the law imposes a burden or denies a benefit in a manner that has the effect of reinforcing, perpetuating, or exacerbating disadvantage (*Taypotat*, at paras. 19-20). For the Crown, the social disadvantages facing Indigenous peoples exist independently of the impugned provisions. Ms. Sharma, in contrast, submits that the impugned provisions deny a benefit that perpetuates or exacerbates disadvantages for Indigenous peoples as a group, and for herself as an individual.

[231] I agree with Ms. Sharma. By failing to account for the distinct needs and circumstances of Indigenous offenders, the challenged provisions reinforce, perpetuate, and exacerbate the historical disadvantages of Indigenous peoples in sentencing.

[232] My analysis under the second stage proceeds in two parts. First, I show how the provisions, in impairing an ameliorative measure, reinforce, perpetuate, and exacerbate systemic discrimination. Second, I discuss the implications of this finding, and in particular the concern that it would destabilize criminal law as a whole, given the prevalence of discrimination against Indigenous peoples throughout our justice system.

(i) The Provisions Reinforce, Perpetuate, and Exacerbate Systemic Discrimination

[233] The claimant group's historical position of disadvantage in this case is a matter of judicial notice (*Gladue*, at para. 83; *Wells*, at para. 53; *Ipeelee*, at para. 60). And again, the vast overrepresentation of Indigenous peoples in prisons is well-established.

[234] Those disadvantages are worse still for Indigenous women, many of whom continue to face multiple and compounding forms of discrimination. Policies that have removed children from Indigenous families — from the residential school system and

b) *Discrimination*

[230] Il faut ensuite se demander si la loi impose un fardeau ou nie un avantage d'une manière qui a pour effet de renforcer, de perpétuer ou d'accentuer un désavantage (*Taypotat*, par. 19-20). Pour la Couronne, les désavantages sociaux auxquels sont confrontés les Autochtones existent indépendamment des dispositions contestées. En revanche, M^me^ Sharma soutient que les dispositions contestées refusent un avantage, ce qui a pour effet de perpétuer ou d'accentuer les désavantages que subissent les Autochtones en tant que groupe, et elle-même en tant qu'individu.

[231] Je suis d'accord avec M^me^ Sharma. En ne tenant pas compte de la situation et des besoins distincts des délinquants autochtones, les dispositions contestées renforcent, perpétuent et accentuent les désavantages historiques subis par les Autochtones en matière de détermination de la peine.

[232] Mon analyse à la deuxième étape se décline en deux parties. Je vais tout d'abord montrer comment, en portant atteinte à une mesure d'amélioration, les dispositions en question renforcent, perpétuent et accentuent une discrimination systémique. Je vais ensuite discuter des implications de cette conclusion, et en particulier de la crainte qu'il n'en résulte une déstabilisation du droit criminel dans son ensemble, étant donné l'ampleur de la discrimination à l'égard des Autochtones dans l'ensemble de notre système de justice.

(i) Les dispositions renforcent, perpétuent et accentuent la discrimination systémique

[233] La situation historiquement désavantageuse du groupe de demandeurs en l'espèce est un enjeu dont il faut prendre connaissance d'office (*Gladue*, par. 83; *Wells*, par. 53; *Ipeelee*, par. 60). Et, encore une fois, la vaste surreprésentation des Autochtones dans les prisons est un fait bien établi.

[234] Ces désavantages sont encore pires pour les femmes autochtones, dont bon nombre continuent de faire face à des formes de discrimination multiples et cumulatives. Les politiques qui ont retiré les enfants autochtones de leurs familles — en partant

the "Sixties Scoop", to today's overrepresentation of Indigenous children in care — have disproportionately impacted Indigenous mothers, who are typically primary caretakers (National Inquiry into Missing and Murdered Indigenous Women and Girls, at pp. 281-83). Disenfranchisement under the *Indian Act*, R.S.C. 1985, c. I-5, coercive birth control measures like forced sterilization, pervasive stereotypes, and the ongoing epidemic of violence against Indigenous women and girls have been more direct causes of harm to Indigenous women (pp. 254-56, 266-67, 630-33 and 648-54).

[235] This history follows Indigenous women and shapes their experiences — both as victims and offenders — in the criminal justice system. It helps explain why Indigenous women are imprisoned at a higher rate than any other population; why, behind bars, they are more likely to have traumatic histories, mental health challenges, and self-harming tendencies (OCI (2021), at pp. 42-43); why they bear the brunt of prisons' most punitive conditions (R.F., at paras. 7-8; OCI (2021), at pp. 27 and 42); and why they disproportionately face the risk of permanently losing parental rights (L. Kerr, "How Sentencing Reform Movements Affect Women", in D. Cole and J. Roberts, eds., *Sentencing in Canada: Essays in Law, Policy, and Practice* (2020), 250, at p. 254, citing *Inglis v. British Columbia (Minister of Public Safety)*, 2013 BCSC 2309, 298 C.R.R. (2d) 35, at para. 485). Pulling the intergenerational cycle forward, their children often fall into the criminal justice system themselves in the so-called "child-welfare-to-prison pipeline" (C.A. reasons, at para. 96, quoting Ontario Human Rights Commission, *Interrupted childhoods: Over-representation of Indigenous and Black children in Ontario child welfare* (2018), at pp. 27-28).

du système des pensionnats et de la « rafle des années 1960 » jusqu'à la surreprésentation des enfants autochtones placés en famille d'accueil — ont eu un impact disproportionné sur les mères autochtones, qui sont habituellement les principales personnes qui subviennent aux besoins de leurs enfants (Enquête nationale sur les femmes et les filles autochtones disparues et assassinées, p. 306-308). La privation de leurs droits en vertu de la *Loi sur les indiens*, L.R.C. 1985, c. I-5, les mesures coercitives de régulation des naissances comme la stérilisation forcée, les stéréotypes omniprésents et l'épidémie permanente de violence contre les femmes et les filles autochtones ont été des causes plus directes de préjudices dans le cas des femmes autochtones (p. 274-278, 288-289, 695-698 et 714-721).

[235] Ce lourd passé suit les femmes autochtones et façonne leur expérience du système de justice pénale tant comme victimes que comme délinquantes. Il aide à expliquer pourquoi les femmes autochtones sont incarcérées en proportion plus élevée que tout autre groupe, pourquoi, derrière les barreaux, elles sont plus susceptibles d'avoir subi dans le passé des traumatismes, de souffrir de problèmes de santé mentale et de présenter des tendances à l'automutilation (BECC (2021), p. 43-45), pourquoi elles font l'objet des conditions carcérales les plus répressives (m.i., par. 7-8; BECC (2021), p. 27-28 et 44) et pourquoi elles font face de façon disproportionnée au risque de perdre définitivement leurs droits parentaux (L. Kerr, « How Sentencing Reform Movements Affect Women », dans D. Cole et J. Roberts, dir., *Sentencing in Canada : Essays in Law, Policy, and Practice* (2020), 250, p. 254, citant *Inglis c. British Columbia (Minister of Public Safety)*, 2013 BCSC 2309, 298 C.R.R. (2d) 35, par. 485). Reproduisant sans cesse le cycle intergénérationnel, leurs enfants finissent souvent eux-mêmes par avoir des démêlés avec le système de justice pénale et à se retrouver dans ce qu'on appelle le « pipeline de l'aide à l'enfance à la prison » (motifs de la C.A., par. 96, citant Commission des droits de la personne de l'Ontario, *Enfances interrompues : Surreprésentation des enfants autochtones et noirs au sein du système de bien-être de l'enfance de l'Ontario* (2018), p. 29-31).

[236] Tracing the lineage of intergenerational trauma makes clear that our criminal justice system is a significant and ongoing source of discrimination against Indigenous peoples. The fact that the challenged provisions did not create the problem is irrelevant (*Alliance*, at para. 32; *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493, at para. 84; *Fraser*, at para. 71). To blame overrepresentation solely on the pre-existing disadvantages suffered by Indigenous peoples is to ignore the plain reality that incarcerating people is an exercise of state power. And since the state is deeply implicated in the incarceration of Indigenous women through the criminal justice system, it has a constitutional obligation under s. 15(1) of the *Charter* to ensure that its laws do not operate to reinforce, perpetuate, or exacerbate conditions of inequality.

[236] En retraçant l'origine des traumatismes intergénérationnels, on voit bien que notre système de justice pénale est une source importante et constante de discrimination envers les peuples autochtones. Le fait que les dispositions contestées ne sont pas la cause du problème n'est pas pertinent (*Alliance*, par. 32; *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493, par. 84; *Fraser*, par. 71). En imputant la surreprésentation uniquement aux désavantages préexistants subis par les Autochtones, on ignore la simple réalité que l'incarcération est un exercice du pouvoir de l'État. Et comme il est profondément impliqué dans l'incarcération des femmes autochtones par le truchement du système de justice pénale, l'État a l'obligation constitutionnelle, suivant le par. 15(1) de la *Charte*, de veiller à ce que ses lois n'aient pas pour effet de renforcer, de perpétuer ou d'accentuer des conditions d'inégalité.

[237] Conditional sentences were never meant to be a catch-all solution. But by impairing the *Gladue* framework, the challenged provisions removed an accommodation capable of ameliorating, to some degree, these historical disadvantages for Ms. Sharma and other Indigenous offenders. And in my view, that reinforces, perpetuates, and exacerbates their historical disadvantage.

[237] Les peines d'emprisonnement avec sursis n'ont jamais été conçues comme une solution universelle. Mais en affaiblissant le cadre d'analyse de l'arrêt *Gladue*, les dispositions contestées ont supprimé un accommodement susceptible de réduire, dans une certaine mesure, ces désavantages historiques pour M^me^ Sharma et d'autres délinquants autochtones. À mon avis, la suppression de cette mesure renforce, perpétue et accentue leurs désavantages historiques.

[238] First, the impugned provisions logically require sentencing judges to impose more prison sentences than they otherwise would, even when alternatives to prison would be consistent with the *Gladue* framework and other principles of sentencing. For Indigenous offenders whose background conditions make them especially unfit for prison, whose circumstances rest on the cusp of a prison sentence, but for whom a lesser non-custodial sentence would be inappropriate, this only compounds their disadvantage.

[238] Premièrement, les dispositions contestées obligent logiquement les juges chargés de la détermination de la peine à infliger un plus grand nombre de peines d'emprisonnement qu'ils ne le feraient autrement, même si des solutions de rechange à l'emprisonnement seraient conformes au cadre d'analyse de l'arrêt *Gladue* et aux autres principes de détermination de la peine. Dans le cas des délinquants autochtones dont les antécédents les rendent particulièrement inaptes à la prison et dont la situation justifierait à la limite une peine d'emprisonnement, mais pour lesquels une peine non privative de liberté moins sévère ne serait pas indiquée, cela ne fait qu'aggraver le désavantage qu'ils ont subi.

[239] Second, the provisions deny offenders a sentencing option that better accords with Indigenous visions of justice. A uniform approach to sentencing is "often far removed from the understanding of

[239] Deuxièmement, les dispositions privent les délinquants de la possibilité de se voir infliger une peine qui correspond davantage aux visions autochtones de la justice. Une conception uniforme de la

sentencing held by [Indigenous] offenders and their community" (*Gladue*, at para. 70). And the failure to accommodate the needs, experiences, and perspectives of Indigenous offenders undermines the effectiveness of the sentence itself (*Ipeelee*, at para. 74).

[240] Some of the interveners in this appeal spoke to the latter point. The Legal Services Board of Nunavut submitted that custodial institutions are often geographically distant, displacing Indigenous peoples from their families and communities, as well as their culture, legal orders, and the land. The Federation of Sovereign Indigenous Nations explained that conditional sentences better facilitate "activities such as 'on the land' or 'bush' healing camps reflecting sacred connection between Indigenous people and the natural world" — experiences that "cannot be manufactured in an institution" (I.F., at para. 32). And the Ontario Native Women's Association evoked the more serious impacts incarceration may have in the case of Indigenous women, whose personal losses to cultural identity and spiritual well-being may conjoin with the profound and ongoing impact of their absences on their communities (I.F., at para. 19).

[241] The discrimination is apparent. By leaving no other realistic option but prison, where anything less than a conditional sentence would be unfit, ss. 742.1(c) and 742.1(e)(ii) remove "an important tool, and sometimes the only tool, for judges to realize restorative justice principles necessary to craft a fair sentence for Indigenous offenders" (I.F., Federation of Sovereign Indigenous Nations, at para. 5). The restrictions deprive certain Indigenous offenders of sentences that would better accord with their needs and visions of justice. This not only perpetuates overrepresentation, but perpetuates cultural loss, dislocation, and community fragmentation. Substantive equality demands a different approach — one that considers "[t]he types of sentencing procedures and sanctions which may be appropriate in the circumstances for the offender because of his or her particular aboriginal heritage

détermination de la peine est « souvent très éloigné[e] de la vision qu'ont [les] délinquants [autochtones] et leur communauté de la détermination de la peine » (*Gladue*, par. 70). Et le défaut de répondre aux besoins, au vécu et à la façon de voir des délinquants autochtones nuit à l'efficacité de la peine elle-même (*Ipeelee*, par. 74).

[240] Certains des intervenants dans le présent pourvoi ont abordé ce dernier point. L'intervenante Legal Services Board of Nunavut a fait valoir que les établissements de détention sont souvent éloignés géographiquement, ce qui éloigne les Autochtones de leur famille et de leur communauté, ainsi que de leur culture, de leur ordre juridique et de leurs terres. La Federation of Sovereign Indigenous Nations a, pour sa part, expliqué que les peines d'emprisonnement avec sursis facilitent davantage [TRADUCTION] « des activités telles que les camps de guérison "sur le territoire" ou "dans la forêt", reflétant ainsi le lien sacré entre les peuples autochtones et le monde naturel » —, ajoutant que ces expériences « ne peuvent être reproduites en milieu carcéral » (m. interv., par. 32). La Ontario Native Women's Association a évoqué les répercussions plus graves que l'incarcération peut avoir dans le cas des femmes autochtones, chez qui les préjudices personnels subis sur le plan de l'identité culturelle et du bien-être spirituel peuvent s'ajouter aux conséquences profondes et continues de leur absence sur leur communauté (m. interv., par. 19).

[241] La discrimination est évidente. En ne laissant aucune autre option réaliste que l'incarcération, dans les cas où toute peine moins sévère que l'emprisonnement avec sursis serait inappropriée, l'al. 742.1c) et le sous-al. 742.1e)(ii) suppriment [TRADUCTION] « un outil important, qui constitue parfois le seul dont disposent les juges pour concrétiser les principes de justice réparatrice nécessaires au façonnement d'une peine équitable dans le cas des délinquants autochtones » (m. interv., Federation of Sovereign Indigenous Nations, par. 5). Ces restrictions privent certains délinquants autochtones de peines qui correspondent mieux à leurs besoins et à leur vision de la justice. Cet état de fait perpétue non seulement la surreprésentation, mais aussi les pertes culturelles, l'éclatement et la fragmentation des communautés. L'égalité réelle commande une approche différente,

or connection" (*Gladue*, at para. 66(B); *Ipeelee*, at para. 66).

[242] In my view, Ms. Sharma has met her burden. By impairing this accommodation, these provisions reinforce, perpetuate, and exacerbate the disadvantages of an Indigenous offender.

(ii) The Floodgates Argument

[243] The thrust of the Crown's position is that this conclusion would have far-reaching repercussions for our constitutional landscape and criminal justice system. My colleagues echo that charge in their reasons (see para. 82). I disagree. Quite the contrary: dismissing this appeal reinforces the rule of law by giving force to s. 15(1) of the *Charter*.

[244] Section 15(1) does not freeze the conditional sentence regime in time, nor does it constitutionalize remedial legislation. Repealing or amending s. 742.1, or even s. 718.2(e), will not automatically contravene s. 15(1), whose focus, again, is on the effects of a law, not its form (*Alliance*, at para. 33). Parliament could have advanced its policies in other ways: for example, it might have restricted conditional sentences but given sentencing judges residual discretion, or a "safety valve", to avoid unconstitutional sentences (see *R. v. Lloyd*, 2016 SCC 13, [2016] 1 S.C.R. 130, at para. 36). Parliament's enactment of harsher sanctions in general is not the problem; the issue lies in its manner of doing so.

[245] And framing the challenged provisions as policy decisions neither sanitizes their effects, nor insulates them from *Charter* review (*Alliance*, at para. 35). Parliament has the burden of justifying any inequalities that flow from the operation of its

qui tient compte des « types de procédures de détermination de la peine et de sanctions qui, dans les circonstances, peuvent être appropriées à l'égard du délinquant en raison de son héritage ou de ses attaches autochtones » (*Gladue*, par. 66(B); *Ipeelee*, par. 66).

[242] À mon avis, M^me^ Sharma s'est acquittée du fardeau qui lui incombait. En empêchant cette mesure d'accommodement, les dispositions en question renforcent, perpétuent et accentuent les désavantages que subit un délinquant autochtone.

(ii) L'argument de l'avalanche de poursuites

[243] La Couronne soutient essentiellement que cette conclusion aurait des répercussions profondes sur notre paysage constitutionnel et notre système de justice pénale. Mes collègues reprennent cette préoccupation dans leurs motifs (voir par. 82). Je ne partage pas leur avis. Bien au contraire, le rejet du présent pourvoi a pour effet de renforcer la primauté du droit en donnant effet au par. 15(1) de la *Charte*.

[244] Le paragraphe 15(1) ne fige pas le régime d'octroi de l'emprisonnement avec sursis dans le temps, ni ne confère une protection constitutionnelle à des dispositions réparatrices. L'abrogation ou la modification de l'art. 742.1, ou même de l'al. 718.2e), ne contreviendra pas automatiquement au par. 15(1), qui, je le répète, s'intéresse d'abord et avant tout aux effets de la loi et non à sa forme (*Alliance*, par. 33). Le Parlement aurait pu promouvoir ses politiques par d'autres moyens, par exemple en limitant l'octroi de l'emprisonnement avec sursis tout en accordant aux juges chargés de la détermination de la peine un pouvoir discrétionnaire résiduel, ou un « mécanisme », pour éviter de prononcer des peines inconstitutionnelles (voir *R. c. Lloyd*, 2016 CSC 13, [2016] 1 R.C.S. 130, par. 36). L'adoption par le Parlement de sanctions plus sévères en général n'est pas le problème; le problème réside dans la façon dont il s'y prend pour le faire.

[245] Et le fait de présenter les dispositions contestées comme des décisions de politique générale n'assainit pas leur effet, ni ne les soustrait à un contrôle fondé sur la *Charte* (*Alliance*, par. 35). Le Parlement a le fardeau de justifier toute inégalité

own laws, a burden that speculative concerns about "chilling effect[s]" on remedial initiatives cannot displace (para. 42; *Fraser*, at paras. 132-36). Holding otherwise would deny courts, and the *Charter* more broadly, their proper role as a check in our constitutional order. There is nothing novel in courts assuming that role, even when it results in unsettling fixed assumptions about the treatment of the disadvantaged. The true novelty would be to withdraw a category of state actions — such as those repealing or amending existing ameliorative policies — from *Charter* scrutiny. Nothing restricts courts' "constitutional duty [to] rule on" those s. 15(1) challenges that are "properly made" (*Vriend*, at para. 56). Finally, as I have explained, policy reasons in favour of rolling back ameliorative measures are more appropriately considered under s. 1 (*Eldridge*, at para. 77), where the state may justify its actions. This longstanding framework not only secures legislatures from judicial overreach; it "itself expresses an important aspect of the separation of powers by defining, within its terms, limits on legislative sovereignty" (*Newfoundland (Treasury Board) v. N.A.P.E.*, 2004 SCC 66, [2004] 3 S.C.R. 381, at para. 104; see also *C.P.*, at paras. 173-75, per Kasirer J.).

qui découle de l'application de ses propres lois, et les préoccupations hypothétiques concernant leurs éventuels « effet[s] paralysant[s] » sur des mesures réparatrices ne sauraient le dispenser de ce fardeau (par. 42; *Fraser*, par. 132-136). Conclure le contraire reviendrait à nier aux tribunaux, et de façon plus générale à la *Charte*, leur rôle de mécanismes de contrôle dans notre ordre constitutionnel. Il n'y a rien de nouveau à ce que les tribunaux assument ce rôle, même si cela donne lieu à une remise en question d'hypothèses établies concernant le traitement des personnes désavantagées. La véritable nouveauté résiderait dans le fait de soustraire au contrôle de la *Charte* une catégorie de mesures étatiques, comme celles abrogeant ou modifiant des politiques d'amélioration existantes. Rien ne limite les tribunaux, qui sont « constitutionnellement tenus de trancher » les contestations « dûment exercé[es] » sur le fondement du par. 15(1) (*Vriend*, par. 56). Enfin, comme je l'ai déjà expliqué, il est plus approprié d'examiner dans le contexte de l'article premier les raisons de principe qui militent en faveur de l'annulation de mesures d'amélioration (*Eldridge*, par. 77), dans les cas où l'État est en mesure de justifier ses actes. Ce cadre d'analyse de longue date ne protège pas seulement les législatures contre l'activisme judiciaire, il « manifeste [lui-même] un aspect important de la séparation des pouvoirs en définissant, dans son texte, des limites de la souveraineté législative » (*Terre-Neuve (Conseil du Trésor) c. N.A.P.E.*, 2004 CSC 66, [2004] 3 R.C.S. 381, par. 104; voir aussi *C.P.*, par. 173-175, le juge Kasirer).

[246] Nor would recognizing a s. 15(1) violation destabilize criminal law provisions of general application. Ms. Sharma's argument, again, rests not on the existence of social disadvantage alone, but on the impairment of the *Gladue* framework, which was designed to specifically ameliorate problems in the sentencing of Indigenous offenders. While s. 742.1 is a law of general application, the challenge is not to that provision in isolation. It was enacted in part to enhance s. 718.2(e), and Ms. Sharma's challenge is directly tied to its implications for the *Gladue* framework. Thus, the Crown's suggestion that the application of s. 15(1) of the *Charter* to this case would facilitate a challenge to all laws of general

[246] La reconnaissance d'une violation du par. 15(1) ne déstabiliserait pas non plus les dispositions pénales d'application générale. La thèse de M^me^ Sharma, encore une fois, ne repose pas uniquement sur l'existence d'un désavantage social, mais sur l'affaiblissement du cadre d'analyse de l'arrêt *Gladue*, qui a été conçu précisément pour résoudre des problèmes dans la détermination de la peine des délinquants autochtones. Bien que l'art. 742.1 soit une disposition d'application générale, la contestation ne porte pas sur cette disposition prise isolément. L'article 742.1 a été édicté en partie pour renforcer l'al. 718.2e), et la contestation de M^me^ Sharma est directement liée à ses répercussions sur le cadre

application — based on their effect on disadvantaged Indigenous peoples — is misplaced.

[247] In sum, to be clear, these reasons should not be taken as constitutionalizing remedial legislation. Through s. 718.2(e), Parliament has created a "judicial duty" (*Gladue*, at para. 34) "to undertake the process of sentencing aboriginal offenders differently, in order to endeavor to achieve a truly fit and proper sentence in the particular case" (para. 33). This Court has found that Parliament's intent in s. 718.2(e) was to recognize that particular attention should be given to the circumstances of Aboriginal offenders "which may specifically make imprisonment a less appropriate or less useful sanction" for those offenders (para. 37). One such circumstance is that, for many such offenders, "community-based sanctions coincide with the aboriginal concept of sentencing and the needs of aboriginal people and communities" (para. 74). The exercise of this duty pursuant to s. 718.2(e) is to be undertaken in a manner consonant with principles of restraint, proportionality and individualization in sentencing.

[248] The ability of courts to give effect to s. 718.2(e) and apply the *Gladue* framework is central to this appeal. Sections 742.1 and 718.2(e) are intimately connected in both purpose and operation. The "unique circumstances" of Aboriginal offenders mean that community-based sanctions are in many cases appropriate and indeed commanded under s. 718.2(e) as a matter of fair and proportionate sentencing for offenders who, as a group, are understood to be disadvantaged (*Gladue*, at paras. 37-38). The majority of the Court of Appeal was right to observe that by restricting the availability of the conditional sentence option, the impugned provisions perpetuate an already existing disadvantage suffered by Aboriginal offenders (paras. 83-85). In these specific circumstances, courts cannot give proper effect to Parliament's will as

d'analyse de l'arrêt *Gladue*. La Couronne a donc tort de laisser entendre que l'application du par. 15(1) de la *Charte* à la présente affaire faciliterait la contestation de toutes les lois d'application générale en fonction de leur effet sur les peuples autochtones défavorisés.

[247] En résumé, précisons que les présents motifs ne doivent pas être interprétés comme conférant une protection constitutionnelle à des dispositions réparatrices. Par le biais de l'al. 718.2e), le Parlement a imposé « aux tribunaux l'obligation » (*Gladue*, par. 34) « d'aborder différemment le processus de détermination de la peine à l'égard des délinquants autochtones, pour en arriver à une peine véritablement adaptée et appropriée dans un cas donné » (par. 33). Notre Cour a conclu que le Parlement avait manifesté à l'al. 718.2e) l'intention de reconnaître qu'il y a lieu d'accorder une attention particulière aux circonstances dans lesquelles se trouvent les délinquants autochtones et « qui pourrai[ent] précisément faire de l'emprisonnement une sanction moins appropriée ou moins utile » dans le cas de ces délinquants (par. 37). L'une de ces circonstances tient à ce que, pour bon nombre des délinquants en question, « les sanctions rattachées à la communauté coïncident avec la conception autochtone de la détermination de la peine et avec les besoins des autochtones et de leurs communautés » (par. 74). Il faut s'acquitter de cette obligation imposée par l'al. 718.2e) en conformité avec les principes de la modération, de la proportionnalité et de l'individualisation de la peine.

[248] La faculté des tribunaux de donner effet à l'al. 718.2e) et d'appliquer le cadre d'analyse établi dans l'arrêt *Gladue* se situe au cœur du présent pourvoi. L'article 742.1 et l'al. 718.2e) sont intimement liés tant de par leur objet que de par leur application. Vu la « situation particulière » des délinquants autochtones, les sanctions rattachées à la communauté sont de mise dans bien des cas et même commandées par l'al. 718.2e) par souci d'infliger des peines équitables et proportionnelles à des délinquants qui, collectivement, sont considérés comme désavantagés (*Gladue*, par. 37-38). La majorité de la Cour d'appel a fait remarquer à juste titre qu'en restreignant la possibilité d'infliger un emprisonnement avec sursis, les dispositions attaquées perpétuent un désavantage dont souffrent déjà les délinquants autochtones

expressed through s. 718.2(e) and this Court's instructions in *Gladue* without the tool of community-based conditional sentences.

[249] Recognizing and giving effect to adverse discrimination claims ensures the promise of s. 15(1) does not ring hollow. This *affirms*, rather than denies, the rule of law.

(3) Conclusion

[250] This case offers an opportunity to ensure that Indigenous peoples in the criminal justice system are entitled to equal protection and benefit under the law. I conclude that ss. 742.1(c) and 742.1(e)(ii) limit Ms. Sharma's s. 15(1) *Charter* rights.

V. Section 1

[251] The question becomes whether the limitations on ss. 7 and 15(1) of the *Charter* are "demonstrably justified in a free and democratic society", under s. 1. In my view, they are not.

[252] The framework under s. 1 is well-established. The Crown must demonstrate that the legislative objective is pressing and substantial, and that the means chosen are proportional to that objective, in that "(1) the means adopted are rationally connected to that objective; (2) it is minimally impairing of the right in question; and (3) there is proportionality between the deleterious and salutary effects of the law" (*Carter*, at para. 94, citing *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103).

[253] As I have explained, the challenged provisions limit two different *Charter* rights, which colour the s. 1 analysis in different ways. Section 7 violations are, in general, "difficult to justify" under s. 1, although it may be possible for the state to show that the violation is justified by a public good not captured under the

(par. 83-85). Dans ces circonstances précises, les tribunaux ne peuvent donner convenablement effet à la volonté exprimée par le Parlement au moyen de l'al. 718.2e) et aux directives qu'a données notre Cour dans *Gladue* sans l'outil que représentent les peines d'emprisonnement avec sursis à purger dans la collectivité.

[249] En reconnaissant les allégations de discrimination par suite d'un effet préjudiciable et en leur donnant effet, on évite que la promesse contenue au par. 15(1) soit vaine. Plutôt que de la nier, on *confirme* ainsi la primauté du droit.

(3) Conclusion

[250] La présente affaire offre l'occasion de garantir que les Autochtones aux prises avec le système de justice pénale ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi. Je conclus que l'al. 742.1c) et le sous-al. 742.1e)(ii) limitent les droits garantis à M^me^ Sharma par le par. 15(1) de la *Charte*.

V. L'article premier

[251] Il faut se demander si la justification des limites imposées aux droits garantis par l'art. 7 et le par. 15(1) de la *Charte* « p[eut] se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique » au sens de l'article premier. À mon avis, ce n'est pas le cas.

[252] Le cadre d'analyse de l'article premier est bien établi. La Couronne doit démontrer que l'objet de la loi est urgent et réel, et que les moyens choisis pour le réaliser sont proportionnels à cet objet, en ce que « (1) les moyens adoptés sont rationnellement liés à cet objet, (2) [qu']elle porte atteinte de façon minimale au droit en question, et (3) [qu']il y a proportionnalité entre les effets préjudiciables et les effets bénéfiques de la loi » (*Carter*, par. 94, citant *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103).

[253] Comme je l'ai expliqué, les dispositions contestées limitent deux droits distincts protégés par la *Charte*, ce qui influence l'analyse fondée sur l'article premier de différentes façons. En général, « [i]l est difficile de justifier » une violation de l'art. 7 en vertu de l'article premier, bien qu'il puisse arriver que

rubric of life, liberty or security of the person (*Carter*, at para. 95). Section 15(1) violations, however, have been justified under s. 1 (*McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229; *Weatherall v. Canada (Attorney General)*, [1993] 2 S.C.R. 872; *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513; *Lavoie v. Canada*, 2002 SCC 23, [2002] 1 S.C.R. 769; *N.A.P.E.*; *Quebec v. A*). When a law or state action limits multiple *Charter* rights, the state must justify all of the limitations to avoid a finding of unconstitutionality.

[254] The parties agree that the provisions serve a pressing and substantial objective, yet disagree over whether they satisfy the proportionality branch of the test. The standard at this stage is not perfection; the legislature is owed a measure of deference, especially when legislating in areas involving "a number of possible solutions to a particular social problem" (*Carter*, at para. 97).

[255] Still, the burden is the Crown's at this stage. As both lower courts remarked, however, the Crown made relatively little attempt to justify the provisions in the lower court proceedings. The same is true here.

[256] Ms. Sharma argues that there is no rational connection between the provisions' ends and the means chosen to achieve them: although the challenged legislation took away conditional sentences, it left "lesser non-custodial options available", such as suspended sentences (R.F., at para. 86). I cannot accept this argument. There is a rational connection between ensuring serious crimes are punished by incarceration and removing the possibility of conditional sentences for certain offences.

[257] But the provisions are not minimally impairing. The state must show that there is no "less

l'État soit en mesure de démontrer que la violation est justifiée au nom du bien public pour une raison qui ne relève pas de la catégorie du droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne (*Carter*, par. 95). Des violations du par. 15(1) ont toutefois été considérées comme justifiées en vertu de l'article premier (*McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229; *Weatherall c. Canada (Procureur général)*, [1993] 2 R.C.S. 872; *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513; *Lavoie c. Canada*, 2002 CSC 23, [2002] 1 R.C.S. 769; *N.A.P.E.*; *Québec c. A*). Lorsqu'une loi ou un acte de l'État limite plusieurs droits garantis par la *Charte*, l'État doit justifier toutes les limitations pour éviter une conclusion d'inconstitutionnalité.

[254] Les parties conviennent que les dispositions visent un objectif urgent et réel, mais ne s'entendent pas sur la question de savoir si elles satisfont au volet proportionnalité du critère. À ce stade, la norme n'est pas la perfection; il y a lieu de faire preuve d'une certaine déférence à l'endroit du législateur, surtout lorsqu'il légifère dans des domaines où « il peut y avoir plusieurs solutions à un problème social particulier » (*Carter*, par. 97).

[255] Il n'en demeure pas moins que le fardeau incombe à la Couronne à ce stade. Toutefois, comme l'ont fait remarquer les deux juridictions inférieures, la Couronne n'a guère tenté de justifier les dispositions dans les instances devant les tribunaux inférieurs. L'histoire s'est répétée devant notre Cour.

[256] Madame Sharma soutient qu'il n'y a pas de lien rationnel entre les objectifs des dispositions et les moyens choisis pour atteindre ces objectifs : même si les dispositions contestées ont supprimé l'emprisonnement avec sursis, elles ont conservé la possibilité pour le juge de prononcer des [TRADUCTION] « peines non privatives de liberté moins sévères », tel le sursis au prononcé de la peine (m.i., par. 86). Je ne peux pas accepter cet argument. Il existe un lien rationnel entre le fait de veiller à ce que les crimes graves soient punis par l'incarcération et la suppression de la possibilité de prononcer des peines d'emprisonnement avec sursis pour certaines infractions.

[257] Mais les dispositions n'équivalent pas à une atteinte minimale. L'État doit démontrer qu'il

drastic means of achieving the objective in a real and substantial manner" (*Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 SCC 37, [2009] 2 S.C.R. 567, at para. 55). And the Crown has not shown this in respect of either breach. The Crown's argument that the provisions only remove one sentencing option fails to explain why circumscribing that one option could not have been better tailored, either with respect to the liberty or equality interests engaged. Like the majority in the court below, I would reject it.

[258] Nor are the provisions' salutary effects proportionate to their deleterious effects. The Crown has led no evidence to suggest that the benefits to incarcerating those offenders who were formerly eligible for a conditional sentence outweighed the costs to their liberty. And the costs to the equality interests of Indigenous peoples are still more profound, since they may include separation from one's community, work or family — harms only exacerbated in the case of young single mothers — while contributing to the continued overrepresentation of Indigenous offenders in prison, with all of its intergenerational fallout.

[259] The state has not met its burden under s. 1.

VI. Conclusion

[260] I conclude that ss. 742.1(c) and 742.1(e)(ii) are unconstitutional. Neither party made submissions on the appropriate remedy, and, in my view, an immediate declaration of invalidity under s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*, as ordered by the majority of the Court of Appeal, was in any event the right outcome. I would therefore dismiss the appeal.

Appeal allowed, KARAKATSANIS, MARTIN, KASIRER *and* JAMAL JJ. *dissenting.*

n'y a pas de « moyen moins attentatoire d'atteindre l'objectif de façon réelle et substantielle » (*Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 CSC 37, [2009] 2 R.C.S. 567, par. 55). Or, la Couronne n'a pas fait cette démonstration en ce qui concerne l'une ou l'autre violation. L'argument de la Couronne suivant lequel les dispositions ne suppriment qu'une des peines possibles n'explique pas pourquoi on n'a pas mieux circonscrit cette peine pour l'adapter aux Autochtones et pour mieux protéger le droit à la liberté et le droit à l'égalité en cause. À l'instar des juges majoritaires de la Cour d'appel, je suis d'avis de rejeter cet argument.

[258] Il n'y a pas non plus de proportionnalité entre les effets bénéfiques des dispositions et leurs effets préjudiciables. La Couronne n'a présenté aucune preuve tendant à démontrer que les avantages de l'incarcération des délinquants qui étaient auparavant admissibles à une peine d'emprisonnement avec sursis l'emportent sur le prix qu'ils paient en perdant leur liberté. Et le prix que les Autochtones doivent payer en ce qui concerne leur droit à l'égalité est encore plus élevé, puisqu'ils risquent d'être séparés de leur communauté, de leur milieu de travail ou de leur famille — des préjudices forcément exacerbés dans le cas des jeunes mères célibataires — et que les dispositions contribuent à perpétuer la surreprésentation des délinquants autochtones dans les prisons, avec toutes les répercussions intergénérationnelles que cela comporte.

[259] L'État ne s'est pas acquitté du fardeau qui lui incombe en application de l'article premier.

VI. Conclusion

[260] Je conclus que l'al. 742.1c) et le sous-al. 742.1e)(ii) sont inconstitutionnels. Aucune des parties n'a présenté d'observations sur la réparation appropriée et, à mon avis, la déclaration immédiate d'invalidité prononcée à la majorité par la Cour d'appel en application du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* était de toute manière la bonne issue. Je suis par conséquent d'avis de rejeter le pourvoi.

Pourvoi accueilli, les juges KARAKATSANIS, MARTIN, KASIRER *et* JAMAL *sont dissidents.*

Solicitor for the appellant: Public Prosecution Service of Canada, Toronto.

Solicitors for the respondent: Stockwoods, Toronto.

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

Solicitor for the intervener the Attorney General of Saskatchewan: Attorney General of Saskatchewan — Ministry of Justice Saskatchewan, Regina.

Solicitor for the intervener the Aboriginal Legal Services Inc.: Aboriginal Legal Services Inc., Toronto.

Solicitors for the intervener the Federation of Sovereign Indigenous Nations: Sunchild Law, Battleford, Sask.

Solicitor for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association: Larochelle Law, Whitehorse.

Solicitors for the intervener the Queen's Prison Law Clinic: Rudnicki & Company, Toronto.

Solicitor for the interveners the HIV & AIDS Legal Clinic Ontario and the HIV Legal Network: HIV & AIDS Legal Clinic Ontario, Toronto.

Solicitors for the intervener the Canadian Bar Association: Peck and Company, Vancouver.

Solicitors for the intervener the Women's Legal Education and Action Fund Inc.: Lombard Law, Saskatoon; Aubrey Charette, Ottawa.

Solicitor for the intervener the Legal Services Board of Nunavut: Nunavut Legal Aid, Iqaluit.

Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario): Promise Holmes Skinner Barrister & Solicitor, Toronto; Daniel Brown Law, Toronto.

Procureur de l'appelant : Service des poursuites pénales du Canada, Toronto.

Procureurs de l'intimée : Stockwoods, Toronto.

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

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan : Attorney General of Saskatchewan — Ministry of Justice Saskatchewan, Regina.

Procureur de l'intervenante Aboriginal Legal Services Inc. : Aboriginal Legal Services Inc., Toronto.

Procureurs de l'intervenante Federation of Sovereign Indigenous Nations : Sunchild Law, Battleford (Sask.).

Procureur de l'intervenante British Columbia Civil Liberties Association : Larochelle Law, Whitehorse.

Procureurs de l'intervenante Queen's Prison Law Clinic : Rudnicki & Company, Toronto.

Procureur des intervenants HIV & AIDS Legal Clinic Ontario et le Réseau juridique VIH : HIV & AIDS Legal Clinic Ontario, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association du Barreau canadien : Peck and Company, Vancouver.

Procureurs de l'intervenant le Fonds d'action et d'éducation juridique pour les femmes : Lombard Law, Saskatoon; Aubrey Charette, Ottawa.

Procureur de l'intervenante Legal Services Board of Nunavut : Nunavut Legal Aid, Iqaluit.

Procureurs de l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario) : Promise Holmes Skinner Barrister & Solicitor, Toronto; Daniel Brown Law, Toronto.

Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Greenspan Humphrey Weinstein, Toronto.

Solicitor for the intervener the Native Women's Association of Canada: Native Women's Association of Canada, Ottawa.

Solicitors for the intervener the David Asper Centre for Constitutional Rights: Goldblatt Partners, Toronto.

Solicitors for the intervener the Ontario Native Women's Association: McCarthy Tétrault, Toronto.

Solicitors for the intervener the Assembly of Manitoba Chiefs: Fox Fraser, Calgary.

Solicitors for the intervener the Canadian Association of Elizabeth Fry Societies: Champ and Associates, Ottawa.

Solicitors for the intervener the John Howard Society of Canada: Polley Faith, Toronto.

Solicitors for the intervener the Criminal Trial Lawyers' Association: Dawson Duckett Garcia & Johnson, Edmonton.

Solicitors for the intervener Association québécoise des avocats et avocates de la défense: Le Groupe Campeau Raymond Inc., Montréal.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : Greenspan Humphrey Weinstein, Toronto.

Procureur de l'intervenante l'Association des femmes autochtones du Canada : Association des femmes autochtones du Canada, Ottawa.

Procureurs de l'intervenant David Asper Centre for Constitutional Rights : Goldblatt Partners, Toronto.

Procureurs de l'intervenante Ontario Native Women's Association : McCarthy Tétrault, Toronto.

Procureurs de l'intervenante Assembly of Manitoba Chiefs : Fox Fraser, Calgary.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des sociétés Elizabeth Fry : Champ and Associates, Ottawa.

Procureurs de l'intervenante la Société John Howard du Canada : Polley Faith, Toronto.

Procureurs de l'intervenante Criminal Trial Lawyers'Association : Dawson Duckett Garcia & Johnson, Edmonton.

Procureurs de l'intervenante l'Association québécoise des avocats et avocates de la défense : Le Groupe Campeau Raymond Inc., Montréal.

His Majesty The King *Appellant*

v.

Richard Doxtator *Respondent*

INDEXED AS: R. *v.* DOXTATOR

2022 SCC 40

File No.: 40063.

2022: November 9.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Charge to jury — Included offences — Accused and co-accused convicted of first degree murder by jury — Accused appealing conviction on basis that failure of trial judge to leave included offences with jury with respect to co-accused undermined his defence and tainted verdict — Majority of Court of Appeal holding that trial judge should have left included offences with jury in case of co-accused and that failure to do so narrowed jury instructions in case of accused and weakened his position — Majority setting aside conviction and ordering new trial — Dissenting judge finding that trial judge's error did not negatively impact accused's charge as trial judge told jury to consider each accused separately and to consider accused before co-accused — Conviction restored.

Cases Cited

Referred to: *R. v. Corbett*, [1988] 1 S.C.R. 670.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (MacPherson, Roberts and Miller JJ.A.), 2022 ONCA 155, 161 O.R. (3d) 81, 78 C.R. (7th) 298, [2022] O.J. No. 794 (QL), 2022 CarswellOnt 1966 (WL), setting aside the conviction of the accused for first degree murder and ordering a new trial. Appeal allowed, Karakatsanis and Rowe JJ. dissenting.

Sa Majesté le Roi *Appelant*

c.

Richard Doxtator *Intimé*

RÉPERTORIÉ : R. *c.* DOXTATOR

2022 CSC 40

N° du greffe : 40063.

2022 : 9 novembre.

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

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

Droit criminel — Exposé au jury — Infractions incluses — Accusé et coaccusée déclarés coupables par un jury de meurtre au premier degré — Appel formé par l'accusé contre la déclaration de culpabilité au motif que l'omission du juge du procès de laisser à l'appréciation du jury les infractions incluses dans le cas de la coaccusée ont miné sa défense et vicié le verdict — Conclusion des juges majoritaires de la Cour d'appel portant que le juge du procès aurait dû laisser les infractions incluses à l'appréciation du jury pour ce qui est de la coaccusée et que l'omission de le faire a restreint les directives données au jury dans le cas de l'accusé et affaibli sa position — Annulation par les juges majoritaires de la déclaration de culpabilité et nouveau procès ordonné — Conclusion du juge dissident portant que l'erreur du juge du procès n'a pas eu d'effet préjudiciable sur l'exposé concernant l'accusé étant donné que le juge du procès a dit au jury de considérer chaque accusé séparément et de juger l'accusé avant la coaccusée — Déclaration de culpabilité rétablie.

Jurisprudence

Arrêt mentionné : *R. c. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges MacPherson, Roberts et Miller), 2022 ONCA 155, 161 O.R. (3d) 81, 78 C.R. (7th) 298, [2022] O.J. No. 794 (QL), 2022 CarswellOnt 1966 (WL), qui a annulé la déclaration de culpabilité pour meurtre au premier degré prononcée contre l'accusé et ordonné un nouveau procès. Pourvoi accueilli, les juges Karakatsanis et Rowe sont dissidents.

Andreea Baiasu, for the appellant.

James Lockyer and *Jessica Zita*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

[1] KASIRER J. — A majority of the Court would allow the appeal. The trial judge's instructions for Mr. Doxtator properly left with the jury the reasonably available verdicts. As MacPherson J.A., dissenting, correctly observed in the Court of Appeal, the trial judge explicitly instructed the jury to consider Mr. Doxtator's case separately from that of the co-accused: 2022 ONCA 155, 161 O.R. (3d) 81. Nothing in the record on appeal permits this Court to depart from the assumption that juries generally follow explicit instructions: see *R. v. Corbett*, [1988] 1 S.C.R. 670, at pp. 692-93. This is sufficient for the appeal to be allowed, to set aside the order for a new trial for the respondent Richard Doxtator and to restore his conviction for first degree murder.

[2] Justices Karakatsanis and Rowe, dissenting, would dismiss the appeal substantially for the reasons of Roberts J.A. in the Court of Appeal.

Judgment accordingly.

Solicitor for the appellant: Ministry of the Attorney General, Crown Law Office — Criminal, Toronto.

Solicitors for the respondent: Lockyer Zaduk Zeeh, Toronto.

Andreea Baiasu, pour l'appelant.

James Lockyer et *Jessica Zita*, pour l'intimé.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

[1] LE JUGE KASIRER — La Cour, à la majorité, est d'avis d'accueillir l'appel. Les directives du juge du procès concernant M. Doxtator ont dûment laissé à l'appréciation du jury les verdicts qui étaient raisonnablement possibles. Comme l'a observé à bon droit en Cour d'appel le juge MacPherson, dissident, le juge du procès a explicitement donné comme directive au jury de considérer le cas de M. Doxtator séparément de celui de la coaccusée: 2022 ONCA 155, 161 O.R. (3d) 81. Rien dans le dossier en appel ne permet à notre Cour de s'écarter du principe selon lequel les jurés suivent généralement les directives explicites : voir *R. c. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670, p. 692-693. Cela est suffisant pour que l'appel soit accueilli, que l'ordonnance sollicitant la tenue d'un nouveau procès pour l'intimé Richard Doxtator soit annulée, et que sa déclaration de culpabilité pour meurtre au premier degré soit rétablie.

[2] Les juges Karakatsanis et Rowe, dissidents, auraient rejeté l'appel essentiellement pour les motifs exposés par le juge Roberts de la Cour d'appel.

Jugement en conséquence.

Procureur de l'appelant : Ministère du Procureur général, Bureau des avocats de la Couronne — Droit criminel, Toronto.

Procureurs de l'intimé : Lockyer Zaduk Zeeh, Toronto.

Peace River Hydro Partners, Acciona Infrastructure Canada Inc., Samsung C&T Canada Ltd., Acciona Infraestructuras S.A. and Samsung C&T Corporation *Appellants*

v.

Petrowest Corporation, Petrowest Civil Services LP by its general partner, Petrowest GP Ltd., carrying on business as RBEE Crushing, Petrowest Construction LP by its general partner Petrowest GP Ltd., carrying on business as Quigley Contracting, Petrowest Services Rentals LP by its general partner Petrowest GP Ltd., carrying on business as Nu-Northern Tractor Rentals, Petrowest GP Ltd., as general partner of Petrowest Civil Services LP, Petrowest Construction LP and Petrowest Services Rentals LP, Trans Carrier Ltd. And Ernst & Young Inc. in its capacity as court-appointed receiver and manager of Petrowest Corporation, Petrowest Civil Services LP, Petrowest Construction LP, Petrowest Services Rentals LP, Petrowest GP Ltd. and Trans Carrier Ltd. *Respondents*

and

Canadian Commercial Arbitration Center, Arbitration Place, Chartered Institute of Arbitrators (Canada) Inc., Insolvency Institute of Canada and Canadian Federation of Independent Business *Interveners*

Peace River Hydro Partners, Acciona Infrastructure Canada Inc., Samsung C&T Canada Ltd., Acciona Infraestructuras S.A. et Samsung C&T Corporation *Appelantes*

c.

Petrowest Corporation, Petrowest Civil Services LP représentée par sa commanditée, Petrowest GP Ltd., faisant affaire sous le nom de RBEE Crushing, Petrowest Construction LP représentée par sa commanditée Petrowest GP Ltd., faisant affaire sous le nom de Quigley Contracting, Petrowest Services Rentals LP représentée par sa commanditée Petrowest GP Ltd., faisant affaire sous le nom de Nu-Northern Tractor Rentals, Petrowest GP Ltd., en sa qualité de commanditée de Petrowest Civil Services LP, Petrowest Construction LP et Petrowest Services Rentals LP, Trans Carrier Ltd. et Ernst & Young Inc. en sa qualité de séquestre et d'administratrice nommée par le tribunal de Petrowest Corporation, Petrowest Civil Services LP, Petrowest Construction LP, Petrowest Services Rentals LP, Petrowest GP Ltd. et Trans Carrier Ltd. *Intimées*

et

Centre canadien d'arbitrage commercial, Arbitration Place, Chartered Institute of Arbitrators (Canada) Inc., Insolvency Institute of Canada et Fédération canadienne de l'entreprise indépendante *Intervenants*

Indexed as: Peace River Hydro Partners *v.* Petrowest Corp.

2022 SCC 41

File No.: 39547.

2022: January 19; 2022: November 10.

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

Bankruptcy and insolvency — Court-ordered receivership — Enforceability of arbitration agreement — Receiver commencing civil action for payment of amounts allegedly owed to debtors under agreements that include mandatory arbitration clauses — Defendants seeking stay of proceedings of receiver's action under provincial arbitration legislation on basis that arbitration clauses govern dispute — Receiver opposing stay and arguing that court authorized to assert centralized judicial control over matter under federal bankruptcy and insolvency legislation — Whether receiver's action should be stayed — Bankruptcy and Insolvency Act, R.S.C. 1985, c. B-3, ss. 183(1), 243(1) — Arbitration Act, R.S.B.C. 1996, c. 55, s. 15.

Peace River is a partnership formed to build a hydroelectric dam in northeastern British Columbia. Peace River subcontracted work to Petrowest, an Alberta-based construction company, and its affiliates. The parties executed several clauses providing that disputes arising from their relationship were to be resolved through arbitration ("Arbitration Agreements"). When Petrowest encountered financial difficulties, the Alberta Court of Queen's Bench granted an order ("Receivership Order"), pursuant to s. 243(1) of the *Bankruptcy and Insolvency Act* ("*BIA*"), appointing a receiver ("Receiver") to manage the assets and property of Petrowest and its affiliates. The Receiver then brought a civil claim against Peace River seeking to collect funds allegedly owed to Petrowest and its affiliates for subcontracted work. Peace River applied under s. 15 of British Columbia's *Arbitration Act* for a stay of proceedings on the ground that the Arbitration Agreements governed the

Répertorié : Peace River Hydro Partners *c.* Petrowest Corp.

2022 CSC 41

N° du greffe : 39547.

2022 : 19 janvier; 2022 : 10 novembre.

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

Faillite et insolvabilité — Mise sous séquestre ordonnée par le tribunal — Caractère exécutoire d'une convention d'arbitrage — Action civile intentée par le séquestre à l'égard du paiement de sommes qui auraient été dues aux débitrices en vertu de conventions comportant des clauses d'arbitrage obligatoires — Défenderesses sollicitant, en vertu de la loi provinciale sur l'arbitrage, la suspension de l'action du séquestre au motif que les clauses d'arbitrage régissent le différend — Opposition à cette demande par le séquestre et argument invoqué par celui-ci selon lequel le tribunal est autorisé à exercer un contrôle judiciaire centralisé sur l'affaire en vertu de la loi fédérale sur la faillite et l'insolvabilité — Y a-t-il lieu de suspendre l'action du séquestre? — Loi sur la faillite et l'insolvabilité, L.R.C. 1985, c. B-3, art. 183(1), 243(1) — Arbitration Act, R.S.B.C. 1996, c. 55, art. 15.

Peace River est une société de personnes qui a été constituée en vue de la construction d'un barrage hydroélectrique dans le Nord-Est de la Colombie-Britannique. Peace River a sous-traité des travaux à Petrowest, une entreprise de construction basée en Alberta, et à ses sociétés affiliées. Les parties ont prévu plusieurs clauses stipulant que les différends découlant de leur relation seraient réglés par voie d'arbitrage (« Conventions d'arbitrage »). Lorsque Petrowest a rencontré des difficultés financières, la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta a prononcé une ordonnance (« Ordonnance de mise sous séquestre ») en vertu du par. 243(1) de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* (« *LFI* »), nommant un séquestre (« Séquestre ») afin qu'il gère les actifs et les biens de Petrowest et de ses sociétés affiliées. Le Séquestre a, par la suite, intenté une poursuite civile contre Peace River tentant de recouvrer des fonds qu'il estimait être dus à Petrowest et à ses sociétés affiliées pour

dispute. The chambers judge dismissed the stay application and the Court of Appeal dismissed Peace River's appeal.

Held: The appeal should be dismissed.

Per Wagner C.J. and Moldaver, Côté, Rowe and Kasirer JJ.: The civil claim brought by the Receiver should be allowed to proceed. Section 15 of the *Arbitration Act* does not require a court, in every case, to stay a civil claim brought by a court-appointed receiver where the claim is subject to a valid arbitration agreement. A court may decline to grant a stay where the arbitration agreement at issue is "void, inoperative or incapable of being performed" within the meaning of s. 15(2). An otherwise valid arbitration agreement may, in some circumstances, be inoperative or incapable of being performed if enforcing it would compromise the integrity of court-ordered receivership proceedings. In the specific circumstances of this case, the chaotic nature of the arbitral proceedings bargained for by the parties would compromise the orderly and efficient resolution of the receivership, to the detriment of affected creditors and contrary to the purpose of the *BIA*. Accordingly, the chambers judge was entitled to refuse to grant a stay.

Competence-competence is a principle that gives precedence to the arbitration process. Generally, arbitrators should be allowed to rule first on their own jurisdiction. The principle is not absolute, however. A court may resolve a challenge to an arbitrator's jurisdiction if the challenge involves pure questions of law or, as in this case, questions of mixed fact and law requiring only superficial consideration of the evidentiary record.

In a dispute governed by an arbitration agreement with an insolvent or bankrupt counterparty, there is a tension between arbitration law and insolvency law as regards the forum in which the dispute is to be resolved. The modern view expressed in Canadian arbitration legislation is that parties should be held to their contractual agreements to arbitrate, consistent with principles of party autonomy and freedom of contract. Generally speaking, judicial intervention in commercial disputes governed by a valid agreement clause should be the exception, not the rule. On the other hand, insolvency proceedings are creatures of statute subject to close judicial oversight. The role of

des travaux en sous-traitance. Peace River a présenté une demande de suspension de l'instance en vertu de l'art. 15 de l'*Arbitration Act* de la Colombie-Britannique au motif que les Conventions d'arbitrage régissaient le différend. La juge en chambre a rejeté la demande de suspension d'instance et la Cour d'appel a rejeté l'appel de Peace River.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

Le juge en chef Wagner et les juges Moldaver, Côté, Rowe et Kasirer : La poursuite civile intentée par le Séquestre devrait pouvoir suivre son cours. L'article 15 de l'*Arbitration Act* n'exige pas, dans tous les cas, que le tribunal suspende une poursuite civile intentée par un séquestre nommé par le tribunal lorsque la réclamation est visée par une convention d'arbitrage valide. Le tribunal peut refuser d'accorder une suspension d'instance lorsque la convention d'arbitrage en cause est « nulle, inopérante ou non susceptible d'être exécutée » au sens du par. 15(2). Une convention d'arbitrage par ailleurs valide peut, dans certaines circonstances, être inopérante ou non susceptible d'être exécutée si le fait de l'exécuter compromettrait l'intégrité d'une procédure de mise sous séquestre ordonnée par le tribunal. Dans les circonstances particulières de l'espèce, la nature chaotique de la procédure arbitrale négociée par les parties compromettrait le règlement ordonné et efficace de la mise sous séquestre, au détriment des créanciers touchés et contrairement aux objectifs visés par la *LFI*. La juge en chambre pouvait donc refuser de suspendre l'instance.

Le principe de compétence-compétence donne préséance au processus arbitral. De façon générale, l'arbitre devrait pouvoir se prononcer en premier lieu sur sa propre compétence. Le principe n'est toutefois pas absolu. Un tribunal peut trancher une contestation de la compétence d'un arbitre si la contestation repose uniquement sur des questions de droit ou, comme en l'espèce, repose sur des questions mixtes de fait et de droit qui ne requièrent qu'un examen superficiel de la preuve documentaire.

Dans un différend régi par une convention d'arbitrage avec une partie cocontractante insolvable ou en faillite, il existe une tension entre le droit de l'arbitrage et le droit de l'insolvabilité quant à l'instance devant laquelle lequel le différend doit être réglé. Selon la conception moderne exprimée dans la législation canadienne en matière d'arbitrage, les parties sont tenues de respecter leurs conventions d'arbitrage, conformément aux principes de l'autonomie des parties et de la liberté contractuelle. De façon générale, l'intervention des tribunaux dans les différends commerciaux régis par une clause d'arbitrage valide devrait être l'exception, et non la règle. Par ailleurs, les procédures

courts in ensuring the equitable and orderly resolution of insolvency disputes is reflected in the single proceeding model, which favours the enforcement of stakeholder rights through a centralized judicial process. Section 183(1) of the *BIA* confers a broad scope of authority on superior courts to deal with most bankruptcy disputes. Court-ordered receiverships under s. 243 of the *BIA* are one available tool for enhancing the judicial oversight and flexibility underlying Canadian insolvency law, whereby receivers may take various actions to preserve the debtor's assets for the benefit of all creditors. While a court order under s. 243 of the *BIA* gives a receiver wide-ranging powers, the receiver remains under a fiduciary duty to act honestly and in the best interests of all interested parties.

Notwithstanding these differences, arbitration law and insolvency law have much in common. Each prioritizes efficiency and expediency; procedural flexibility is a hallmark of both arbitration and insolvency law; and both often rely on specialized decision makers to achieve their respective objectives. In many cases, these shared interests will converge through arbitration, and parties should be held to their agreement to arbitrate notwithstanding ongoing insolvency proceedings. Valid arbitration agreements are generally to be respected. The presumption in favour of arbitral jurisdiction is supported by the Court's longstanding jurisprudence, the pro-arbitration stance adopted in provincial and territorial legislation nationwide, and the foundational principle that contracting parties are free to structure their affairs as they see fit. However, in certain insolvency matters, it may be necessary to preclude arbitration in favour of a centralized judicial process, when arbitration would compromise the orderly and efficient conduct of a court-ordered receivership. In such a scenario, a court may assert control over the proceedings, both to ensure the timely resolution of the parties' dispute and to protect the orderly restructuring or dissolution of the debtor and the equal treatment of its creditors.

The exercise required to determine if a stay of proceedings should be granted in favour of arbitration is highly factual. It requires the court to review the statutory regimes and arbitration agreements in play, having regard to the principles of party autonomy and freedom of contract and to the policy imperatives underpinning bankruptcy and insolvency law. To guide this exercise, a two-part

d'insolvabilité sont d'origine législative et soumises à une surveillance judiciaire étroite. Le rôle que jouent les tribunaux dans le règlement équitable et ordonné des différends en matière d'insolvabilité se reflète dans le modèle de la procédure unique, lequel favorise la protection des droits des parties prenantes dans le cadre d'un processus judiciaire centralisé. Le paragraphe 183(1) de la *LFI* confère une vaste compétence aux cours supérieures pour trancher la plupart des litiges en matière de faillite. La mise sous séquestre ordonnée par le tribunal en vertu de l'art. 243 de la *LFI* est l'un des outils disponibles pour accroître la surveillance et la souplesse judiciaires qui sous-tendent le droit de l'insolvabilité au Canada, au moyen duquel le séquestre peut prendre diverses mesures pour protéger l'actif du débiteur au profit de tous les créanciers. Bien qu'une ordonnance judiciaire fondée sur l'art. 243 de la *LFI* confère au séquestre de vastes pouvoirs, celui-ci a néanmoins une obligation fiduciaire d'agir avec intégrité et aux mieux des intérêts de toutes les parties intéressées.

Malgré ces différences, le droit de l'arbitrage et le droit de l'insolvabilité ont plusieurs points en commun. Ils priorisent tous deux l'efficacité et la célérité; la souplesse procédurale est une de leur caractéristique commune; et tous deux comptent souvent sur des décideurs spécialisés pour atteindre leurs objectifs respectifs. Bien souvent, ces intérêts communs convergeront grâce à l'arbitrage, et les parties devraient être tenues de respecter leur convention d'arbitrage, malgré une procédure d'insolvabilité en cours. Les conventions d'arbitrage valides doivent généralement être respectées. La présomption en faveur de la compétence arbitrale trouve appui dans la jurisprudence de longue date de la Cour, la position favorable à l'arbitrage adoptée dans les lois provinciales et territoriales partout au pays ainsi que le principe fondamental selon lequel les parties contractantes sont libres de structurer leurs affaires comme bon leur semble. Cependant, dans certaines affaires d'insolvabilité, il peut s'avérer nécessaire d'écarter l'arbitrage en faveur d'un processus judiciaire centralisé, lorsque l'arbitrage compromettrait le déroulement ordonné et efficace d'une mise sous séquestre ordonnée par le tribunal. Dans un tel cas, le tribunal peut exercer un contrôle sur la procédure, tant pour veiller au règlement rapide du différend entre les parties que pour protéger la restructuration ou la liquidation ordonnées du débiteur et le traitement égal de ses créanciers.

L'exercice requis afin de déterminer si une suspension d'instance en faveur de l'arbitrage devrait être accordée est hautement factuel. Il oblige le tribunal à examiner les régimes législatifs et les conventions d'arbitrage en cause en tenant compte des principes de l'autonomie des parties et de la liberté contractuelle ainsi que des choix de politique générale sous-tendant le droit de la faillite et de

framework, implicit in provincial arbitration legislation across the country and mirrored in s. 15(1) and (2) of the *Arbitration Act*, applies. The two general components of this framework are: (1) the technical prerequisites for a mandatory stay of court proceedings; and (2) the statutory exceptions to a mandatory stay of court proceedings. These components ought to remain analytically distinct because the burden of proof shifts between them. The applicant for a stay in favour of arbitration must establish the technical prerequisites. If the applicant discharges this burden, under the second component, the party seeking to avoid arbitration must show that a statutory exception applies.

The first component, technical prerequisites, is concerned with whether the arbitration agreement at issue engages the mandatory stay provision in the applicable provincial arbitration statute. Considerations at this stage may differ depending on the jurisdiction and the nature of the arbitration, i.e. whether it relates to domestic or international arbitration. There are typically four technical prerequisites: an arbitration agreement exists; court proceedings have been commenced by a party to the arbitration agreement; the court proceedings are in respect of a matter that the parties agreed to submit to arbitration; and the party applying for a stay does so before taking any step in the court proceedings. The applicant must only establish an arguable case that these prerequisites are met.

For the purposes of the technical prerequisites set out in s. 15(1) of the *Arbitration Act*, a court-appointed receiver may be a party to the debtor's pre-receivership arbitration agreement through the operation of ordinary contract law. First, it is well established that an entity connected with a signatory to a contract may become bound as a party by operation of law; for example, subsidiaries, assignees, trustees and others claiming through or under the named party. There is no principled reason why this should not apply to a court-appointed receiver claiming through a debtor under a contract containing an arbitration agreement. It would violate basic principles of contract law to permit a receiver to enforce a contract on the debtor's behalf while avoiding the burdens, including the obligations to arbitrate contractual disputes. Nor does a receiver's duty as an officer of the court preclude it from being considered a party to an arbitration agreement within the meaning of s. 15(1). To the contrary, a receiver owes a fiduciary duty to all interested parties involving the debtor's assets,

l'insolvabilité. Pour guider cet exercice, un cadre d'analyse en deux volets, implicite dans les lois provinciales en matière d'arbitrage partout au pays et se reflétant dans les par. 15(1) et (2) de l'*Arbitration Act*, s'applique. Les deux volets généraux de ce cadre d'analyse sont : (1) les conditions préliminaires à la suspension obligatoire d'une instance judiciaire; et (2) les exceptions statutaires à la suspension obligatoire d'une instance judiciaire. Ces volets doivent demeurer distincts sur le plan analytique, car il y a inversion du fardeau de la preuve entre les deux. La partie qui requiert la suspension d'une instance en faveur de l'arbitrage doit établir que les conditions préliminaires sont remplies. Si le requérant s'acquitte de ce fardeau, la partie qui cherche à se soustraire à l'arbitrage doit, sous le second volet, démontrer qu'une exception prévue par la loi s'applique.

Le premier volet, soit les conditions préliminaires, porte sur la question de savoir si la convention d'arbitrage en cause fait intervenir la disposition relative à la suspension obligatoire figurant dans la loi provinciale applicable en matière d'arbitrage. À cette étape, les considérations peuvent différer selon la loi provinciale et la nature de l'arbitrage, c.-à-d. selon qu'elle porte sur l'arbitrage national ou international. En règle générale, il y a quatre conditions préliminaires : l'existence d'une convention d'arbitrage; une partie à la convention d'arbitrage a intenté une procédure judiciaire; l'instance porte sur une question que les parties ont convenu de soumettre à l'arbitrage; et la partie qui demande une suspension d'instance le fait avant d'agir dans l'instance. Le demandeur doit uniquement établir sur le fondement d'une cause défendable que ces conditions préliminaires sont remplies.

Pour ce qui est des conditions préliminaires énoncées au par. 15(1) de l'*Arbitration Act*, le séquestre nommé par le tribunal peut, par l'effet du droit commun des contrats, être une partie à la convention d'arbitrage conclue par le débiteur avant la mise sous séquestre. Premièrement, il est bien établi qu'une entité ayant des liens avec une partie signataire d'un contrat peut devenir liée en tant que partie par l'effet de la loi; ces entités peuvent être, par exemple, des filiales, des cessionnaires, des syndics et d'autres entités qui font une réclamation par l'entremise ou au nom de la partie nommée. Il n'y a aucune raison de principe pour laquelle cela ne devrait pas s'appliquer au séquestre nommé par le tribunal qui fait une réclamation par l'entremise du débiteur en vertu d'un contrat comportant une convention d'arbitrage. Il serait contraire aux principes fondamentaux du droit des contrats de permettre au séquestre d'exécuter un contrat au nom du débiteur tout en évitant les obligations qui en découlent, notamment celles de soumettre les différends contractuels à l'arbitrage.

property, and undertakings, and may not arbitrarily break contracts entered into by the debtor with third parties prior to the receivership. Second, s. 15(1) does not expressly preclude non-signatories like receivers from being considered parties. Where legislation does not fully address a matter, courts may look to the common law to interpret the statutory language. It is a foundational contractual doctrine that all non-signatories to a contract may claim only through or under a signatory upon stepping into its contractual shoes. Nothing in the legislative record or text of the *Arbitration Act* indicates that the legislature intended to change or displace the common law. Third, effectively preventing arbitration as soon as one of the contracting parties entered receivership would subvert the core arbitral principles of party autonomy, limited court intervention, and competence-competence.

La fonction d'officier de justice qu'occupe le séquestre ne l'empêche pas non plus d'être considéré comme une partie à une convention d'arbitrage au sens du par. 15(1). Au contraire, le séquestre a une obligation fiduciaire envers toutes les parties intéressées à l'égard des actifs, des biens et de l'entreprise du débiteur, et il ne peut pas rompre arbitrairement des contrats conclus par le débiteur avec des tiers avant la mise sous séquestre. Deuxièmement, le par. 15(1) n'empêche pas expressément les non-signataires comme les séquestres d'être considérés comme des parties. Lorsqu'une loi ne traite pas entièrement d'une question, les tribunaux peuvent se tourner vers la common law pour interpréter son contenu. Selon un principe fondamental en matière contractuelle, tous les non-signataires d'un contrat peuvent faire une réclamation uniquement par l'entremise ou au nom d'un signataire lorsqu'ils succèdent au débiteur sur le plan contractuel. Rien dans le dossier législatif ou le texte de l'*Arbitration Act* n'indique que le législateur a voulu modifier ou écarter la common law. Troisièmement, le fait d'empêcher l'arbitrage aussitôt que l'une des parties contractantes est mise sous séquestre ébranlerait les pierres angulaires de l'arbitrage que sont l'autonomie des parties, l'intervention limitée des tribunaux et le principe de compétence-compétence.

As for determining whether the party applying for a stay took a step in the proceedings, this requires an objective approach. The court must ask itself whether, on the facts, the party should be held to have impliedly affirmed the correctness of the proceedings and its willingness to go along with a determination by a court of law instead of arbitration. Undertaking to file a defence does not constitute a step in the proceedings, nor does requesting an extension of time to file a defence. In the context of s. 15(1), the very purpose of such a request is to decide whether or not to take a step, and there is no election to proceed with the action.

Pour déterminer si la partie qui demande une suspension de l'instance a agi dans celle-ci, il faut adopter une approche objective. Le tribunal doit se demander si, eu égard aux faits, la partie devrait être considérée comme ayant implicitement confirmé le bien-fondé de l'instance et sa volonté d'accepter le jugement d'une cour de justice plutôt que celui d'un arbitre. Le fait de s'être engagé à produire une défense ne revient pas à avoir agi dans l'instance; il en va de même pour la demande de prorogation de délai pour produire une défense. Dans le contexte du par. 15(1), l'objectif même d'une telle demande est de décider s'il convient ou non d'agir; il n'y a pas de choix en vue de poursuivre l'action.

At the second stage of the analysis, the key question is whether, on a balance of probabilities, one or more of the statutory exceptions set out in the applicable provincial arbitration statute apply. If not, the court must grant a stay. A court should dismiss a stay application on the basis of a statutory exception only in a clear case. One such exception, set out in s. 15(2) of the *Arbitration Act*, is when the arbitration clause is "void, inoperative or incapable of being performed". A court-appointed receiver cannot unilaterally disclaim an arbitration agreement, thereby rendering it void, inoperative or incapable of being performed. Section 15(2) should be interpreted narrowly to prevent parties from avoiding arbitration in favour of what they view as a preferable procedure. Allowing a receiver

Sous le second volet de l'analyse, la question clé est de savoir si, suivant la prépondérance des probabilités, une ou plusieurs des exceptions prévues par la loi provinciale applicable en matière d'arbitrage s'appliquent. Dans la négative, le tribunal doit suspendre l'instance. Celui-ci ne devrait rejeter une demande de suspension d'instance sur le fondement d'une exception prévue par la loi que dans un cas manifeste. Un de ces exceptions, énoncée au par. 15(2) de l'*Arbitration Act*, est le cas où la clause d'arbitrage est « nulle, inopérante ou non susceptible d'être exécutée ». Le séquestre nommé par le tribunal ne peut pas renoncer unilatéralement à une convention d'arbitrage, la rendant ainsi nulle, inopérante ou non susceptible d'être exécutée. Le paragraphe 15(2) devrait être interprété de façon restrictive

to avoid arbitration by unilaterally disclaiming a debtor's pre-existing arbitration agreement conflicts with the text and intent of s. 15 and diminishes the presumptive enforceability and predictability of arbitration agreements. As s. 15(2) makes plain, the sole basis upon which a party may sue to enforce a contract and yet avoid the obligation to arbitrate is that the arbitration agreement has been found by a court to be void, inoperative, or incapable of being performed. Preferably, court-appointed receivers should seek such a judicial determination by bringing a motion for directions in the supervising court. However, when a receiver initiates court proceedings without prior judicial approval, the court must decide whether to decline to enforce the agreement under s. 15 of the *Arbitration Act*.

Section 15(2) gives a court the power to refuse a stay by finding that an arbitration agreement has become inoperative or incapable of being performed because of court-ordered receivership proceedings where arbitration would compromise the orderly and efficient resolution of a receivership. There is no conflict between the provincial *Arbitration Act* and the federal *BIA* giving rise to paramountcy concerns. In the typical case, the purposes of the *Arbitration Act* will be served by holding the parties to their agreement to arbitrate through a narrow interpretation of the words "void", "inoperative" and "incapable of being performed". An arbitration agreement will be considered "void" only in the rare circumstances where it is intrinsically defective according to the usual rules of contract law, including when it is undermined by fraud, undue influence, unconscionability, duress, mistake, or misrepresentation. The term "inoperative" has no universal common law definition. Possible reasons for finding an arbitration agreement inoperative include frustration, discharge by breach, waiver, or a subsequent agreement between the parties. The party seeking to avoid arbitration bears the heavy onus of showing that the exception for an inoperative arbitration agreement applies. The making of a winding-up order or a receivership order may be grounds to find an arbitration agreement inoperative. However, the term inoperative may not always cover scenarios where a court-appointed creditor representative initiates court proceedings on behalf of a debtor. This is because insolvency law generally stays legal claims brought against a debtor while permitting claims brought on its behalf to proceed. An arbitration agreement is "incapable of being performed" where the arbitral process cannot effectively

pour empêcher les parties d'éviter l'arbitrage en faveur de ce qu'elles considèrent comme une meilleure procédure. Permettre à un séquestre d'éviter l'arbitrage en renonçant unilatéralement à la convention d'arbitrage préexistante du débiteur est incompatible avec le libellé et l'objet de l'art. 15. Qui plus est, un tel résultat aurait pour effet de diminuer le caractère exécutoire présumé et la prévisibilité des conventions d'arbitrage. Comme l'indique clairement le par. 15(2), une partie ne peut intenter une poursuite en vue de faire exécuter un contrat et échapper à l'obligation d'arbitrage que si un tribunal conclut que la convention d'arbitrage est nulle, inopérante ou non susceptible d'être exécutée. Il serait préférable que les séquestres nommés par le tribunal sollicitent une telle décision judiciaire en présentant une requête pour directives devant le tribunal de surveillance. Cependant, lorsque le séquestre intente une action sans autorisation judiciaire préalable, le tribunal doit décider s'il doit refuser d'exécuter la convention en application de l'art. 15 de l'*Arbitration Act*.

Le paragraphe 15(2) confère au tribunal le pouvoir de refuser la suspension d'instance en concluant que la convention d'arbitrage est devenue inopérante ou non susceptible d'être exécutée en raison d'une procédure de mise sous séquestre ordonnée par le tribunal lorsque l'arbitrage compromettrait le règlement ordonné et efficace de la mise sous séquestre. Il n'existe aucun conflit entre l'*Arbitration Act* provinciale et la *LFI* fédérale soulevant des questions de prépondérance fédérale. En règle générale, les objectifs de l'*Arbitration Act* seront servis en obligeant les parties à respecter leur convention d'arbitrage au moyen d'une interprétation restrictive des termes « nulle », « inopérante » et « non susceptible d'être exécutée ». Une convention d'arbitrage ne sera considérée « nulle » que dans les rares circonstances où elle est intrinsèquement défectueuse conformément aux règles habituelles du droit des contrats, notamment lorsqu'elle est minée par la fraude, l'abus d'influence, l'iniquité, la contrainte, l'erreur ou la fausse représentation. Le terme « inopérante » n'a aucune définition universelle en common law. Parmi les raisons permettant de conclure qu'une convention d'arbitrage est inopérante figurent l'inexécutabilité, la rupture pour cause d'inexécution, la renonciation ou une entente ultérieure entre les parties. La partie qui cherche à échapper à l'arbitrage porte le lourd fardeau de démontrer que l'exception relative à une convention d'arbitrage inopérante s'applique. On peut conclure qu'une convention d'arbitrage est inopérante au motif qu'une ordonnance de mise en liquidation ou de mise sous séquestre a été rendue. Cependant, il se peut que le terme inopérante ne vise pas toujours les cas où un représentant des créanciers nommé par le tribunal introduit une procédure judiciaire au nom d'un débiteur. Il en est

be set into motion because of a physical or legal impediment beyond the parties' control. Physical impediments may include inconsistencies, inherent contradictions, or vagueness in the arbitration agreement that cannot be remedied by interpretation or other contractual techniques; the non-availability of the arbitrator specified in the agreement; the dissolution or non-existence of the chosen arbitration institution; or political or other circumstances at the seat of arbitration rendering arbitration impossible. Legal impediments include express legislative overrides of the parties' agreement to arbitrate.

There is statutory jurisdiction arising from ss. 183(1) and 243(1)(c) of the *BIA* for a court to hold that an arbitration agreement is inoperative in the receivership context. It is therefore unnecessary for courts to resort to inherent jurisdiction, which is to be considered only after statutory jurisdiction is determined to be unavailable. The *BIA* is remedial legislation that is intended, in part, to provide for an orderly and efficient distribution of a bankrupt's funds to various creditors. As such, it is to be given a liberal interpretation in order to facilitate its objectives. Section 183(1) of the *BIA* confirms that superior courts have jurisdiction in bankruptcy and insolvency matters which may be exercised concurrently with their jurisdiction in ordinary civil matters. Further, under s. 243(1)(c) of the *BIA*, a court may appoint a receiver to, among other things, take any action that the court considers advisable, if the court considers it just or convenient to do so. This very expansive wording has been interpreted as giving judges the broadest possible mandate in insolvency proceedings to enable them to react to any circumstances that may arise in relation to court-ordered receiverships. Section 243(1)(c) thus permits a court to do not only what justice dictates but what practicality demands. Practicality demands that a court have the ability, in limited circumstances, to decline to enforce an arbitration agreement following a commercial insolvency. Factors that may be relevant in determining whether an arbitration agreement is inoperative under s. 15(2) include: (a) the effect of arbitration on the integrity of the insolvency proceedings; (b) the relative prejudice to the parties to the arbitration agreement and the debtor's stakeholders; (c) the urgency of resolving the dispute; (d) the effect of a stay of proceedings arising from the bankruptcy or insolvency proceedings; and (e) any other

ainsi parce que, généralement, en droit de l'insolvabilité, les réclamations en justice présentées contre un débiteur sont suspendues, alors que les réclamations présentées en son nom peuvent se poursuivre. Une convention d'arbitrage est « non susceptible d'être exécutée » lorsque le processus arbitral ne peut être efficacement mis en œuvre en raison d'un obstacle physique ou juridique indépendant de la volonté des parties. Les obstacles physiques peuvent inclure des incohérences, des contradictions inhérentes ou des imprécisions dans la convention d'arbitrage auxquelles l'interprétation ou d'autres techniques contractuelles ne peuvent remédier; la non-disponibilité de l'arbitre désigné dans la convention; la dissolution ou l'inexistence de l'institution d'arbitrage choisie; ou des circonstances politiques ou autres au siège de l'arbitrage qui rendent l'arbitrage impossible. Les obstacles juridiques comprennent des dérogations législatives expresses à la convention d'arbitrage des parties.

Le paragraphe 183(1) et l'al. 243(1)c) de la *LFI* confèrent au tribunal le pouvoir de déclarer inopérante une convention d'arbitrage dans le contexte d'une mise sous séquestre. Il n'est donc pas nécessaire pour le tribunal d'examiner la compétence inhérente dont il est investi, laquelle ne doit être envisagée qu'après avoir déterminé que les pouvoirs conférés par la loi ne peuvent être invoqués. La *LFI* est une loi réparatrice qui vise, en partie, à assurer la distribution ordonnée et efficace des actifs du failli aux divers créanciers. Ainsi, il faut l'interpréter de façon libérale pour favoriser l'atteinte de ses objectifs. Le paragraphe 183(1) de la *LFI* confirme que les cours supérieures ont juridiction en matière de faillite et d'insolvabilité et que cette juridiction peut être exercée de manière concurrente à celle qu'elles possèdent en matière civile ordinaire. De plus, en vertu de l'al. 243(1)c) de la *LFI*, le tribunal peut, s'il est convaincu que cela est juste ou opportun, nommer un séquestre qu'il habilite, entre autres, à prendre toute mesure qu'il estime indiquée. Ce libellé très large a été interprété comme conférant aux juges le mandat le plus vaste possible dans le cadre des procédures d'insolvabilité afin de leur permettre de réagir à toute circonstance susceptible de se produire dans le contexte de mises sous séquestre ordonnées par le tribunal. L'alinéa 243(1)c) permet donc au tribunal de faire non seulement ce que la justice commande, mais également ce que les considérations pratiques exigent. De telles considérations exigent que, dans certaines circonstances particulières, le tribunal ait la capacité de refuser l'exécution d'une convention d'arbitrage dans le contexte d'une insolvabilité commerciale. Les facteurs susceptibles d'être pertinents lorsqu'il s'agit de déterminer si une convention d'arbitrage est inopérante aux termes du par. 15(2) comprennent : a) l'effet de l'arbitrage sur l'intégrité de la

factors the court considers material in the circumstances. Each factor may carry more or less weight depending on the circumstances of the case.

In the instant case, the technical prerequisites set out in s. 15(1) of the *Arbitration Act* are met. The impugned civil proceedings are in respect of a contractual dispute covered by valid arbitration agreements. In addition, Peace River has established an arguable case that the Receiver is a party to the Arbitration Agreements and Peace River has not taken a step in the proceedings. As s. 15 is engaged, a stay in favour of arbitration must be granted unless the Arbitration Agreements are found to be void, inoperative or incapable of being performed under s. 15(2). The Receiver has established that the Arbitration Agreements are inoperative. The multiple arbitral processes contemplated in the Arbitration Agreements would compromise the orderly and efficient resolution of the receivership, contrary to the objectives of the *BIA*. While recognizing the importance of party autonomy and freedom of contract, referral to arbitration in the unique circumstances of the instant case would jeopardize the Receiver's ability to maximize recovery for the creditors and to allow Petrowest and its affiliates to move forward with certainty.

Per Karakatsanis, Brown, Martin and Jamal JJ.: There is agreement that the appeal should be dismissed as the Arbitration Agreements are inoperative under s. 15(2) of the *Arbitration Act*. However, there is disagreement as to the primary basis for finding the Arbitration Agreements to be inoperative. The analysis should start with the terms of the Receivership Order itself. By suing in court as authorized under the Receivership Order, the Receiver disclaimed the Arbitration Agreements and they were thereby rendered inoperative.

The Receivership Order authorized the Receiver to receive and collect all monies and accounts owed or owing to Petrowest; to exercise all remedies of Petrowest in collecting such monies; to initiate, prosecute, and continue the prosecution of any and all proceedings with respect to Petrowest's property, assets, and undertakings, including all proceeds thereof; and to cease to perform any contracts of Petrowest. An arbitration agreement is a contractual right of a party to have a claim referred to arbitration to

procédure d'insolvabilité; b) le préjudice relatif pour les parties à la convention d'arbitrage et les parties prenantes du débiteur; c) l'urgence de régler le différend; d) l'effet d'une suspension d'instance découlant de la procédure de faillite ou d'insolvabilité; et e) tout autre facteur que le tribunal estime significatif dans les circonstances. Chacun de ces facteurs peut avoir plus ou moins de poids selon les circonstances de l'affaire.

En l'espèce, les conditions préliminaires énoncées au par. 15(1) de l'*Arbitration Act* sont remplies. L'instance civile contestée porte sur un différend contractuel visé par des conventions d'arbitrage valides. En outre, Peace River a établi sur le fondement d'une cause défendable que le Séquestre est une partie aux Conventions d'arbitrage et que Peace River n'a pas agi dans l'instance. Comme l'art. 15 entre en jeu, il faut suspendre l'instance en faveur de l'arbitrage sauf s'il est conclu que les Conventions d'arbitrage sont nulles, inopérantes ou non susceptibles d'être exécutées aux termes du par. 15(2). Le Séquestre a établi que les Conventions d'arbitrage sont inopérantes. Les nombreux processus arbitraux prévus dans les Conventions d'arbitrage compromettraient le règlement ordonné et efficace de la mise sous séquestre, contrairement aux objectifs visés par la *LFI*. Bien que l'importance de l'autonomie des parties et de la liberté contractuelle soit reconnue, un renvoi à l'arbitrage dans les circonstances particulières de l'espèce mettrait en péril la capacité du Séquestre de maximiser le recouvrement au profit des créanciers et de permettre à Petrowest et à ses sociétés affiliées de poursuivre leurs activités avec certitude.

Les juges Karakatsanis, Brown, Martin et Jamal : Il y a accord sur le fait que le pourvoi devrait être rejeté au motif que les Conventions d'arbitrage sont inopérantes en vertu du par. 15(2) de l'*Arbitration Act*. Cependant, il y a désaccord quant au fondement principal de la conclusion selon laquelle les Conventions d'arbitrage sont inopérantes. L'analyse devrait partir des conditions de l'Ordonnance de mise sous séquestre elle-même. En intentant une poursuite en justice comme le lui permettait l'Ordonnance de mise sous séquestre, le Séquestre a renoncé aux Conventions d'arbitrage, lesquelles ont ainsi été rendues inopérantes.

L'Ordonnance de mise sous séquestre habilitait le Séquestre à recevoir et à recouvrer toute somme et créance dues à Petrowest; à exercer tous les recours dont dispose Petrowest pour recouvrer ces sommes; à intenter, à poursuivre et à continuer toute procédure en ce qui a trait aux biens, actifs et entreprises de Petrowest, y compris tout leur produit; et à cesser d'exécuter tout contrat de Petrowest. Une convention d'arbitrage est un droit contractuel dont dispose une partie de voir une réclamation renvoyée à

the exclusion of the courts and thus could be disclaimed pursuant to the Receivership Order. The combined effect of these terms authorized the Receiver to disclaim the Arbitration Agreements and to sue in court for amounts owing to Petrowest. The terms of the Receivership Order authorized the Receiver to sue, either in court or before an arbitrator, at the Receiver's election, based on what will best promote the orderly and efficient resolution of the receivership under the *BIA*. The legal effect of the Receiver suing in court and not before an arbitrator was undoubtedly to disclaim reliance on the Arbitration Agreements.

There is agreement with the majority that to the extent that the Receivership Order did not authorize the Receiver to sue in court, the *BIA* provided a statutory basis for the chambers judge to declare the Arbitration Agreements inoperative and to dismiss the stay application. Requiring arbitration of the Receiver's collection action would compromise the orderly and efficient resolution of the receivership.

Cases Cited

By Côté J.

Referred to: *Commonwealth Insurance Co. v. Larc Developments Ltd.*, 2010 BCCA 18, 315 D.L.R. (4th) 242; *Ontario v. Criminal Lawyers' Association of Ontario*, 2013 SCC 43, [2013] 3 S.C.R. 3; *Residential Warranty Co. of Canada Inc. (Re)*, 2006 ABCA 293, 275 D.L.R. (4th) 498; *United Used Auto & Truck Parts Ltd., Re*, 2000 BCCA 146, 16 C.B.R. (4th) 141; *Harbour Assurance Co. (U.K.) Ltd. v. Kansa General International Insurance Co. Ltd.*, [1993] 3 W.L.R. 42; *Uber Technologies Inc. v. Heller*, 2020 SCC 16, [2020] 2 S.C.R. 118; *Dell Computer Corp. v. Union des consommateurs*, 2007 SCC 34, [2007] 2 S.C.R. 801; *TELUS Communications Inc. v. Wellman*, 2019 SCC 19, [2019] 2 S.C.R. 144; *Seidel v. TELUS Communications Inc.*, 2011 SCC 15, [2011] 1 S.C.R. 531; *Rogers Wireless Inc. v. Muroff*, 2007 SCC 35, [2007] 2 S.C.R. 921; *In re U.S. Lines, Inc.*, 197 F.3d 631 (1999); *Societe Nationale Algerienne v. Distrigas Corp.*, 80 B.R. 606 (1987); *Astoria Medical Group v. Health Insurance Plan of Greater New York*, 182 N.E.2d 85 (1962); *Hofer v. Hofer*, [1970] S.C.R. 958; *Century Services Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2010 SCC 60, [2010] 3 S.C.R. 379; *Sam Lévy & Associés Inc. v. Azco Mining Inc.*, 2001 SCC 92, [2001] 3 S.C.R. 978; *Stewart v. LePage* (1916), 53 S.C.R. 337; *Ostrander*

l'arbitrage, et non devant les tribunaux; il était donc possible d'y renoncer en vertu de l'Ordonnance de mise sous séquestre. L'effet combiné de ces conditions autorisait le Séquestre à renoncer aux Conventions d'arbitrage et à engager une poursuite en justice à l'égard des sommes dues à Petrowest. Suivant les conditions de l'Ordonnance de mise sous séquestre, le Séquestre pouvait, à son choix, intenter une procédure, soit devant les tribunaux soit devant un arbitre, en se fondant sur ce qui favoriserait le mieux le règlement ordonné et efficace de la mise sous séquestre sous le régime de la *LFI*. La procédure intentée par le Séquestre devant les tribunaux, et non devant un arbitre, a sans aucun doute eu pour effet juridique d'entraîner une renonciation à se fonder sur les Conventions d'arbitrage.

Il y a accord avec les juges majoritaires pour dire que, dans la mesure où l'Ordonnance de mise sous séquestre n'autorisait pas le Séquestre à intenter une poursuite en justice, la *LFI* a fourni un fondement législatif qui permettait à la juge en chambre de déclarer inopérantes les Conventions d'arbitrage et de rejeter la demande de suspension d'instance. Le fait d'exiger que la mesure de recouvrement prise par le Séquestre soit soumise à l'arbitrage compromettrait le règlement ordonné et efficace de la mise sous séquestre.

Jurisprudence

Citée par la juge Côté

Arrêts mentionnés : *Commonwealth Insurance Co. c. Larc Developments Ltd.*, 2010 BCCA 18, 315 D.L.R. (4th) 242; *Ontario c. Criminal Lawyers' Association of Ontario*, 2013 CSC 43, [2013] 3 R.C.S. 3; *Residential Warranty Co. of Canada Inc. (Re)*, 2006 ABCA 293, 275 D.L.R. (4th) 498; *United Used Auto & Truck Parts Ltd., Re*, 2000 BCCA 146, 16 C.B.R. (4th) 141; *Harbour Assurance Co. (U.K.) Ltd. c. Kansa General International Insurance Co. Ltd.*, [1993] 3 W.L.R. 42; *Uber Technologies Inc. c. Heller*, 2020 CSC 16, [2020] 2 R.C.S. 118; *Dell Computer Corp. c. Union des consommateurs*, 2007 CSC 34, [2007] 2 R.C.S. 801; *TELUS Communications Inc. c. Wellman*, 2019 CSC 19, [2019] 2 R.C.S. 144; *Seidel c. TELUS Communications Inc.*, 2011 CSC 15, [2011] 1 R.C.S. 531; *Rogers Sans-fil inc. c. Muroff*, 2007 CSC 35, [2007] 2 R.C.S. 921; *In re U.S. Lines, Inc.*, 197 F.3d 631 (1999); *Societe Nationale Algerienne c. Distrigas Corp.*, 80 B.R. 606 (1987); *Astoria Medical Group c. Health Insurance Plan of Greater New York*, 182 N.E.2d 85 (1962); *Hofer c. Hofer*, [1970] R.C.S. 958; *Century Services Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2010 CSC 60, [2010] 3 R.C.S. 379; *Sam Lévy & Associés Inc. c. Azco Mining Inc.*, 2001 CSC 92, [2001] 3 R.C.S. 978; *Stewart c. LePage* (1916), 53 R.C.S.

v. Niagara Helicopters Ltd. (1973), 1 O.R. (2d) 281; *Parsons v. Sovereign Bank of Canada*, [1913] A.C. 160; *Hayes Forest Services Ltd. v. Weyerhaeuser Co.*, 2008 BCCA 31, 289 D.L.R. (4th) 230; *Rosenberg v. Minster*, 2014 ONSC 845, 119 O.R. (3d) 27; *Alberta (Attorney General) v. Moloney*, 2015 SCC 51, [2015] 3 S.C.R. 327; *Husky Oil Operations Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1995] 3 S.C.R. 453; *3GS Inc. v. Altus Group Ltd.*, 2011 ONSC 5755, 96 B.L.R. (4th) 268; *Hosting Metro Inc. v. Poornam Info Vision Pvt, Ltd.*, 2016 BCSC 2371; *Sum Trade Corp. v. Agricom International Inc.*, 2018 BCCA 379, 18 B.C.L.R. (6th) 322; *Gulf Canada Resources Ltd. v. Arochem International Ltd.* (1992), 66 B.C.L.R. (2d) 113; *Clayworth v. Octaform Systems Inc.*, 2020 BCCA 117, 446 D.L.R. (4th) 626; *Dalimpex Ltd. v. Janicki* (2000), 137 O.A.C. 390, aff'd (2003), 228 D.L.R. (4th) 179; *Ives & Barker v. Willans*, [1894] 2 Ch. 478; *Central Investments & Development Corp. v. Miller* (1982), 133 D.L.R. (3d) 440; *ABN Amro Bank Canada v. Krupp Mak Maschinenbau GmbH* (1996), 135 D.L.R. (4th) 130; *Petro-Canada v. 366084 Ontario Ltd.* (1995), 25 B.L.R. (2d) 19; *Therrien (Re)*, 2001 SCC 35, [2001] 2 S.C.R. 3; *Canada (Attorney General) v. Reliance Insurance Co.* (2007), 87 O.R. (3d) 42; *Heyman v. Darwins, Ld.*, [1942] A.C. 356; *Kaverit Steel and Crane Ltd. v. Kone Corp.* (1992), 87 D.L.R. (4th) 129; *James v. Thow*, 2005 BCSC 809, 5 B.L.R. (4th) 315; *Prince George (City) v. McElhanney Engineering Services Ltd.* (1995), 9 B.C.L.R. (3d) 368; *MacKinnon v. National Money Mart Co.*, 2004 BCCA 473, 50 B.L.R. (3d) 291; *Third Eye Capital Corporation v. Dianor Resources Inc.*, 2019 ONCA 508, 435 D.L.R. (4th) 416; *Cantore v. Nemaska Lithium Inc.*, 2020 QCCA 1333; *DGDP-BC Holdings Ltd. v. Third Eye Capital Corporation*, 2021 ABCA 226, 459 D.L.R. (4th) 538; *Canada (Minister of Indian Affairs and Northern Development) v. Curragh Inc.* (1994), 114 D.L.R. (4th) 176; *GMAC Commercial Credit Corp. — Canada v. T.C.T. Logistics Inc.*, 2006 SCC 35, [2006] 2 S.C.R. 123; *Orphan Well Association v. Grant Thornton Ltd.*, 2019 SCC 5, [2019] 1 S.C.R. 150; *Endean v. British Columbia*, 2016 SCC 42, [2016] 2 S.C.R. 162.

By Jamal J.

Referred to: *Dell Computer Corp. v. Union des consommateurs*, 2007 SCC 34, [2007] 2 S.C.R. 801; *Seidel v. TELUS Communications Inc.*, 2011 SCC 15, [2011] 1 S.C.R. 531; *Uber Technologies Inc. v. Heller*, 2020 SCC 16, [2020] 2 S.C.R. 118.

Statutes and Regulations Cited

Arbitration Act, R.S.B.C. 1996, c. 55, ss. 1 "arbitration agreement", 15, 22.

337; *Ostrander c. Niagara Helicopters Ltd.* (1973), 1 O.R. (2d) 281; *Parsons c. Sovereign Bank of Canada*, [1913] A.C. 160; *Hayes Forest Services Ltd. c. Weyerhaeuser Co.*, 2008 BCCA 31, 289 D.L.R. (4th) 230; *Rosenberg c. Minster*, 2014 ONSC 845, 119 O.R. (3d) 27; *Alberta (Procureur général) c. Moloney*, 2015 CSC 51, [2015] 3 R.C.S. 327; *Husky Oil Operations Ltd. c. Ministre du Revenu national*, [1995] 3 R.C.S. 453; *3GS Inc. c. Altus Group Ltd.*, 2011 ONSC 5755, 96 B.L.R. (4th) 268; *Hosting Metro Inc. c. Poornam Info Vision Pvt, Ltd.*, 2016 BCSC 2371; *Sum Trade Corp. c. Agricom International Inc.*, 2018 BCCA 379, 18 B.C.L.R. (6th) 322; *Gulf Canada Resources Ltd. c. Arochem International Ltd.* (1992), 66 B.C.L.R. (2d) 113; *Clayworth c. Octaform Systems Inc.*, 2020 BCCA 117, 446 D.L.R. (4th) 626; *Dalimpex Ltd. c. Janicki* (2000), 137 O.A.C. 390, conf. par (2003), 228 D.L.R. (4th) 179; *Ives & Barker c. Willans*, [1894] 2 Ch. 478; *Central Investments & Development Corp. c. Miller* (1982), 133 D.L.R. (3d) 440; *ABN Amro Bank Canada c. Krupp Mak Maschinenbau GmbH* (1996), 135 D.L.R. (4th) 130; *Petro-Canada c. 366084 Ontario Ltd.* (1995), 25 B.L.R. (2d) 19; *Therrien (Re)*, 2001 CSC 35, [2001] 2 R.C.S. 3; *Canada (Attorney General) c. Reliance Insurance Co.* (2007), 87 O.R. (3d) 42; *Heyman c. Darwins, Ld.*, [1942] A.C. 356; *Kaverit Steel and Crane Ltd. c. Kone Corp.* (1992), 87 D.L.R. (4th) 129; *James c. Thow*, 2005 BCSC 809, 5 B.L.R. (4th) 315; *Prince George (City) c. McElhanney Engineering Services Ltd.* (1995), 9 B.C.L.R. (3d) 368; *MacKinnon c. National Money Mart Co.*, 2004 BCCA 473, 50 B.L.R. (3d) 291; *Third Eye Capital Corporation c. Ressources Dianor Inc.*, 2019 ONCA 508, 435 D.L.R. (4th) 416; *Cantore c. Nemaska Lithium Inc.*, 2020 QCCA 1333; *DGDP-BC Holdings Ltd. c. Third Eye Capital Corporation*, 2021 ABCA 226, 459 D.L.R. (4th) 538; *Canada (Minister of Indian Affairs and Northern Development) c. Curragh Inc.* (1994), 114 D.L.R. (4th) 176; *Société de crédit commercial GMAC — Canada c. T.C.T. Logistics Inc.*, 2006 CSC 35, [2006] 2 R.C.S. 123; *Orphan Well Association c. Grant Thornton Ltd.*, 2019 CSC 5, [2019] 1 R.C.S. 150; *Endean c. Colombie-Britannique*, 2016 CSC 42, [2016] 2 R.C.S. 162.

Citée par le juge Jamal

Arrêts mentionnés : *Dell Computer Corp. c. Union des consommateurs*, 2007 CSC 34, [2007] 2 R.C.S. 801; *Seidel c. TELUS Communications Inc.*, 2011 CSC 15, [2011] 1 R.C.S. 531; *Uber Technologies Inc. c. Heller*, 2020 CSC 16, [2020] 2 R.C.S. 118.

Lois et règlements cités

Arbitration Act, R.S.B.C. 1996, c. 55, art. 1 « arbitration agreement », 15, 22.

Arbitration Act, S.B.C. 2020, c. 2, s. 4(a).
Arbitration Act, 1991, S.O. 1991, c. 17, ss. 7(2), 17(2).
Bankruptcy and Insolvency Act, R.S.C. 1985, c. B-3, ss. 71, 72(1), 183, 243.
Companies' Creditors Arrangement Act, R.S.C. 1985, c. C-36.
International Commercial Arbitration Act, R.S.B.C. 1996, c. 233, s. 2(1) "party".

Treaties and Other International Instruments

Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, Can. T.S. 1986 No. 43, art. II(3).
United Nations. Commission on International Trade Law. *UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration*, U.N. Doc. A/40/17, Ann. I, June 21, 1985, arts. 8(1), 16.

Authors Cited

Bennett, Frank. *Bennett on Receiverships*, 3rd ed. Toronto: Carswell, 2011.
British Columbia. Legislative Assembly. *Official Report of Debates of the Legislative Assembly (Hansard)*, vol. 16, No. 7, 4th Sess., 33rd Parl., April 21, 1986, p. 7865.
Casey, J. Brian. *Arbitration Law of Canada: Practice and Procedure*, 3rd ed. Huntington, N.Y.: Juris, 2017.
Chan, Darius, and Sidharrth Rajagopal. "To Stay or Not to Stay? A Clash of Arbitration and Insolvency Regimes" (2021), 38 *J. Int'l Arb.* 457.
DaRe, Vern W., and Teodora Prpa. "Imagine One Restructuring Act in Canada" (2021), 36 *B.F.L.R.* 363.
Esslinger, Heidi. "Creditors Over Contract: A Case Comment on *Chandos*", in Jill Corraini and D. Blair Nixon, eds., *Annual Review of Insolvency Law 2021*. Toronto: Thomson Reuters, 2022, 747.
Fortier, L. Yves. "Delimiting the Spheres of Judicial and Arbitral Power: 'Beware, My Lord, of Jealousy'" (2001), 80 *Can. Bar Rev.* 143.
Houlden, L. W., G. B. Morawetz and Janis Sarra. *Bankruptcy and Insolvency Law of Canada*, 4th ed. rev. Toronto: Thomson Reuters, 2022 (loose-leaf updated March 2022, release 3).
Jackson, Georgina R., and Janis Sarra. "Selecting the Judicial Tool to get the Job Done: An Examination of Statutory Interpretation, Discretionary Power and Inherent Jurisdiction in Insolvency Matters", in Janis P. Sarra, ed., *Annual Review of Insolvency Law 2007*. Toronto: Thomson Carswell, 2008, 41.
Joseph, David. *Jurisdiction and Arbitration Agreements and Their Enforcement*, 2nd ed. London: Thomson Reuters, 2010.

Arbitration Act, S.B.C. 2020, c. 2, art. 4(a).
International Commercial Arbitration Act, R.S.B.C. 1996, c. 233, art. 2(1) « party ».
Loi de 1991 sur l'arbitrage, L.O. 1991, c. 17, art. 7(2), 17(2).
Loi sur la faillite et l'insolvabilité, L.R.C. 1985, c. B-3, art. 71, 72(1), 183, 243.
Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies, L.R.C. 1985, c. C-36.

Traités et autres instruments internationaux

Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, R.T. Can. 1986 nº 43, art. II(3).
Nations Unies. Commission des Nations Unies pour le droit commercial international. *Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international*, Doc. N.U. A/40/17, ann. I, 21 juin 1985, art. 8(1), 16.

Doctrine et autres documents cités

Bennett, Frank. *Bennett on Receiverships*, 3rd ed., Toronto, Carswell, 2011.
Casey, J. Brian. *Arbitration Law of Canada : Practice and Procedure*, 3rd ed., Huntington (N.Y.), Juris, 2017.
Chan, Darius, and Sidharrth Rajagopal. « To Stay or Not to Stay? A Clash of Arbitration and Insolvency Regimes » (2021), 38 *J. Int'l Arb.* 457.
Colombie-Britannique. Legislative Assembly. *Official Report of Debates of the Legislative Assembly (Hansard)*, vol. 16, No. 7, 4th Sess., 33rd Parl., April 21, 1986, p. 7865.
DaRe, Vern W., and Teodora Prpa. « Imagine One Restructuring Act in Canada » (2021), 36 *B.F.L.R.* 363.
Esslinger, Heidi. « Creditors Over Contract : A Case Comment on *Chandos* », in Jill Corraini and D. Blair Nixon, eds., *Annual Review of Insolvency Law 2021*, Toronto, Thomson Reuters, 2022, 747.
Fortier, L. Yves. « Delimiting the Spheres of Judicial and Arbitral Power : "Beware, My Lord, of Jealousy" » (2001), 80 *R. du B. can.* 143.
Houlden, L. W., G. B. Morawetz and Janis Sarra. *Bankruptcy and Insolvency Law of Canada*, 4th ed. rev., Toronto, Thomson Reuters, 2022 (loose-leaf updated March 2022, release 3).
Jackson, Georgina R., and Janis Sarra. « Selecting the Judicial Tool to get the Job Done : An Examination of Statutory Interpretation, Discretionary Power and Inherent Jurisdiction in Insolvency Matters », in Janis P. Sarra, ed., *Annual Review of Insolvency Law 2007*, Toronto, Thomson Carswell, 2008, 41.
Joseph, David. *Jurisdiction and Arbitration Agreements and Their Enforcement*, 2nd ed., London, Thomson Reuters, 2010.

Kirgis, Paul F. "Arbitration, Bankruptcy, and Public Policy: A Contractarian Analysis" (2009), 17 *Am. Bankr. Inst. L. Rev.* 503.

Kröll, Stefan. "The 'Incapable of Being Performed' Exception in Article II(3) of the New York Convention", in Emmanuel Gaillard, Domenico Di Pietro and Nanou Leleu-Knobil, eds., *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards: The New York Convention in Practice*. London: Cameron May, 2008, 323.

Kühn, Wolfgang. "Arbitration and Insolvency" (2011), 5 *Disp. Res. Int'l* 203.

Lamm, Carolyn B., and Jeremy K. Sharpe. "Inoperative Arbitration Agreements Under the New York Convention", in Emmanuel Gaillard, Domenico Di Pietro and Nanou Leleu-Knobil, eds., *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards: The New York Convention in Practice*. London: Cameron May, 2008, 297.

McElcheran, Kevin P. *Commercial Insolvency in Canada*, 4th ed. Toronto: LexisNexis, 2019.

McEwan, J. Kenneth, and Ludmila B. Herbst. *Commercial Arbitration in Canada: A Guide to Domestic and International Arbitrations*. Toronto: Thomson Reuters, 2022 (loose-leaf updated February 2022, release 1).

Meshel, Tamar. "*Petrowest v. Peace River Hydro*: The Revocability and Separability of Commercial Arbitration Agreements" (2022), 65 *Can. Bus. L.J.* 329.

Pavlović, Marina, and Anthony Daimsis. "Arbitration", in John C. Kleefeld et al., eds., *Dispute Resolution: Readings and Case Studies*, 4th ed. Toronto: Emond Montgomery, 2016, 483.

Salzberg, Mark A., and Gary M. Zinkgraf. "When Worlds Collide: The Enforceability of Arbitration Agreements in Bankruptcy" (2007), 27 *Franchise L.J.* 37.

Schramm, Dorothee, Elliott Geisinger and Philippe Pinsolle. "Article II", in Herbert Kronke et al., eds., *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention*. Alphen aan den Rijn, The Netherlands: Kluwer Law International, 2010, 37.

St. John Sutton, David, Judith Gill and Matthew Gearing. *Russell on Arbitration*, 24th ed. London: Thomson Reuters, 2015.

Sullivan, Ruth. *The Construction of Statutes*, 7th ed. Toronto: LexisNexis, 2022.

Swan, Angela, Jakub Adamski and Annie Y. Na. *Canadian Contract Law*, 4th ed. Toronto: LexisNexis, 2018.

van den Berg, Albert Jan. *The New York Arbitration Convention of 1958: Towards a Uniform Judicial Interpretation*. Hingham, Mass.: Kluwer Law and Taxation, 1981.

Kirgis, Paul F. « Arbitration, Bankruptcy, and Public Policy : A Contractarian Analysis » (2009), 17 *Am. Bankr. Inst. L. Rev.* 503.

Kröll, Stefan. « The "Incapable of Being Performed" Exception in Article II(3) of the New York Convention », in Emmanuel Gaillard, Domenico Di Pietro and Nanou Leleu-Knobil, eds., *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards : The New York Convention in Practice*, London, Cameron May, 2008, 323.

Kühn, Wolfgang. « Arbitration and Insolvency » (2011), 5 *Disp. Res. Int'l* 203.

Lamm, Carolyn B., and Jeremy K. Sharpe. « Inoperative Arbitration Agreements Under the New York Convention », in Emmanuel Gaillard, Domenico Di Pietro and Nanou Leleu-Knobil, eds., *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards : The New York Convention in Practice*, London, Cameron May, 2008, 297.

McElcheran, Kevin P. *Commercial Insolvency in Canada*, 4th ed., Toronto, LexisNexis, 2019.

McEwan, J. Kenneth, and Ludmila B. Herbst. *Commercial Arbitration in Canada : A Guide to Domestic and International Arbitrations*, Toronto, Thomson Reuters, 2022 (loose-leaf updated February 2022, release 1).

Meshel, Tamar. « *Petrowest v. Peace River Hydro* : The Revocability and Separability of Commercial Arbitration Agreements » (2022), 65 *Rev. can. dr. comm.* 329.

Pavlović, Marina, and Anthony Daimsis. « Arbitration », in John C. Kleefeld et al., eds., *Dispute Resolution : Readings and Case Studies*, 4th ed., Toronto, Emond Montgomery, 2016, 483.

Salzberg, Mark A., and Gary M. Zinkgraf. « When Worlds Collide : The Enforceability of Arbitration Agreements in Bankruptcy » (2007), 27 *Franchise L.J.* 37.

Schramm, Dorothee, Elliott Geisinger and Philippe Pinsolle. « Article II », in Herbert Kronke et al., eds., *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards : A Global Commentary on the New York Convention*, Alphen aan den Rijn (The Netherlands), Kluwer Law International, 2010, 37.

St. John Sutton, David, Judith Gill and Matthew Gearing. *Russell on Arbitration*, 24th ed., London, Thomson Reuters, 2015.

Sullivan, Ruth. *The Construction of Statutes*, 7th ed., Toronto, LexisNexis, 2022.

Swan, Angela, Jakub Adamski and Annie Y. Na. *Canadian Contract Law*, 4th ed., Toronto, LexisNexis, 2018.

van den Berg, Albert Jan. *The New York Arbitration Convention of 1958 : Towards a Uniform Judicial Interpretation*, Hingham (Mass.), Kluwer Law and Taxation, 1981.

Wood, Roderick J. *Bankruptcy and Insolvency Law*, 2nd ed. Toronto: Irwin Law, 2015.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Bennett, Dickson and Grauer JJ.A.), 2020 BCCA 339, 43 B.C.L.R. (6th) 8, 452 D.L.R. (4th) 535, 5 C.L.R. (5th) 31, 84 C.B.R. (6th) 174, 9 B.L.R. (6th) 163, [2021] 7 W.W.R. 195, [2020] B.C.J. No. 1940 (QL), 2020 CarswellBC 3008 (WL), affirming a decision of Iyer J., 2019 BCSC 2221, 5 C.L.R. (5th) 14, 74 C.B.R. (6th) 53, 100 B.L.R. (5th) 128, [2019] B.C.J. No. 2489 (QL), 2019 CarswellBC 3819 (WL). Appeal dismissed.

David de Groot, *Joanne Luu*, *Robert Martz* and *Alison Scott*, for the appellants.

Kelsey Meyer, *Ciara Mackey*, *Stephanie Clark* and *Paul Romaniuk*, for the respondents.

Laurent Debrun and *Charles Côté-De Lagrave*, for the intervener the Canadian Commercial Arbitration Center.

Lisa C. Munro and *Cynthia B. Kuehl*, for the intervener Arbitration Place.

Christina Doria, *Michael Nowina* and *Brendan O'Grady*, for the intervener the Chartered Institute of Arbitrators (Canada) Inc.

Kibben Jackson, *Tom Posyniak* and *Glen Nesbitt*, for the intervener the Insolvency Institute of Canada.

Anthony Daimsis, for the intervener the Canadian Federation of Independent Business.

Wood, Roderick J. *Bankruptcy and Insolvency Law*, 2nd ed., Toronto, Irwin Law, 2015.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (les juges Bennett, Dickson et Grauer), 2020 BCCA 339, 43 B.C.L.R. (6th) 8, 452 D.L.R. (4th) 535, 5 C.L.R. (5th) 31, 84 C.B.R. (6th) 174, 9 B.L.R. (6th) 163, [2021] 7 W.W.R. 195, [2020] B.C.J. No. 1940 (QL), 2020 CarswellBC 3008 (WL), qui a confirmé une décision de la juge Iyer, 2019 BCSC 2221, 5 C.L.R. (5th) 14, 74 C.B.R. (6th) 53, 100 B.L.R. (5th) 128, [2019] B.C.J. No. 2489 (QL), 2019 CarswellBC 3819 (WL). Pourvoi rejeté.

David de Groot, *Joanne Luu*, *Robert Martz* et *Alison Scott*, pour les appelantes.

Kelsey Meyer, *Ciara Mackey*, *Stephanie Clark* et *Paul Romaniuk*, pour les intimées.

Laurent Debrun et *Charles Côté-De Lagrave*, pour l'intervenant le Centre canadien d'arbitrage commercial.

Lisa C. Munro et *Cynthia B. Kuehl*, pour l'intervenante Arbitration Place.

Christina Doria, *Michael Nowina* et *Brendan O'Grady*, pour l'intervenante Chartered Institute of Arbitrators (Canada) Inc.

Kibben Jackson, *Tom Posyniak* et *Glen Nesbitt*, pour l'intervenante Insolvency Institute of Canada.

Anthony Daimsis, pour l'intervenante la Fédération canadienne de l'entreprise indépendante.

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

CÔTÉ J. —

TABLE OF CONTENTS

		Paragraph
I.	Overview	1
II.	Background	11
III.	Statutory Provisions	18
IV.	Decisions Below	19
A.	*British Columbia Supreme Court, 2019 BCSC 2221, 100 B.L.R. (5th) 128 (Iyer J.)*	19
B.	*British Columbia Court of Appeal, 2020 BCCA 339, 452 D.L.R. (4th) 535 (Bennett, Dickson and Grauer JJ.A.)*	28
V.	Issues	32
VI.	Analysis	37
A.	*Competence-Competence Principle*	38
(1)	General Principle	39
(2)	Exceptions to the Competence-Competence Principle	42
(3)	Application of the Principle in This Case	43
B.	*Relationship Between Arbitration Law and Insolvency Law*	44
(1)	Dispute Resolution by Arbitration	49
(2)	Dispute Resolution in Insolvency	51
(3)	Commonalities Between Arbitration Law and Insolvency Law	59

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

LA JUGE CÔTÉ —

TABLE DES MATIÈRES

		Paragraphe
I.	Aperçu	1
II.	Contexte	11
III.	Dispositions statutaires	18
IV.	Décisions des tribunaux d'instance inférieure	19
A.	*Cour suprême de la Colombie-Britannique, 2019 BCSC 2221, 100 B.L.R. (5th) 128 (la juge Iyer)*	19
B.	*Cour d'appel de la Colombie-Britannique, 2020 BCCA 339, 452 D.L.R. (4th) 535 (les juges Bennett, Dickson et Grauer)*	28
V.	Questions en litige	32
VI.	Analyse	37
A.	*Principe de compétence-compétence*	38
(1)	Principe général	39
(2)	Exceptions au principe de compétence-compétence	42
(3)	Application du principe en l'espèce	43
B.	*Lien entre le droit de l'arbitrage et le droit de l'insolvabilité*	44
(1)	Règlement des différends par voie d'arbitrage	49
(2)	Règlement des différends en cas d'insolvabilité	51
(3)	Points communs entre le droit de l'arbitrage et le droit de l'insolvabilité	59

C. *Two-Part Framework for Stays of Proceedings in Favour of Arbitration* 76

(1) Technical Prerequisites 81

(2) Statutory Exceptions 87

D. *Section 15 of the Arbitration Act* 91

(1) Text of Section 15 92

(2) Proper Interpretation of Section 15 93

E. *Application of Section 15 of the Arbitration Act* 159

(1) Technical Prerequisites: Section 15 Is Engaged 159

(2) Statutory Exceptions: The Arbitration Agreements Are "Inoperative" Under Section 15(2) 172

(3) Conclusion on Section 15 186

VII. Disposition 189

Appendix — Arbitration Agreements

I. Overview

[1] This appeal calls upon our Court to clarify whether and in what circumstances a contractual agreement to arbitrate governed by the *Arbitration Act*, R.S.B.C. 1996, c. 55 ("*Arbitration Act*"), should give way to the public interest in the orderly and efficient resolution of a court-ordered receivership under s. 243 of the *Bankruptcy and Insolvency Act*, R.S.C. 1985, c. B-3 ("*BIA*").

[2] A construction dispute underlies this appeal. The appellant Peace River Hydro Partners is a partnership formed to build a hydroelectric dam in northeastern British Columbia. Two members of that partnership, and their parent corporations, are also appellants in this Court (collectively, "Peace River"). The respondent Petrowest Corporation ("Petrowest") is an Alberta-based construction company. In December 2015, Peace River agreed to

C. *Cadre d'analyse en deux volets applicable aux suspensions d'instance en faveur de l'arbitrage* 76

(1) Conditions préliminaires 81

(2) Exceptions prévues par la loi 87

D. *Article 15 de l'Arbitration Act* 91

(1) Libellé de l'art. 15 92

(2) Interprétation appropriée de l'art. 15 93

E. *Application de l'art. 15 de l'Arbitration Act* 159

(1) Conditions préliminaires : l'art. 15 entre en jeu 159

(2) Exceptions prévues par la loi : les Conventions d'arbitrage sont « inopérantes » aux termes du par. 15(2) 172

(3) Conclusion sur l'art. 15 186

VII. Dispositif 189

Annexe — Conventions d'arbitrage

I. Aperçu

[1] Le présent pourvoi requiert notre Cour de déterminer si, et dans quelles circonstances, une convention d'arbitrage régie par l'*Arbitration Act*, R.S.B.C. 1996, c. 55 (« *Arbitration Act* »), devrait céder le pas à l'intérêt public à l'égard du règlement ordonné et efficace d'une mise sous séquestre ordonnée par le tribunal en vertu de l'art. 243 de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, L.R.C. 1985, c. B-3 (« *LFI* »).

[2] Ce pourvoi découle d'un différend relatif au domaine de la construction. L'appelante Peace River Hydro Partners est une société de personnes qui a été constituée en vue de la construction d'un barrage hydroélectrique dans le Nord-Est de la Colombie-Britannique. Deux membres de cette société de personnes, et leur société mère, sont aussi appelantes devant notre Cour (collectivement, « Peace River »). L'intimée Petrowest Corporation

subcontract certain work to Petrowest and its affiliates ("Petrowest Affiliates"), which are also respondents in this appeal. The parties executed several clauses providing that disputes arising from their relationship were to be resolved through arbitration ("Arbitration Agreements").

[3] But Petrowest soon found itself in dire financial straits. The Alberta Court of Queen's Bench ordered Petrowest and the Petrowest Affiliates into receivership pursuant to s. 243 of the *BIA*. The respondent Ernst & Young Inc. acts as their court-appointed receiver and manager ("Receiver"). The Receiver brought a civil claim in the Supreme Court of British Columbia seeking to collect accounts receivable allegedly owed to Petrowest and the Petrowest Affiliates by Peace River. The latter applied to stay the civil proceedings under s. 15 of the *Arbitration Act* on the ground that the Arbitration Agreements governed the dispute. The Receiver opposed the stay application on behalf of Petrowest and the Petrowest Affiliates, arguing that the *BIA* authorized the court to assert centralized judicial control over the matter rather than send the Receiver to multiple arbitral forums.

[4] The chambers judge agreed with the Receiver and dismissed the stay application. The Court of Appeal upheld the chambers judge's ruling on the basis that the Receiver was not a "party" to the Arbitration Agreements within the meaning of s. 15(1) of the *Arbitration Act*. It held that the doctrine of separability allowed the Receiver to disclaim the Arbitration Agreements and sue on the underlying contracts to recover payment for past performance. Peace River now asks this Court to set aside both decisions below and stay the court proceedings in favour of arbitration.

[5] I would dismiss the appeal and affirm the dismissal of the stay application by the courts below. The civil claim brought by the Receiver on behalf of Petrowest and the Petrowest Affiliates may proceed. This conclusion flows from the following two-part

(« Petrowest ») est une entreprise de construction basée en Alberta. En décembre 2015, Peace River a accepté de sous-traiter certains travaux à Petrowest et à ses sociétés affiliées (« Sociétés affiliées »), lesquelles sont aussi intimées dans le présent pourvoi. Les parties ont prévu plusieurs clauses stipulant que les différends découlant de leur relation seraient réglés par voie d'arbitrage (« Conventions d'arbitrage »).

[3] Cependant, Petrowest s'est rapidement retrouvée dans une situation financière précaire. La Cour du Banc de la Reine de l'Alberta a ordonné la mise sous séquestre de Petrowest et des Sociétés affiliées en vertu de l'art. 243 de la *LFI*. L'intimée Ernst & Young Inc. agit comme leur séquestre et administratice nommée par le tribunal (« Séquestre »). Le Séquestre a intenté une poursuite civile devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique en vue de recouvrer des créances qu'il estimait être dues à Petrowest et aux Sociétés affiliées par Peace River. Cette dernière a demandé la suspension de l'instance civile en vertu de l'art. 15 de l'*Arbitration Act* au motif que le différend était régi par les Conventions d'arbitrage. Le Séquestre, au nom de Petrowest et des Sociétés affiliées, s'est opposé à cette demande, faisant valoir que la *LFI* autorisait le tribunal à exercer un contrôle judiciaire centralisé sur l'affaire au lieu de référer le Séquestre devant de nombreux tribunaux arbitraux.

[4] La juge en chambre s'est dite d'accord avec le Séquestre et a rejeté la demande de suspension d'instance. La Cour d'appel a confirmé la décision de la juge en chambre au motif que le Séquestre n'était pas une [TRADUCTION] « partie » aux Conventions d'arbitrage au sens du par. 15(1) de l'*Arbitration Act*. Elle a conclu que la doctrine de la séparabilité permettait au Séquestre de renoncer aux Conventions d'arbitrage et d'intenter une poursuite fondée sur les contrats sous-jacents pour recouvrer le paiement pour une prestation antérieure. Peace River demande maintenant à notre Cour d'annuler ces deux décisions et de suspendre l'instance civile en faveur de l'arbitrage.

[5] Je suis d'avis de rejeter le pourvoi et de confirmer le rejet de la demande de suspension d'instance par les tribunaux inférieurs. La poursuite civile intentée par le Séquestre au nom de Petrowest et des Sociétés affiliées peut suivre son cours. Cette conclusion

analysis, which is mandated by s. 15 of the *Arbitration Act* and outlined in further detail later in these reasons.

[6] First, the Court of Appeal erred in concluding that s. 15 was not engaged because the Receiver was not a "party" to the Arbitration Agreements. Permitting a court-appointed receiver to avoid arbitration on the basis that it is not a party to the debtor's pre-existing agreement to arbitrate is inconsistent with a proper reading of s. 15, ordinary principles of contract law, party autonomy, and this Court's longstanding jurisprudence with respect to arbitration. Nor can disclaimer or the doctrine of separability permit receivers to unilaterally render otherwise valid arbitration agreements "inoperative" or "incapable of being performed" within the meaning of s. 15. Only a court can make a finding that an arbitration agreement is inoperative or incapable of being performed.

[7] Second, although s. 15 is engaged, the chambers judge was entitled to refuse to grant a stay under s. 15(2). An otherwise valid arbitration agreement may, in some circumstances, be inoperative or incapable of being performed. For example, an arbitration agreement may be inoperative if enforcing it would compromise court-ordered receivership proceedings under s. 243 of the *BIA*. This may occur where the arbitration agreed to by the parties would preclude the orderly and efficient resolution of the receivership, contrary to the purposes of the *BIA*.

[8] To be clear, the fact that a party has entered receivership or insolvency proceedings or is financially impecunious is not, on its own, a sufficient basis for a court to find an arbitration agreement inoperative. The party seeking to avoid arbitration must establish, on a balance of probabilities, that a stay in favour of arbitration would compromise the integrity of the parallel insolvency proceedings. The following non-exhaustive list of factors, discussed further below, may assist in the court's analysis: (a) the effect of arbitration on the integrity of the insolvency proceedings,

découle de l'analyse en deux volets qu'exige l'art. 15 de l'*Arbitration Act* et qui sera abordée en détail plus loin dans les présents motifs.

[6] Premièrement, la Cour d'appel a commis une erreur en concluant que l'art. 15 n'entrait pas en jeu parce que le Séquestre n'était pas une « partie » aux Conventions d'arbitrage. Permettre au séquestre nommé par le tribunal d'éviter l'arbitrage au motif qu'il n'est pas une partie à la convention d'arbitrage préexistante du débiteur est incompatible avec une interprétation adéquate de l'art. 15, les principes ordinaires du droit des contrats, l'autonomie des parties ainsi que la jurisprudence de longue date de notre Cour en matière d'arbitrage. La renonciation ou la doctrine de la séparabilité ne permettent pas non plus aux séquestres d'unilatéralement rendre des conventions d'arbitrage par ailleurs valides [TRADUCTION] « inopérante[s] » ou « non susceptible[s] d'être exécutée[s] » au sens de l'art. 15. Seul un tribunal peut conclure qu'une convention d'arbitrage est inopérante ou non susceptible d'être exécutée.

[7] Deuxièmement, bien que l'art. 15 soit en jeu, la juge en chambre pouvait refuser de suspendre l'instance en vertu du par. 15(2). Une convention d'arbitrage par ailleurs valide peut, dans certaines circonstances, être inopérante ou non susceptible d'être exécutée. Par exemple, une convention d'arbitrage peut être inopérante si le fait de l'exécuter compromettrait une procédure de mise sous séquestre ordonnée par le tribunal en vertu de l'art. 243 de la *LFI*. Cela peut se produire lorsque l'arbitrage convenu par les parties empêcherait le règlement ordonné et efficace de la mise sous séquestre, contrairement aux objectifs visés par la *LFI*.

[8] Pour être claire, le fait qu'une partie fasse l'objet d'une ordonnance de mise sous séquestre ou d'une procédure d'insolvabilité, ou qu'elle éprouve des difficultés financières, ne constitue pas, en soi, un motif suffisant pour qu'un tribunal puisse conclure à l'inopérabilité d'une convention d'arbitrage. La partie qui cherche à éviter l'arbitrage doit établir, selon la prépondérance des probabilités, qu'une suspension d'instance en faveur de l'arbitrage compromettrait l'intégrité de la procédure d'insolvabilité parallèle. La liste suivante, que j'examinerai davantage plus loin,

which are intended to minimize economic prejudice to creditors; (b) the relative prejudice to the parties to the arbitration agreement and the debtor's stakeholders; (c) the urgency of resolving the dispute; (d) the effect of a stay of proceedings arising from the bankruptcy or insolvency proceedings, if applicable; and (e) any other factors the court considers material in the circumstances.

[9] Applying the above factors, I find that the chambers judge correctly dismissed the stay application. The Arbitration Agreements are inoperative within the meaning of s. 15(2) of the *Arbitration Act*. Sections 243 and 183 of the *BIA* authorize courts to do what practicality demands in the context of a receivership. In this case, practicality demands that the Arbitration Agreements not be enforced, in the interest of an orderly and efficient resolution of the receivership. In short, the chaotic nature of the arbitral proceedings bargained for by the parties would compromise the integrity of the receivership, to the detriment of affected creditors and contrary to the purposes of the *BIA*.

[10] I stress that this result is context-specific. The unique facts of this case, which pit the public policy objectives underlying the *BIA* against freedom of contract and party autonomy, justify departing from the legislative and judicial preference for holding parties to their arbitration agreements. Contrary to conventional wisdom, however, arbitration law and insolvency law need not always exist at "polar extremes". They have much in common, including an emphasis on efficiency and expediency, procedural flexibility, and expert decision-making. These shared interests often converge through arbitration, such that granting a stay in favour of arbitration will promote the objectives of both provincial arbitration legislation *and* federal insolvency legislation. It is for this reason that courts should generally hold parties to their agreements to arbitrate, even if one of them has become insolvent. To do otherwise would not only threaten the important public policy served by enforcing arbitration agreements and thus Canada's

comporte des facteurs pouvant éclairer le tribunal dans l'analyse : a) l'effet de l'arbitrage sur l'intégrité de la procédure d'insolvabilité, laquelle vise à minimiser le préjudice économique que peuvent subir les créanciers; b) le préjudice relatif pour les parties à la convention d'arbitrage et les parties prenantes du débiteur; c) l'urgence de régler le différend; d) l'effet d'une suspension d'instance découlant de la procédure de faillite ou d'insolvabilité, s'il y a lieu; et e) tout autre facteur que le tribunal estime significatif dans les circonstances.

[9] Appliquant les facteurs énoncés ci-dessus, je conclus que la juge en chambre a à bon droit rejeté la demande de suspension d'instance. Les Conventions d'arbitrage sont inopérantes au sens du par. 15(2) de l'*Arbitration Act*. Les articles 243 et 183 de la *LFI* autorisent les tribunaux à répondre aux considérations pratiques qui surviennent dans le contexte d'une mise sous séquestre. En l'espèce, ces considérations exigent que les Conventions d'arbitrage ne soient pas exécutées, et ce, afin de favoriser le règlement ordonné et efficace de la mise sous séquestre. En bref, la nature chaotique de la procédure arbitrale négociée par les parties compromettrait l'intégrité de la mise sous séquestre, au détriment des créanciers touchés et contrairement aux objectifs visés par la *LFI*.

[10] Je souligne que ce résultat est tributaire du contexte. Les faits particuliers de la présente affaire, qui opposent les objectifs de politique publique sous-tendant la *LFI*, d'une part, et la liberté contractuelle et l'autonomie des parties, d'autre part, justifient de s'écarter de la préférence législative et judiciaire qui consiste à obliger les parties à respecter leurs conventions d'arbitrage. Cependant, contrairement à ce que l'on peut penser à première vue, le droit de l'arbitrage et le droit de l'insolvabilité ne se situent pas toujours nécessairement à « des pôles extrêmes ». Ils présentent beaucoup de points communs, par exemple l'accent mis sur l'efficacité et la célérité, la souplesse procédurale et la prise de décision par des experts. Ces intérêts communs convergent souvent grâce à l'arbitrage, de sorte que l'octroi d'une suspension d'instance en faveur de l'arbitrage favorisera l'atteinte des objectifs à la fois de la loi provinciale en matière d'arbitrage *et* de la loi fédérale en matière d'insolvabilité. C'est pour cette raison que les tribunaux

position as a leader in commercial arbitration, but also jeopardize the public interest in the expeditious, efficient, and economical clean-up of the aftermath of a financial collapse.

devraient habituellement obliger les parties à respecter leurs conventions d'arbitrage, même si l'une d'entre elles est devenue insolvable. Conclure autrement non seulement menacerait la politique publique importante que sert l'exécution des conventions d'arbitrage, mais également mettrait en péril l'intérêt public dans la gestion expéditive, efficace et économique des conséquences d'un effondrement financier, et, partant, la position du Canada en tant que chef de file en matière d'arbitrage commercial.

II. Background

[11] Peace River was formed to design and construct works at the Site C Project, a major dam and hydroelectric generating station on the Peace River in northeastern British Columbia. The partnership includes the appellants Acciona Infrastructure Canada Inc. and Samsung C&T Canada Ltd., which are the Canadian subsidiaries of the appellants Acciona Infraestructuras S.A. and Samsung C&T Corporation.

[12] Petrowest is the third member of the partnership. The following agreements between the parties are relevant to this appeal (collectively, "Main Agreements"):

- a general partnership agreement dated December 17, 2015, between Acciona Infrastructure Canada Inc., Samsung C&T Canada Ltd., and Petrowest, creating Peace River ("Partnership Agreement");
- a guarantee and cross-indemnity agreement dated December 17, 2015, between Acciona Infraestructuras S.A., Samsung C&T Corporation, and Petrowest, guaranteeing the obligations of the subsidiary partners to the Partnership Agreement ("Guarantee");
- purchase orders under which Peace River subcontracted certain work to Petrowest and the Petrowest Affiliates ("Purchase Orders"); and
- a subcontract dated June 1, 2016, between a Petrowest Affiliate and Peace River, awarding further subcontracted work.

II. Contexte

[11] La société de personnes Peace River a été constituée en vue de la conception et de la construction d'installations pour le projet du site C, un barrage et une centrale hydroélectrique de grande envergure sur la rivière de la Paix dans le Nord-Est de la Colombie-Britannique. Elle comprend les appelantes Acciona Infrastructure Canada Inc. et Samsung C&T Canada Ltd., soit les filiales canadiennes des appelantes Acciona Infraestructuras S.A. et Samsung C&T Corporation.

[12] Petrowest est la troisième membre de cette société. Les ententes suivantes entre les parties sont pertinentes en l'espèce (collectivement, « Ententes principales ») :

- un contrat d'association, daté du 17 décembre 2015, entre Acciona Infrastructure Canada Inc., Samsung C&T Canada Ltd. et Petrowest, créant Peace River (« Contrat de société »);
- une entente de garantie et d'indemnisation réciproque, datée du 17 décembre 2015, entre Acciona Infraestructuras S.A., Samsung C&T Corporation et Petrowest, garantissant les obligations des filiales associées envers le Contrat de société (« Garantie »);
- des bons de commande en vertu desquels Peace River a sous-traité certains travaux à Petrowest et aux Sociétés affiliées (« Bons de commande »); et
- un contrat de sous-traitance, daté du 1er juin 2016, entre une société affiliée à Petrowest et Peace River, attribuant d'autres travaux en sous-traitance.

[13] The Main Agreements contain the Arbitration Agreements in which the parties agree to refer disputes to arbitration. It should be noted, however, that the wording of each Arbitration Agreement differs.[1] Each applies to a different set of potential disputes and provides for different arbitration procedures. And some of the Purchase Orders do not contain arbitration clauses.

[14] Less than two years into the partnership, Petrowest encountered financial difficulties. It entered receivership on August 15, 2017. The Alberta Court of Queen's Bench granted a receivership order pursuant to s. 243(1) of the *BIA* ("Receivership Order"). The Receivership Order appointed the Receiver to manage the assets and property of the debtors, Petrowest and the Petrowest Affiliates. It authorized the Receiver to do the following, among other things: (a) disclaim, abandon or renounce the debtors' interest in property; (b) initiate the prosecution of "any and all proceedings" with respect to the debtors and their property; (c) assign the debtors into bankruptcy, become their trustee in bankruptcy, and take all steps reasonably required to carry out its role as trustee in bankruptcy; (d) "cease to perform any contracts of the Debtors"; and (e) "receive and collect all monies and accounts" owing to the debtors (A.R., vol. XI, at pp. 2900-2903).

[15] On April 3, 2018, the Receiver assigned the Petrowest Affiliates into bankruptcy and became their trustee in bankruptcy. It is important to note that Petrowest itself is not bankrupt.

[16] On August 29, 2018, the Receiver brought a civil claim against Peace River in the Supreme Court of British Columbia on behalf of Petrowest and the Petrowest Affiliates. The Receiver sought to collect funds allegedly owing to Petrowest and the Petrowest Affiliates for performance of work subcontracted under the Main Agreements.

[1] The Arbitration Agreements are reproduced in an appendix to these reasons.

[13] Les Ententes principales comportent les Conventions d'arbitrage pour les lesquelles les parties s'engagent à soumettre leurs différends à l'arbitrage. Il convient cependant de noter que le libellé des Conventions d'arbitrage diffère d'une entente à l'autre[1]. Chacune d'elles s'applique à un ensemble différent de conflits éventuels et prévoit des procédures arbitrales différentes. De plus, certains des Bons de commande ne contiennent pas de clause d'arbitrage.

[14] Moins de deux ans après son entrée dans le contrat d'association, Petrowest a rencontré des difficultés financières. Elle a été mise sous séquestre le 15 août 2017. La Cour du Banc de la Reine de l'Alberta a prononcé une ordonnance de mise sous séquestre en vertu du par. 243(1) de la *LFI* (« Ordonnance de mise sous séquestre »). L'Ordonnance de mise sous séquestre a nommé le Séquestre afin qu'il gère les actifs et les biens des débitrices, soit Petrowest et les Sociétés affiliées. Elle autorisait notamment le Séquestre : a) à abandonner l'intérêt des débitrices dans un bien ou à y renoncer; b) à intenter [TRADUCTION] « toute procédure » relativement aux débitrices et à leurs biens; c) à céder les biens des débitrices au profit des créanciers, à devenir leur syndic de faillite et à prendre toutes les mesures raisonnablement requises pour s'acquitter de son rôle de syndic de faillite; d) à « cesser d'exécuter tout contrat des débitrices »; et e) à « recevoir et recouvrer toute somme et créance » dues aux débitrices (d.a., vol. XI, p. 2900-2903).

[15] Le 3 avril 2018, le Séquestre a cédé les biens des Sociétés affiliées au profit des créanciers et est devenu leur syndic de faillite. Il importe de souligner que Petrowest n'est pas elle-même en faillite.

[16] Le 29 août 2018, le Séquestre a, au nom de Petrowest et des Sociétés affiliées, intenté une poursuite civile contre Peace River devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique. Le Séquestre a tenté de recouvrer des fonds qu'il estimait être dus à Petrowest et aux Sociétés affiliées pour des travaux exécutés en sous-traitance en vertu des Ententes principales.

[1] Les Conventions d'arbitrage sont reproduites en annexe des présents motifs.

[17] On August 30, 2018, Peace River was served with the notice of civil claim. In a letter dated September 28, 2018, counsel for Peace River undertook to file a defence. Instead, Peace River ultimately applied under s. 15 of the *Arbitration Act* for a stay of proceedings on the ground that the Arbitration Agreements governed the dispute. The Receiver resisted the application on behalf of Petrowest and the Petrowest Affiliates.

III. Statutory Provisions

[18] This appeal concerns the interplay between two statutes: the *Arbitration Act* and the *BIA*. The key sections of these two statutes are set out below.

Arbitration Act

Definitions

1 In this Act:

. . .

"arbitration agreement" means a written or oral term of an agreement between 2 or more persons to submit present or future disputes between them to arbitration, whether or not an arbitrator is named, but does not include an agreement to which the *International Commercial Arbitration Act* applies;

. . .

Stay of proceedings

15 (1) If a party to an arbitration agreement commences legal proceedings in a court against another party to the agreement in respect of a matter agreed to be submitted to arbitration, a party to the legal proceedings may apply, before filing a response to civil claim or a response to family claim or taking any other step in the proceedings, to that court to stay the legal proceedings.

(2) In an application under subsection (1), the court must make an order staying the legal proceedings unless it determines that the arbitration agreement is void, inoperative or incapable of being performed.

[17] Le 30 août 2018, Peace River a reçu signification de l'avis de poursuite civile. Dans une lettre datée du 28 septembre 2018, l'avocat de Peace River s'est engagé à produire une défense. Au lieu de cela, Peace River a présenté une demande de suspension de l'instance en vertu de l'art. 15 de l'*Arbitration Act* au motif que les Conventions d'arbitrage régissaient le différend. Le Séquestre s'est opposé à la demande, au nom de Petrowest et des Sociétés affiliées.

III. Dispositions statutaires

[18] Le présent pourvoi porte sur l'interaction entre deux lois : l'*Arbitration Act* et la *LFI*. Les dispositions clés de ces deux lois sont reproduites ci-après.

Arbitration Act

[TRADUCTION]

Définitions

1 Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente loi :

. . .

« convention d'arbitrage » Condition écrite ou orale d'une entente conclue entre deux ou plusieurs personnes visant à soumettre à l'arbitrage un différend né ou à naître, qu'un arbitre soit désigné ou non, à l'exclusion d'une entente à laquelle l'*International Commercial Arbitration Act* s'applique;

. . .

Suspension d'instance

15 (1) Si une partie à une convention d'arbitrage intente contre une autre partie à la convention une action relative à une question qui, suivant cette convention, devait être soumise à l'arbitrage, une partie à l'instance peut, avant d'avoir déposé une réponse à la poursuite civile ou à la poursuite en droit familial ou d'avoir autrement agi dans l'instance, demander au tribunal de suspendre l'instance.

(2) Le tribunal saisi de la demande visée au paragraphe (1) suspend l'instance à moins qu'il ne constate que la convention d'arbitrage est nulle, inopérante ou non susceptible d'être exécutée.

BIA

General Provisions

Application of other substantive law

72 (1) The provisions of this Act shall not be deemed to abrogate or supersede the substantive provisions of any other law or statute relating to property and civil rights that are not in conflict with this Act, and the trustee is entitled to avail himself of all rights and remedies provided by that law or statute as supplementary to and in addition to the rights and remedies provided by this Act.

. . .

Jurisdiction of Courts

Courts vested with jurisdiction

183 (1) The following courts are invested with such jurisdiction at law and in equity as will enable them to exercise original, auxiliary and ancillary jurisdiction in bankruptcy and in other proceedings authorized by this Act during their respective terms, as they are now, or may be hereafter, held, and in vacation and in chambers:

. . .

(c) in the Provinces of Nova Scotia and British Columbia, the Supreme Court;

. . .

Secured Creditors and Receivers

Court may appoint receiver

243 (1) Subject to subsection (1.1), on application by a secured creditor, a court may appoint a receiver to do any or all of the following if it considers it to be just or convenient to do so:

(a) take possession of all or substantially all of the inventory, accounts receivable or other property of an insolvent person or bankrupt that was acquired for or used in relation to a business carried on by the insolvent person or bankrupt;

LFI

Dispositions générales

Application d'autres lois positives

72 (1) La présente loi n'a pas pour effet d'abroger ou de remplacer les dispositions de droit substantif d'une autre loi ou règle de droit concernant la propriété et les droits civils, non incompatibles avec la présente loi, et le syndic est autorisé à se prévaloir de tous les droits et recours prévus par cette autre loi ou règle de droit, qui sont supplémentaires et additionnels aux droits et recours prévus par la présente loi.

. . .

Compétence des tribunaux

Tribunaux compétents

183 (1) Les tribunaux suivants possèdent la compétence en droit et en equity qui doit leur permettre d'exercer la juridiction de première instance, auxiliaire et subordonnée en matière de faillite et en d'autres procédures autorisées par la présente loi durant leurs termes respectifs, tels que ces termes sont maintenant ou peuvent par la suite être tenus, pendant une vacance judiciaire et en chambre :

. . .

c) dans les provinces de la Nouvelle-Écosse et de la Colombie-Britannique, la Cour suprême;

. . .

Créanciers garantis et séquestres

Nomination d'un séquestre

243 (1) Sous réserve du paragraphe (1.1), sur demande d'un créancier garanti, le tribunal peut, s'il est convaincu que cela est juste ou opportun, nommer un séquestre qu'il habilite :

a) à prendre possession de la totalité ou de la quasi-totalité des biens — notamment des stocks et comptes à recevoir — qu'une personne insolvable ou un failli a acquis ou utilisés dans le cadre de ses affaires;

(b) exercise any control that the court considers advisable over that property and over the insolvent person's or bankrupt's business; or

(c) take any other action that the court considers advisable.

IV. Decisions Below

A. *British Columbia Supreme Court, 2019 BCSC 2221, 100 B.L.R. (5th) 128 (Iyer J.)*

[19] The first issue before the chambers judge was whether s. 15 of the *Arbitration Act* was engaged. If so, the second issue was whether the court had jurisdiction to decline a stay notwithstanding the application of s. 15(1) of the *Arbitration Act*. Under s. 15(2), the court would be required to stay the proceedings in favour of arbitration unless it found the Arbitration Agreements "void, inoperative or incapable of being performed".

[20] On the first issue, the chambers judge held that s. 15 was engaged. She analyzed the four requirements for a mandatory stay contemplated in s. 15.

[21] First, the chambers judge found that the Receiver was a "party to an arbitration agreement" within the meaning of s. 15(1). She stated that the Receiver was "the trustee in bankruptcy of Petrowest and the Petrowest Affiliates", such that it had acquired their contractual rights to sue on the Main Agreements pursuant to s. 71 of the *BIA* (paras. 16-17). She concluded that by suing on the Main Agreements "in its own name as the trustee", the Receiver became a party to the Arbitration Agreements within the meaning of s. 15(1) (para. 19).

[22] Second, the chambers judge rejected the argument that Peace River had taken a "step in the proceedings" before bringing its stay application. She held that undertaking to file a defence without invoking the rules of court did not constitute a step in the proceedings (*Commonwealth Insurance Co.*

b) à exercer sur ces biens ainsi que sur les affaires de la personne insolvable ou du failli le degré de prise en charge qu'il estime indiqué;

c) à prendre toute autre mesure qu'il estime indiquée.

IV. Décisions des tribunaux d'instance inférieure

A. *Cour suprême de la Colombie-Britannique, 2019 BCSC 2221, 100 B.L.R. (5th) 128 (la juge Iyer)*

[19] La première question que devait trancher la juge en chambre était de savoir si l'art. 15 de l'*Arbitration Act* était en jeu. Dans l'affirmative, la deuxième question était de savoir si le tribunal avait compétence pour refuser une suspension d'instance malgré l'application du par. 15(1) de l'*Arbitration Act*. Selon le par. 15(2), le tribunal est tenu de suspendre l'instance en faveur de l'arbitrage, à moins de conclure que les Conventions d'arbitrage sont « nulle[s], inopérante[s] ou non susceptible[s] d'être exécutée[s] ».

[20] En ce qui a trait à la première question, la juge en chambre a conclu que l'art. 15 était en jeu. Elle a analysé les quatre conditions de la suspension d'instance obligatoire prévue à l'art. 15.

[21] Premièrement, la juge en chambre a statué que le Séquestre était une « partie à une convention d'arbitrage » au sens du par. 15(1). Elle a déclaré qu'il était [TRADUCTION] « le syndic de faillite de Petrowest et des Sociétés affiliées », de sorte qu'il avait acquis leurs droits contractuels d'intenter une poursuite fondée sur les Ententes principales en application de l'art. 71 de la *LFI* (par. 16-17). Elle a conclu qu'en intentant une poursuite fondée sur les Ententes principales [TRADUCTION] « en son propre nom à titre de syndic », le Séquestre était devenu une partie aux Conventions d'arbitrage au sens du par. 15(1) (par. 19).

[22] Deuxièmement, la juge en chambre a rejeté l'argument selon lequel Peace River avait « agi dans l'instance » avant de présenter sa demande de suspension d'instance. Elle a conclu que le fait de s'être engagée à produire une défense sans invoquer les règles de procédure de la cour ne revenait pas à

v. Larc Developments Ltd., 2010 BCCA 18, 315 D.L.R. (4th) 242).

[23] Third, the chambers judge concluded that at least some of the contractual claims advanced by the Receiver were captured under the broadly worded Arbitration Agreements.

[24] Finally, the chambers judge was "prepared to assume" that at least some of the Arbitration Agreements at issue were not void, inoperative, or incapable of performance within the meaning of s. 15(2) (para. 33).

[25] On the second issue before her, the chambers judge concluded that the court had "inherent jurisdiction", flowing from s. 183 of the *BIA*, to override arbitration agreements governed by s. 15 of the *Arbitration Act*. She noted that the exercise of this power could function in one of two ways: (a) it could render an arbitration clause incapable of being performed or inoperative within the meaning of s. 15(2); or (b) if s. 15(2) did not admit of that interpretation, s. 183 of the *BIA* could prevail over s. 15 of the *Arbitration Act* based on the principle of paramountcy. The chambers judge did not address this question because it had not been argued before her (para. 42).

[26] The chambers judge went on to exercise her "inherent jurisdiction" to dismiss the stay application. She found that s. 183 of the *BIA* empowers superior courts to disrupt private contractual rights where doing so is necessary to achieve fairness in the bankruptcy or insolvency process and to promote the underlying objectives of the *BIA*, such as the proper administration and protection of a bankrupt's estate.

[27] The chambers judge noted that enforcing the Arbitration Agreements would entail multiple overlapping arbitrations and potential litigation, resulting in "significant cost and delay" when compared with a single judicial proceeding (para. 60). She emphasized that the parties agreed that overriding the Arbitration Agreements "would promote the efficient

avoir agi dans l'instance (*Commonwealth Insurance Co. c. Larc Developments Ltd.*, 2010 BCCA 18, 315 D.L.R. (4th) 242).

[23] Troisièmement, la juge en chambre a statué que certaines des réclamations contractuelles présentées par le Séquestre étaient visées par le large libellé des Conventions d'arbitrage.

[24] Enfin, la juge en chambre était [TRADUCTION] « disposée à supposer » qu'au moins certaines des conventions d'arbitrage en cause n'étaient pas nulles, inopérantes ou non susceptibles d'être exécutées au sens du par. 15(2) (par. 33).

[25] Quant à la deuxième question dont elle était saisie, la juge en chambre a conclu que le tribunal avait une [TRADUCTION] « compétence inhérente », découlant de l'art. 183 de la *LFI*, pour écarter des conventions d'arbitrage régies par l'art. 15 de l'*Arbitration Act*. Elle a fait remarquer que l'exercice de ce pouvoir pouvait s'opérer de deux manières : a) il pouvait rendre une clause d'arbitrage non susceptible d'être exécutée ou inopérante au sens du par. 15(2); ou b) si le par. 15(2) ne permettait pas cette interprétation, l'art. 183 de la *LFI* pouvait l'emporter sur l'art. 15 de l'*Arbitration Act* en raison du principe de la prépondérance. La juge en chambre n'a pas statué sur cette question, celle-ci n'ayant pas été débattue devant elle (par. 42).

[26] La juge en chambre a ensuite rejeté la demande de suspension d'instance en exerçant sa « compétence inhérente ». Elle a conclu que l'art. 183 de la *LFI* habilite les cours supérieures à intervenir dans l'exercice de droits contractuels privés lorsqu'il est nécessaire de le faire pour assurer l'équité dans le processus de faillite ou d'insolvabilité et pour promouvoir les objectifs sous-tendant la *LFI*, tels que l'administration et la protection adéquates de l'actif du failli.

[27] La juge en chambre a noté que l'exécution des Conventions d'arbitrage entraînerait de nombreuses procédures arbitrales se chevauchant et des litiges éventuels, ce qui donnerait lieu à [TRADUCTION] « [d]es coûts et [d]es délais importants » comparativement aux coûts et aux délais d'une seule et unique procédure judiciaire (par. 60). Elle a souligné

and inexpensive resolution of their dispute" (para. 56). On this basis, the chambers judge concluded that granting a stay would "significantly compromise achievement of the objectives of the *BIA*" (para. 61). She dismissed Peace River's stay application and allowed the civil claim to proceed.

B. *British Columbia Court of Appeal, 2020 BCCA 339, 452 D.L.R. (4th) 535 (Bennett, Dickson and Grauer JJ.A.)*

[28] Peace River appealed the chambers judge's decision, primarily on the basis that courts do not have inherent jurisdiction under s. 183 of the *BIA* to decline a stay mandated by s. 15 of the *Arbitration Act*.

[29] The Court of Appeal dismissed the appeal but did not endorse the chambers judge's reasoning. It cautioned that inherent jurisdiction should be invoked only rarely and cannot be used to negate an unambiguous expression of legislative will (*Ontario v. Criminal Lawyers' Association of Ontario*, 2013 SCC 43, [2013] 3 S.C.R. 3; *Residential Warranty Co. of Canada Inc. (Re)*, 2006 ABCA 293, 275 D.L.R. (4th) 498; *United Used Auto & Truck Parts Ltd., Re*, 2000 BCCA 146, 16 C.B.R. (4th) 141). However, the Court of Appeal found it unnecessary to consider whether the chambers judge had discretion under the *BIA* to refuse to grant a stay notwithstanding the application of s. 15 of the *Arbitration Act*.

[30] The Court of Appeal relied on the doctrine of separability in arbitration law, which permits an arbitration clause to be treated as a "self-contained contract collateral to the containing contract" (*Harbour Assurance Co. (U.K.) Ltd. v. Kansa General International Insurance Co. Ltd.*, [1993] 3 W.L.R. 42 (C.A.), at p. 49; see also *Uber Technologies Inc. v. Heller*, 2020 SCC 16, [2020] 2 S.C.R. 118, at paras. 221-25, per Côté J., dissenting, but not on this point). According to the Court of Appeal, separability

que les parties ont convenu que le fait d'écarter les Conventions d'arbitrage [TRADUCTION] « favoriserait le règlement efficace et peu coûteux de leur différend » (par. 56). Sur cette base, la juge a conclu que suspendre l'instance [TRADUCTION] « compromettrait grandement l'atteinte des objectifs de la *LFI* » (par. 61). Elle a rejeté la demande de suspension d'instance de Peace River afin de permettre à la poursuite civile de suivre son cours.

B. *Cour d'appel de la Colombie-Britannique, 2020 BCCA 339, 452 D.L.R. (4th) 535 (les juges Bennett, Dickson et Grauer)*

[28] Peace River a interjeté appel de la décision de la juge en chambre, principalement au motif que les tribunaux ne disposent pas, en vertu de l'art. 183 de la *LFI*, d'une compétence inhérente leur permettant de refuser la suspension d'instance prévue à l'art. 15 de l'*Arbitration Act*.

[29] La Cour d'appel a rejeté l'appel, mais n'a pas souscrit au raisonnement de la juge en chambre. Elle a fait la mise en garde portant que la compétence inhérente ne devrait que rarement être invoquée et qu'elle ne peut servir pour passer outre à la volonté clairement exprimée du législateur (*Ontario c. Criminal Lawyers' Association of Ontario*, 2013 CSC 43, [2013] 3 R.C.S. 3; *Residential Warranty Co. of Canada Inc. (Re)*, 2006 ABCA 293, 275 D.L.R. (4th) 498; *United Used Auto & Truck Parts Ltd., Re*, 2000 BCCA 146, 16 C.B.R. (4th) 141). Cependant, la Cour d'appel n'a pas jugé nécessaire de statuer sur la question de savoir si la juge en chambre disposait du pouvoir discrétionnaire, en vertu de la *LFI*, de refuser de suspendre l'instance malgré l'application de l'art. 15 de l'*Arbitration Act*.

[30] La Cour d'appel s'est fondée sur la doctrine de la séparabilité en droit de l'arbitrage, selon laquelle une clause d'arbitrage est un [TRADUCTION] « contrat indépendant collatéral au contrat dans lequel elle figure » (*Harbour Assurance Co. (U.K.) Ltd. c. Kansa General International Insurance Co. Ltd.*, [1993] 3 W.L.R. 42 (C.A.), p. 49; voir aussi *Uber Technologies Inc. c. Heller*, 2020 CSC 16, [2020] 2 R.C.S. 118, par. 221-225, la juge Côté, dissidente, mais non sur ce point). Selon la Cour d'appel, la séparabilité permet

allows a receiver, as a court-appointed fiduciary, to disclaim an otherwise valid arbitration agreement even though it has adopted the containing contract for the purpose of suing on it (para. 55).

[31] Applying the doctrine of separability, the Court of Appeal found that the Receiver had disclaimed the Arbitration Agreements by bringing the civil claim on behalf of Petrowest and the Petrowest Affiliates. Accordingly, the Receiver was not a party to those agreements and s. 15 of the *Arbitration Act* did not apply. In any event, if the Receiver was a party, its disclaimer rendered the Arbitration Agreements inoperative or incapable of being performed within the meaning of s. 15(2) (para. 56). Accordingly, the Court of Appeal dismissed the appeal, upholding the chambers judge's decision to refuse to grant a stay in favour of arbitration.

V. Issues

[32] This appeal raises the following question:

- In what circumstances is an otherwise valid arbitration agreement unenforceable under s. 15(2) of the *Arbitration Act* in the context of a court-ordered receivership under the *BIA*?

[33] This question raises the following sub-questions:

(a) Did the Court of Appeal err in concluding that s. 15 of the *Arbitration Act* is not engaged?

(b) If s. 15 is engaged, did the chambers judge err in finding that a court nevertheless has jurisdiction to refuse a stay of proceedings in the context of a court-ordered receivership under the *BIA*?

(c) If a court has jurisdiction to refuse to grant a stay in the context of a court-ordered receivership, how should this jurisdiction be exercised in this case?

à un séquestre, à titre de fiduciaire nommé par le tribunal, de renoncer à une convention d'arbitrage par ailleurs valide, malgré le fait qu'il ait ratifié le contrat dans lequel elle figure afin d'intenter une poursuite sur la base de celui-ci (par. 55).

[31] Appliquant la doctrine de la séparabilité, la Cour d'appel a conclu que le Séquestre avait renoncé aux Conventions d'arbitrage en intentant la poursuite civile au nom de Petrowest et des Sociétés affiliées. Ainsi, le Séquestre n'était pas une partie à ces ententes et l'art. 15 de l'*Arbitration Act* ne s'appliquait pas. À tout événement, si le Séquestre était partie aux ententes, sa renonciation a rendu les Conventions d'arbitrage inopérantes ou non susceptibles d'être exécutées au sens du par. 15(2) (par. 56). Par conséquent, la Cour d'appel a rejeté l'appel et a confirmé la décision de la juge en chambre de refuser de suspendre l'instance en faveur de l'arbitrage.

V. Questions en litige

[32] Le présent pourvoi soulève la question suivante :

- Dans quelles circonstances une convention d'arbitrage par ailleurs valide est-elle inexécutoire en vertu du par. 15(2) de l'*Arbitration Act* dans le contexte d'une mise sous séquestre ordonnée par le tribunal en vertu de la *LFI*?

[33] Cette question soulève les sous-questions suivantes :

a) La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en concluant que l'art. 15 de l'*Arbitration Act* n'est pas en jeu?

b) Si l'art. 15 est en jeu, la juge en chambre a-t-elle commis une erreur en statuant que le tribunal a néanmoins compétence pour refuser une suspension d'instance dans le contexte d'une mise sous séquestre ordonnée par le tribunal en vertu de la *LFI*?

c) Si le tribunal a compétence pour refuser d'accorder une suspension d'instance dans le contexte d'une mise sous séquestre ordonnée par le tribunal, comment cette compétence devrait-elle être exercée en l'espèce?

[34] In brief, I conclude that s. 15 of the *Arbitration Act* does not require a court, in every case, to stay a civil claim brought by a court-appointed receiver where the claim is subject to a valid arbitration agreement. A court may decline to grant a stay where the party seeking to avoid arbitration establishes that the arbitration agreement at issue is "void, inoperative or incapable of being performed" within the meaning of s. 15(2). In the context of a court-ordered receivership, an arbitration agreement may be inoperative if enforcing it would compromise the orderly and efficient resolution of the receivership. This analysis necessarily turns on the particular factual scenario before the court.

[35] Applying the foregoing, I find that the Receiver, on behalf of Petrowest and the Petrowest Affiliates, has established that the Arbitration Agreements are inoperative. I see no basis on which to interfere with the chambers judge's finding that a single judicial process "will be faster and less expensive" than the multiple overlapping proceedings required by the Arbitration Agreements (para. 56). The parties agreed before the chambers judge that proceeding through the courts, rather than by arbitration, "would promote the efficient and inexpensive resolution of their dispute" (para. 56). On this basis, I conclude that arbitration would compromise the orderly and efficient resolution of the receivership, contrary to the objectives of the *BIA*.

[36] Therefore, the chambers judge was entitled to refuse Peace River's request for a stay in favour of arbitration under s. 15(2) of the *Arbitration Act*. I would accordingly dismiss the appeal.

VI. Analysis

[37] My analysis below proceeds as follows. First, I explain and apply the "competence-competence" principle. Second, I discuss the relationship between arbitration law and insolvency law, including key commonalities between these bodies of law. Third, I outline the general two-part framework applicable

[34] En bref, je conclus que l'art. 15 de l'*Arbitration Act* n'exige pas, dans tous les cas, que le tribunal suspende une poursuite civile intentée par un séquestre nommé par le tribunal lorsque la réclamation est visée par une convention d'arbitrage valide. Le tribunal peut refuser d'accorder une suspension d'instance lorsque la partie qui cherche à éviter l'arbitrage démontre que la convention d'arbitrage en cause est « nulle, inopérante ou non susceptible d'être exécutée » au sens du par. 15(2). Dans le contexte d'une mise sous séquestre ordonnée par le tribunal, une convention d'arbitrage peut être inopérante si le fait de l'exécuter compromettrait le règlement ordonné et efficace de la mise sous séquestre. L'analyse dépend nécessairement du contexte factuel présenté au tribunal.

[35] Appliquant ce qui précède au présent pourvoi, je conclus que le Séquestre, au nom de Petrowest et des Sociétés affiliées, a démontré que les Conventions d'arbitrage sont inopérantes. Je ne vois aucune raison de modifier la conclusion de la juge en chambre selon laquelle une seule et unique procédure judiciaire [TRADUCTION] « sera plus rapide et moins coûteuse » que les nombreuses procédures arbitrales se chevauchant résultant des Conventions d'arbitrage (par. 56). Les parties ont convenu devant la juge en chambre que le fait de procéder par voie judiciaire, plutôt que par voie d'arbitrage, [TRADUCTION] « favoriserait le règlement efficace et peu coûteux de leur différend » (par. 56). Pour cette raison, je conclus que l'arbitrage compromettrait le règlement ordonné et efficace de la mise sous séquestre, contrairement aux objectifs visés par la *LFI*.

[36] Par conséquent, la juge en chambre pouvait, en vertu du par. 15(2) de l'*Arbitration Act*, refuser la demande de suspension d'instance en faveur de l'arbitrage présentée par Peace River. Je rejetterais donc le pourvoi.

VI. Analyse

[37] Mon analyse procède comme suit. Premièrement, j'explique et j'applique le principe de « compétence-compétence ». Deuxièmement, j'analyse le lien entre le droit de l'arbitrage et le droit de l'insolvabilité, notamment les principaux points communs qui unissent ces deux ensembles de règles

on stay applications brought under domestic arbitration legislation in Canada. Fourth, I interpret s. 15 of the *Arbitration Act* and resolve the four interpretive issues raised. Finally, I apply the two-part s. 15 stay framework to this case.

A. *Competence-Competence Principle*

[38] I begin with a discussion of the competence-competence principle in Canadian arbitration law, as it is germane to the issues in this appeal.

(1) General Principle

[39] Competence-competence is a principle that gives precedence to the arbitration process. It holds that, generally speaking, "arbitrators should be allowed to exercise their power to rule first on their own jurisdiction" (*Dell Computer Corp. v. Union des consommateurs*, 2007 SCC 34, [2007] 2 S.C.R. 801, at para. 70). This preference for arbitration is a departure from the traditional approach in Canada, which favoured an interventionist judicial role (*Dell*, at para. 69). Historically, judges took a dim view of arbitration, "treating it as a 'second-class method of dispute resolution'" (*TELUS Communications Inc. v. Wellman*, 2019 SCC 19, [2019] 2 S.C.R. 144, at para. 48; *Seidel v. TELUS Communications Inc.*, 2011 SCC 15, [2011] 1 S.C.R. 531, at para. 96).

[40] However, in 1986, Canada acceded to the United Nations *Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards*, Can. T.S. 1986 No. 43 ("New York Convention"), which established a single, uniform set of rules for international commercial arbitration that applied worldwide. Canada also adopted the *UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration*, U.N. Doc. A/40/17, Ann. I, June 21, 1985 ("Model Law"), prepared by the United Nations Commission on International Trade Law. The Model Law was intended to guide legislative development in jurisdictions seeking to establish a modern legal framework in order

de droit. Troisièmement, je décris le cadre d'analyse général en deux volets applicable aux demandes de suspension d'instance présentées en vertu de dispositions législatives sur l'arbitrage interne au Canada. Quatrièmement, j'interprète l'art. 15 de l'*Arbitration Act* et je tranche les quatre questions d'interprétation soulevées. Enfin, j'applique le cadre d'analyse en deux volets prescrit par l'art. 15 au présent pourvoi.

A. *Principe de compétence-compétence*

[38] J'analyse d'abord le principe de compétence-compétence en droit canadien de l'arbitrage, car il est pertinent à l'égard des questions soulevées dans le présent pourvoi.

(1) Principe général

[39] Le principe de compétence-compétence donne préséance au processus arbitral. De façon générale, ce principe « favorise l'exercice par l'arbitre de son pouvoir de se prononcer en premier lieu sur sa propre compétence » (*Dell Computer Corp. c. Union des consommateurs*, 2007 CSC 34, [2007] 2 R.C.S. 801, par. 70). Cette préférence pour l'arbitrage s'écarte de l'approche traditionnelle au Canada, laquelle favorisait un rôle judiciaire interventionniste (*Dell*, par. 69). Dans le passé, les juges voyaient d'un mauvais œil l'arbitrage, « qu'ils considéraient comme "un mécanisme de résolution des différends de deuxième ordre" » (*TELUS Communications Inc. c. Wellman*, 2019 CSC 19, [2019] 2 R.C.S. 144, par. 48; *Seidel c. TELUS Communications Inc.*, 2011 CSC 15, [2011] 1 R.C.S. 531, par. 96).

[40] Cependant, en 1986, le Canada a adhéré à la convention des Nations Unies intitulée *Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères*, R.T. Can. 1986 nº 43 (« Convention de New York »), laquelle a établi un seul ensemble de règles uniformes relatives à l'arbitrage commercial international qui s'appliquaient à l'échelle mondiale. Le Canada a également adopté la *Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international*, Doc. N.U. A/40/17, ann. I, 21 juin 1985 (« Loi type »), préparée par la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international. La Loi type visait à guider l'évolution en matière législative dans les pays

to encourage commercial arbitration (J. K. McEwan and L. B. Herbst, *Commercial Arbitration in Canada: A Guide to Domestic and International Arbitrations* (loose-leaf), at § 1:4). Article 16 of the Model Law articulates the competence-competence principle. British Columbia adopted the principle, as set out in the Model Law, through s. 22 of the *Arbitration Act* (*Seidel*, at para. 28).

[41] In light of the foregoing, it is well established in Canada that a challenge to an arbitrator's jurisdiction should generally be decided at first instance by the arbitrator (see *Uber*, at paras. 31-34; *Seidel*; *Dell*; *Rogers Wireless Inc. v. Muroff*, 2007 SCC 35, [2007] 2 S.C.R. 921). This reflects the presumption that arbitrators have fact-finding expertise comparable to that of courts, and that the parties intended an arbitrator to determine the validity and scope of their agreement (McEwan and Herbst, at § 5:10).

(2) Exceptions to the Competence-Competence Principle

[42] The competence-competence principle is not absolute, however. A court may resolve a challenge to an arbitrator's jurisdiction if the challenge involves pure questions of law, or questions of mixed fact and law requiring only superficial consideration of the evidentiary record (*Uber*, at para. 32; *Dell*, at paras. 84-85). This exception is justified by the particular expertise that courts have in deciding such questions. Further, it allows a legal argument relating to the arbitrator's jurisdiction "to be resolved once and for all, and also allows the parties to avoid duplication of a strictly legal debate" (*Dell*, at para. 84).

(3) Application of the Principle in This Case

[43] The questions in this appeal are of mixed fact and law. In the circumstances of this case, all that is required is the interpretation of arbitration and insolvency legislation and a superficial consideration of the evidentiary record. Accordingly, a court is entitled to

cherchant à établir un cadre législatif moderne afin d'encourager l'arbitrage commercial (J. K. McEwan et L. B. Herbst, *Commercial Arbitration in Canada : A Guide to Domestic and International Arbitrations* (feuilles mobiles), § 1:4). L'article 16 de la Loi type reconnaît clairement le principe de compétence-compétence. La Colombie-Britannique a adopté le principe, tel qu'il est énoncé dans la Loi type, au moyen de l'art. 22 de l'*Arbitration Act* (*Seidel*, par. 28).

[41] Compte tenu de ce qui précède, il est bien établi qu'au Canada, la règle générale veut que toute contestation de la compétence d'un arbitre doive d'abord être tranchée par ce dernier (voir *Uber*, par. 31-34; *Seidel*; *Dell*; *Rogers Sans-fil inc. c. Muroff*, 2007 CSC 35, [2007] 2 R.C.S. 921). Cette règle repose sur la présomption voulant que les arbitres possèdent une expertise en matière d'appréciation des faits comparable à celle des tribunaux, et que les parties entendaient qu'un arbitre détermine la validité et la portée de leur entente (McEwan et Herbst, § 5:10).

(2) Exceptions au principe de compétence-compétence

[42] Le principe de compétence-compétence n'est toutefois pas absolu. Un tribunal peut trancher une contestation de la compétence d'un arbitre si la contestation repose uniquement sur des questions de droit, ou repose sur des questions mixtes de fait et de droit qui ne requièrent qu'un examen superficiel de la preuve documentaire (*Uber*, par. 32; *Dell*, par. 84-85). Cette exception découle de l'expertise particulière dont jouissent les tribunaux sur de telles questions. De plus, elle permet qu'un argument de droit relatif à la compétence de l'arbitre soit « tranché une fois pour toutes, évitant aux parties le dédoublement d'un débat strictement juridique » (*Dell*, par. 84).

(3) Application du principe en l'espèce

[43] Les questions soulevées dans le présent pourvoi sont des questions mixtes de fait et de droit. Dans les circonstances de l'espèce, il suffit d'interpréter des dispositions législatives en matière d'arbitrage et d'insolvabilité et de procéder à un examen superficiel

resolve the question of arbitral jurisdiction without offending the competence-competence principle.

B. *Relationship Between Arbitration Law and Insolvency Law*

[44] To decide this appeal, I must determine the effect, if any, that the receivership of Petrowest and the Petrowest Affiliates under the federal *BIA* has on the Arbitration Agreements, which are governed by British Columbia's *Arbitration Act*. Before I do so, it is helpful to explain the interaction between arbitration law and insolvency law more generally.

[45] Arbitration law and insolvency law have long been understood to embody "opposing interests" (see, e.g., W. Kühn, "Arbitration and Insolvency" (2011), 5 *Disp. Res. Int'l* 203, at p. 203; M. A. Salzberg and G. M. Zinkgraf, "When Worlds Collide: The Enforceability of Arbitration Agreements in Bankruptcy" (2007), 27 *Franchise L.J.* 37; P. F. Kirgis, "Arbitration, Bankruptcy, and Public Policy: A Contractarian Analysis" (2009), 17 *Am. Bankr. Inst. L. Rev.* 503; D. Chan and S. Rajagopal, "To Stay or Not to Stay? A Clash of Arbitration and Insolvency Regimes" (2021), 38 *J. Int'l Arb.* 457). In an oft-cited passage, the United States Court of Appeals for the Second Circuit described the interaction between arbitration law and insolvency law as "a conflict of near polar extremes: bankruptcy policy exerts an inexorable pull towards centralization while arbitration policy advocates a decentralized approach towards dispute resolution" (*In re U.S. Lines, Inc.*, 197 F.3d 631 (1999), at p. 640; see also *Societe Nationale Algerienne v. Distrigas Corp.*, 80 B.R. 606 (D. Mass. 1987), at p. 610).

[46] Recently, two trends have thrown this tension into sharp relief. First, arbitration has become an increasingly popular mechanism for resolving commercial disputes, both in Canada and abroad (*Wellman*, at para. 54; *Seidel*, at para. 23). Today, parties and counsel alike recognize the potential strategic and

de la preuve documentaire. Par conséquent, le tribunal peut trancher la question portant sur la compétence arbitrale sans contrevenir au principe de compétence-compétence.

B. *Lien entre le droit de l'arbitrage et le droit de l'insolvabilité*

[44] Pour trancher le présent pourvoi, je dois déterminer l'effet, s'il en est, qu'a la mise sous séquestre, en vertu de la *LFI* fédérale, de Petrowest et des Sociétés affiliées sur les Conventions d'arbitrage, qui sont régies par l'*Arbitration Act* de la Colombie-Britannique. Avant de poursuivre, il est utile d'expliquer l'interaction entre le droit de l'arbitrage et le droit de l'insolvabilité de manière générale.

[45] Le droit de l'arbitrage et le droit de l'insolvabilité sont depuis longtemps considérés comme englobant des [TRADUCTION] « intérêts opposés » (voir, p. ex., W. Kühn, « Arbitration and Insolvency » (2011), 5 *Disp. Res. Int'l* 203, p. 203; M. A. Salzberg et G. M. Zinkgraf, « When Worlds Collide : The Enforceability of Arbitration Agreements in Bankruptcy » (2007), 27 *Franchise L.J.* 37; P. F. Kirgis, « Arbitration, Bankruptcy, and Public Policy : A Contractarian Analysis » (2009), 17 *Am. Bankr. Inst. L. Rev.* 503; D. Chan et S. Rajagopal, « To Stay or Not to Stay? A Clash of Arbitration and Insolvency Regimes » (2021), 38 *J. Int'l Arb.* 457). Dans un passage souvent cité, la Cour d'appel des États-Unis pour le deuxième circuit a décrit l'interaction entre le droit de l'arbitrage et le droit de l'insolvabilité comme [TRADUCTION] « un conflit entre deux pôles extrêmes : la politique sur la faillite milite inexorablement en faveur d'une centralisation, alors que la politique sur l'arbitrage prône une approche décentralisée à l'égard du règlement des différends » (*In re U.S. Lines, Inc.*, 197 F.3d 631 (1999), p. 640; voir aussi *Societe Nationale Algerienne c. Distrigas Corp.*, 80 B.R. 606 (D. Mass. 1987), p. 610).

[46] Récemment, deux tendances ont mis clairement cette tension en évidence. Premièrement, l'arbitrage est devenu un mécanisme de règlement des différends commerciaux de plus en plus populaire, et ce, tant au Canada qu'à l'étranger (*Wellman*, par. 54; *Seidel*, par. 23). De nos jours, les parties comme les avocats

tactical advantages of arbitration as compared to traditional litigation. These may include privacy and confidentiality, efficiency and timeliness, relaxed rules of evidence, freedom to determine procedural rules and select decision makers with relevant expertise, and cross-border enforceability of awards (J. B. Casey, *Arbitration Law of Canada: Practice and Procedure* (3rd ed. 2017), at ch. 1.6).

[47] Second, economic shocks, including the 2008 financial crisis and the disruptions resulting from the COVID-19 pandemic, have placed increased demands on our insolvency laws (L. W. Houlden, G. B. Morawetz and J. Sarra, *Bankruptcy and Insolvency Law of Canada* (4th ed. rev. (loose-leaf)), at § 1:6; H. Esslinger, "Creditors Over Contract: A Case Comment on *Chandos*", in J. Corraini and D. B. Nixon, eds., *Annual Review of Insolvency Law 2021* (2022), 747; V. W. DaRe and T. Prpa, "Imagine One Restructuring Act in Canada" (2021), 36 *B.F.L.R.* 363, at p. 364).

[48] It is thus not unusual now for a commercial party to find itself in a dispute governed by an arbitration agreement with an insolvent or bankrupt counterparty. In this scenario, there is a tension between arbitration law and insolvency law as regards the forum in which the dispute is to be resolved. To understand this tension, it is necessary to briefly outline the characteristics of arbitration and insolvency proceedings. Despite clear differences, these two bodies of law have much in common. Accordingly, as I will explain, courts must assess the enforceability of arbitration agreements in the context of parallel insolvency proceedings on a case-by-case basis. Below, I provide guidance in this regard.

(1) Dispute Resolution by Arbitration

[49] The modern view expressed in Canadian arbitration legislation is that parties should be held to their contractual agreements to arbitrate. This gives effect to the concept of "party autonomy", according to which parties are free to "charter a private tribunal"

reconnaissent les avantages stratégiques et tactiques qu'offre l'arbitrage comparativement au litige traditionnel. Ces avantages peuvent comprendre le respect de la vie privée et la confidentialité, l'efficacité et la rapidité, la souplesse des règles de preuve, la liberté de déterminer les règles de procédure et de choisir les décideurs possédant une expertise pertinente, ainsi que le caractère exécutoire transfrontalier des sentences (J. B. Casey, *Arbitration Law of Canada : Practice and Procedure* (3e éd. 2017), c. 1.6).

[47] Deuxièmement, les chocs économiques, dont la crise financière de 2008 et les perturbations résultant de la pandémie de COVID-19, ont imposé des exigences accrues sur nos lois en matière d'insolvabilité (L. W. Houlden, G. B. Morawetz et J. Sarra, *Bankruptcy and Insolvency Law of Canada* (4e éd. rév. (feuilles mobiles)), § 1:6; H. Esslinger, « Creditors Over Contract : A Case Comment on *Chandos* », dans J. Corraini et D. B. Nixon, dir., *Annual Review of Insolvency Law 2021* (2022), 747; V. W. DaRe et T. Prpa, « Imagine One Restructuring Act in Canada » (2021), 36 *B.F.L.R.* 363, p. 364).

[48] Il n'est donc plus inhabituel qu'une partie commerciale se trouve impliquée dans un différend régi par une convention d'arbitrage avec une partie cocontractante insolvable ou en faillite. Dans cette hypothèse, il existe une tension entre le droit de l'arbitrage et le droit de l'insolvabilité quant à l'instance devant laquelle le différend doit être réglé. Pour comprendre cette tension, il est nécessaire de décrire brièvement les caractéristiques des procédures d'arbitrage et d'insolvabilité. Malgré des différences évidentes, ces deux ensembles de règles de droit ont beaucoup en commun. Par conséquent, comme je l'explique, les tribunaux doivent évaluer au cas par cas le caractère exécutoire de conventions d'arbitrage en présence de procédures d'insolvabilité parallèles. J'offre ci-après des directives à cet égard.

(1) Règlement des différends par voie d'arbitrage

[49] Selon la conception moderne exprimée dans la législation canadienne en matière d'arbitrage, les parties sont tenues de respecter leurs conventions d'arbitrage. Cela donne effet au concept de l'« autonomie des parties », selon lequel les parties

to resolve their disputes (*Wellman*, at para. 52, citing *Astoria Medical Group v. Health Insurance Plan of Greater New York*, 182 N.E.2d 85 (N.Y. 1962), at p. 87; M. Pavlović and A. Daimsis, "Arbitration", in J. C. Kleefeld et al., eds., *Dispute Resolution: Readings and Case Studies* (4th ed. 2016), 483, at p. 485). Party autonomy is closely related to freedom of contract (*Hofer v. Hofer*, [1970] S.C.R. 958, at p. 963). Modern arbitration legislation is premised on these principles, which inform the policy choices embodied in provincial arbitration statutes like the *Arbitration Act* (*Wellman*, at para. 52).

[50] Party autonomy and freedom of contract go hand in hand with the principle of limited court intervention in arbitral proceedings. This latter principle is "fundamental" to modern arbitration law and "finds expression throughout modern Canadian arbitration legislation" (*Wellman*, at paras. 52-55; McEwan and Herbst, at § 10:2; Casey, at ch. 7.1). For instance, s. 4(a) of British Columbia's new *Arbitration Act*, S.B.C. 2020, c. 2, provides that "[i]n matters governed by this Act, a court must not intervene unless so provided in this Act". Similar expressions of principle are found in provincial arbitration legislation across the country. It follows that, generally speaking, judicial intervention in commercial disputes governed by a valid arbitration clause should be the exception, not the rule.

(2) Dispute Resolution in Insolvency

[51] On the other hand, insolvency proceedings are creatures of statute subject to close judicial oversight.

[52] Insolvency engages broad public interests. It "affects all of the stakeholders of the insolvent business enterprise", including creditors, employees, landlords, suppliers, shareholders, and customers (K. P. McElcheran, *Commercial Insolvency in Canada* (4th ed. 2019), at ¶1.1). In the case of very large companies, an insolvency may even "threaten the existence of whole communities" (¶1.1). Canadian

sont libres de [TRADUCTION] « charge[r] [. . .] un tribunal privé » de régler leurs différends (*Wellman*, par. 52, citant *Astoria Medical Group c. Health Insurance Plan of Greater New York*, 182 N.E.2d 85 (N.Y. 1962), p. 87; M. Pavlović et A. Daimsis, « Arbitration », dans J. C. Kleefeld et autres, dir., *Dispute Resolution : Readings and Case Studies* (4e éd. 2016), 483, p. 485). L'autonomie des parties est étroitement liée à la liberté contractuelle (*Hofer c. Hofer*, [1970] R.C.S. 958, p. 963). La législation moderne en matière d'arbitrage est fondée sur ces principes, lesquels sous-tendent les choix de politique enchâssés dans les lois provinciales sur l'arbitrage comme l'*Arbitration Act* (*Wellman*, par. 52).

[50] L'autonomie des parties et la liberté contractuelle vont de pair avec le principe de l'intervention limitée des tribunaux dans les procédures arbitrales. Ce principe est « fondamental » au droit moderne de l'arbitrage et « est exprimé à maintes reprises dans la législation canadienne moderne en matière d'arbitrage » (*Wellman*, par. 52-55; McEwan et Herbst, § 10:2; Casey, c. 7.1). Par exemple, l'al. 4(a) du nouveau *Arbitration Act*, S.B.C. 2020, c. 2, de la Colombie-Britannique indique que [TRADUCTION] « [p]our toutes les questions régies par la présente loi, le tribunal ne peut intervenir que dans les cas où celle-ci le prévoit ». Des énoncés de principe semblables se retrouvent dans les lois provinciales en matière d'arbitrage partout au pays. Il s'ensuit que, de façon générale, l'intervention des tribunaux dans les différends commerciaux régis par une clause d'arbitrage valide devrait être l'exception, et non la règle.

(2) Règlement des différends en cas d'insolvabilité

[51] Par ailleurs, les procédures d'insolvabilité sont d'origine législative et soumises à une surveillance judiciaire étroite.

[52] L'insolvabilité met en cause de larges intérêts publics. Elle [TRADUCTION] « touche toutes les parties prenantes de l'entreprise commerciale insolvable », y compris les créanciers, les employés, les locateurs, les fournisseurs, les actionnaires et les clients (K. P. McElcheran, *Commercial Insolvency in Canada* (4e éd. 2019), ¶1.1). Dans le cas de très grandes entreprises, une situation d'insolvabilité peut

legislation therefore offers stakeholders a wide range of judicial procedures to resolve problems presented by an insolvency (¶¶1.1-1.12).

[53] This procedural flexibility has allowed Canadian courts to become instrumental in (a) providing a forum for the orderly resolution of the competing rights and objectives of individual stakeholders of insolvent business enterprises, and (b) creating mechanisms for the preservation of the value of the insolvent business or its assets for the benefit of all stakeholders (*Century Services Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2010 SCC 60, [2010] 3 S.C.R. 379, at paras. 2 and 22; McElcheran, at ¶¶1.1-1.14). I elaborate on these two points below.

(a) *Single Proceeding Model*

[54] The central role of courts in ensuring the equitable and orderly resolution of insolvency disputes is reflected in the "single proceeding model".

[55] This model favours the enforcement of stakeholder rights through a centralized judicial process. The legislative policy in favour of "single control" is reflected in Canadian bankruptcy, insolvency, and winding-up legislation (*Century Services*, at paras. 22-23). The single proceeding model is intended to mitigate the inefficiency and chaos that would result if each stakeholder in an insolvency initiated a separate claim to enforce its rights. In other words, the single proceeding model protects the clear "public interest in the expeditious, efficient and economical clean-up of the aftermath of a financial collapse" (*Sam Lévy & Associés Inc. v. Azco Mining Inc.*, 2001 SCC 92, [2001] 3 S.C.R. 978, at para. 27, citing *Stewart v. LePage* (1916), 53 S.C.R. 337). This Court has held that s. 183(1) of the *BIA* confers a "broad scope of authority" on superior courts to deal with most bankruptcy disputes, as "[a]nything less would unnecessarily complicate and undermine the economical and expeditious winding up of the bankrupt's affairs" (*Sam Lévy*, at para. 38).

même [TRADUCTION] « menacer l'existence de communautés entières » (¶1.1). La législation canadienne offre donc aux parties prenantes un vaste éventail de procédures judiciaires pour régler les problèmes qui interviennent en raison de l'insolvabilité (¶1.1-1.12).

[53] Cette souplesse procédurale a permis aux tribunaux canadiens de jouer un rôle important a) en offrant une instance où régler de manière ordonnée les questions relatives aux droits et objectifs concurrents de chacune des parties prenantes d'entreprises commerciales insolvables, et b) en créant des mécanismes permettant de préserver la valeur de l'entreprise insolvable ou de ses actifs au profit de toutes les parties prenantes (*Century Services Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2010 CSC 60, [2010] 3 R.C.S. 379, par. 2 et 22; McElcheran, ¶1.1-1.14). J'examine ces deux points ci-après.

a) *Modèle de la procédure unique*

[54] Le rôle central que jouent les tribunaux dans le règlement équitable et ordonné des différends en matière d'insolvabilité se reflète dans le « modèle de la procédure unique ».

[55] Ce modèle favorise la protection des droits des parties prenantes dans le cadre d'un processus judiciaire centralisé. La politique législative favorable au « contrôle unique » se reflète dans la législation canadienne en matière de faillite, d'insolvabilité et de liquidation (*Century Services*, par. 22-23). Le modèle de la procédure unique vise à atténuer l'inefficacité et le chaos qu'il y aurait si chaque partie prenante dans un cas d'insolvabilité présentait une réclamation distincte pour faire valoir ses droits. Autrement dit, ce modèle protège l'« intérêt public [manifeste] à la gestion expéditive, efficace et économique des retombées d'un effondrement financier » (*Sam Lévy & Associés Inc. c. Azco Mining Inc.*, 2001 CSC 92, [2001] 3 R.C.S. 978, par. 27, citant *Stewart c. LePage* (1916), 53 R.C.S. 337). Notre Cour a conclu que le par. 183(1) de la *LFI* confère une « vaste compétence » aux cours supérieures pour trancher la plupart des litiges en matière de faillite, car toute compétence moindre « compliquerait et entraverait inutilement la liquidation économique et expéditive de l'actif du failli » (*Sam Lévy*, par. 38).

(b) *Court-Ordered Receiverships Under the BIA*

[56] Court-ordered receiverships under s. 243 of the *BIA*, like the receivership in the present case, are one available tool for enhancing the judicial oversight and flexibility underlying Canadian insolvency law. Section 243(1) of the *BIA* confers broad authority on a court to appoint a receiver if the court "considers it to be just or convenient to do so". Under s. 243(1), a court may appoint a receiver to do any of the following, with a view to enhancing and facilitating the preservation and realization of the debtor's assets for the benefit of all creditors: (a) take possession of all or substantially all of the debtor's inventory, accounts receivable or other property that was acquired for or used in relation to a business carried on by the debtor; (b) exercise any control that the court considers advisable over that property and over the debtor's business; or (c) take "any other action that the court considers advisable" (R. J. Wood, *Bankruptcy and Insolvency Law* (2nd ed. 2015), at pp. 553-54).

[57] Given the breadth of their powers, court-appointed receivers are necessarily subject to close judicial oversight. Receivers represent neither a security holder nor the debtor; they are officers of the court whose "sole authority is derived from . . . Court appointment and from the directions given [to them] by the Court" (*Ostrander v. Niagara Helicopters Ltd.* (1973), 1 O.R. (2d) 281 (H.C.), at p. 286). In most cases, including the one at bar, a court order under s. 243 of the *BIA* gives a receiver wide-ranging powers.

[58] Despite this flexibility, court-appointed receivers have a fiduciary duty to act honestly and in the best interests of *all* interested parties. For example, a receiver is generally not permitted to terminate existing contracts between third parties and the debtor, but must apply to the court to discharge onerous contracts, such as those which would be unduly costly to perform (F. Bennett, *Bennett on Receiverships* (3rd ed. 2011), at p. 42; *Parsons v. Sovereign Bank of Canada*, [1913] A.C. 160 (P.C.), per Viscount Haldane L.C.).

b) *Mise sous séquestre ordonnée par le tribunal en vertu de la LFI*

[56] La mise sous séquestre ordonnée par le tribunal en vertu de l'art. 243 de la *LFI*, comme la mise sous séquestre en l'espèce, est l'un des outils disponibles pour accroître la surveillance et la souplesse judiciaires qui sous-tendent le droit de l'insolvabilité au Canada. Le paragraphe 243(1) de la *LFI* confère au tribunal un vaste pouvoir de nommer un séquestre si le tribunal « est convaincu que cela est juste ou opportun ». En vertu du par. 243(1), le tribunal peut, dans le but de favoriser et de faciliter la protection et la réalisation de l'actif du débiteur au profit de tous les créanciers, nommer un séquestre qu'il habilite : a) à prendre possession de la totalité ou de la quasi-totalité des biens — notamment des stocks et comptes à recevoir — que le débiteur a acquis ou utilisés dans le cadre de ses affaires; b) à exercer sur ces biens ainsi que sur les affaires du débiteur le degré de prise en charge qu'il estime indiqué; c) à prendre « toute autre mesure qu'il estime indiquée » (R. J. Wood, *Bankruptcy and Insolvency Law* (2e éd. 2015), p. 553-554).

[57] Vu l'étendue de ses pouvoirs, le séquestre nommé par le tribunal fait nécessairement l'objet d'une surveillance judiciaire étroite. Il ne représente ni un détenteur de garantie ni le débiteur; il est un officier de justice dont [TRADUCTION] « le pouvoir exclusif provient de [sa] nomination par la Cour et des directives que celle-ci lui donne » (*Ostrander c. Niagara Helicopters Ltd.* (1973), 1 O.R. (2d) 281 (H.C.), p. 286). Dans la plupart des cas, y compris en l'espèce, une ordonnance judiciaire fondée sur l'art. 243 de la *LFI* confère au séquestre de vastes pouvoirs.

[58] Malgré cette souplesse, le séquestre nommé par le tribunal a une obligation fiduciaire d'agir avec intégrité et aux mieux des intérêts de *toutes* les parties intéressées. Par exemple, il n'est généralement pas autorisé à mettre fin à des contrats existants entre des tiers et le débiteur. Pour ce faire, il doit demander au tribunal la décharge de contrats à titre onéreux, tels que ceux dont l'exécution serait trop coûteuse (F. Bennett, *Bennett on Receiverships* (3e éd. 2011), p. 42; *Parsons c. Sovereign Bank of Canada*, [1913]

This demonstrates the key supervisory role that courts play in receivership proceedings.

(3) Commonalities Between Arbitration Law and Insolvency Law

[59] Notwithstanding the differences just described, arbitration law and insolvency law also have much in common. Below, I address three commonalities that are particularly relevant to this appeal.

(a) *Efficiency and Expediency*

[60] First and foremost, arbitration law and insolvency law each prioritize efficiency and expediency.

[61] Commercial arbitration is a "process designed to enable parties to deal with disputes efficiently, effectively and economically" (McEwan and Herbst, at § 2:1, citing *Hayes Forest Services Ltd. v. Weyerhaeuser Co.*, 2008 BCCA 31, 289 D.L.R. (4th) 230, at para. 1). As such, it is expected to be "less formal, more expeditious and therefore faster than a court determination of issues" (*Rosenberg v. Minster*, 2014 ONSC 845, 119 O.R. (3d) 27, at para. 58).

[62] Likewise, the *raison d'être* of the single proceeding model in Canadian insolvency law is the "expeditious, efficient and economical clean-up of the aftermath of a financial collapse". To maximize global recovery for creditors, this model avoids "inefficiencies and chaos" by "favouring an orderly collective process" (*Alberta (Attorney General) v. Moloney*, 2015 SCC 51, [2015] 3 S.C.R. 327, at para. 33; *Husky Oil Operations Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1995] 3 S.C.R. 453, at para. 7).

[63] As noted, the single proceeding model applies to proceedings under the *BIA*, the *Companies' Creditors Arrangement Act*, R.S.C. 1985, c. C-36 ("*CCAA*"), and other insolvency legislation. For example, s. 243 of the *BIA* authorizes a court to appoint a receiver with

A.C. 160 (C.P.), le vicomte Haldane, lord chancelier). Ceci démontre le rôle de surveillance essentiel que jouent les tribunaux dans le cadre des procédures de mise sous séquestre.

(3) Points communs entre le droit de l'arbitrage et le droit de l'insolvabilité

[59] Malgré les différences décrites ci-haut, le droit de l'arbitrage et le droit de l'insolvabilité ont plusieurs points en commun. J'examine ci-après trois points communs qui sont particulièrement pertinents en l'espèce.

a) *Efficacité et célérité*

[60] D'abord et avant tout, le droit de l'arbitrage et le droit de l'insolvabilité priorisent tous deux l'efficacité et la célérité.

[61] L'arbitrage commercial est un [TRADUCTION] « processus conçu pour permettre aux parties de régler leurs différends de manière efficace et économique » (McEwan et Herbst, § 2:1, citant *Hayes Forest Services Ltd. c. Weyerhaeuser Co.*, 2008 BCCA 31, 289 D.L.R. (4th) 230, par. 1). Ainsi, il est [TRADUCTION] « moins formel, plus expéditif et donc plus rapide qu'un règlement judiciaire des questions en litige » (*Rosenberg c. Minster*, 2014 ONSC 845, 119 O.R. (3d) 27, par. 58).

[62] De même, la raison d'être du modèle de la procédure unique en droit canadien de l'insolvabilité est la « gestion expéditive, efficace et économique des retombées d'un effondrement financier ». Pour maximiser le recouvrement global au profit des créanciers, ce modèle fait échec « à l'inefficacité et au chaos » en « favoris[ant] un processus collectif ordonné » (*Alberta (Procureur général) c. Moloney*, 2015 CSC 51, [2015] 3 R.C.S. 327, par. 33; *Husky Oil Operations Ltd. c. Ministre du Revenu national*, [1995] 3 R.C.S. 453, par. 7).

[63] Comme je l'ai déjà mentionné, le modèle de la procédure unique s'applique aux procédures intentées sous le régime de la *LFI*, de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, L.R.C. 1985, c. C-36 (« *LACC* »), et d'autres lois en

the power to act nationally. This promotes efficiency "by removing the need to have a receiver appointed in each jurisdiction in which the debtor's assets are located" (Houlden, Morawetz and Sarra, at § 12:3).

(b) *Procedural Flexibility*

[64] Further, procedural flexibility is a hallmark of both arbitration law and insolvency law.

[65] Chief among the reputed advantages of arbitration is the freedom of parties to choose their own procedural rules rather than being bound by rules of court (*Seidel*, at para. 22; *Wellman*, at paras. 48-56; L. Y. Fortier, "Delimiting the Spheres of Judicial and Arbitral Power: 'Beware, My Lord, of Jealousy'" (2001), 80 *Can. Bar Rev.* 143). This enhances expediency and cost-effectiveness in arbitral proceedings, where discovery procedures can be curtailed, written submissions can be used instead of witness testimony, and strict evidentiary rules can be relaxed (McEwan and Herbst, at §§ 2:1 and 7:12).

[66] Flexibility is likewise a characteristic of Canadian insolvency law. But in the insolvency context, both the court *and* the parties can tailor proceedings to fit a particular case. Indeed, the *BIA* and the *CCAA* both accord broad judicial discretion to, among other things, authorize the assignment and disclaimer of contracts and the sale of assets, impose and lift stays of proceedings, grant extensions of time, terminate proceedings, and approve creditor proposals (Wood, at pp. 432-33). Much like arbitration law does for arbitrating parties, Canadian insolvency law thus allows debtors, creditors, and courts "to design a process and [an] outcome that is appropriate for individual . . . cases" (McElcheran, at ¶¶5.11-5.12).

matière d'insolvabilité. Par exemple, l'art. 243 de la *LFI* autorise le tribunal à nommer un séquestre pouvant agir dans l'ensemble du pays, ce qui favorise l'efficacité [TRADUCTION] « puisque l'on supprime la nécessité de nommer un séquestre dans chacun des ressorts où se trouvent les biens du débiteur » (Houlden, Morawetz et Sarra, § 12:3).

b) *Souplesse procédurale*

[64] De plus, la souplesse procédurale est une caractéristique commune au droit de l'arbitrage et au droit de l'insolvabilité.

[65] Parmi les avantages reconnus de l'arbitrage figure, au premier chef, la liberté qu'ont les parties de choisir leurs propres règles de procédure plutôt que d'être liées par celles du tribunal (*Seidel*, par. 22; *Wellman*, par. 48-56; L. Y. Fortier, « Delimiting the Spheres of Judicial and Arbitral Power : "Beware, My Lord, of Jealousy" » (2001), 80 *R. du B. can.* 143). Cela accroît la célérité et la rentabilité des procédures arbitrales, où les procédures de communication préalable peuvent être simplifiées, où l'on peut utiliser des observations écrites plutôt que des témoignages et où des règles de preuve strictes peuvent être assouplies (McEwan et Herbst, § 2:1 et 7:12).

[66] La souplesse est également une caractéristique du droit canadien de l'insolvabilité. Cependant, dans le contexte de l'insolvabilité, le tribunal *et* les parties peuvent adapter la procédure judiciaire à un cas donné. En effet, la *LFI* et la *LACC* confèrent aux tribunaux un vaste pouvoir discrétionnaire leur permettant entre autres d'autoriser la cession de contrats, la renonciation à des contrats et la vente d'actifs, d'imposer ou de lever la suspension d'une instance, d'accorder des prorogations de délai, de mettre fin à une instance, et d'approuver des propositions de créanciers (Wood, p. 432-433). À l'instar de ce que le droit de l'arbitrage permet aux parties à un arbitrage de faire, le droit canadien de l'insolvabilité permet donc aux débiteurs, aux créanciers et aux tribunaux [TRADUCTION] « de concevoir un processus et un résultat [. . .] qui convient à chaque affaire » (McElcheran, ¶5.11-5.12).

(c) *Decision Makers With Specialized Expertise*

[67] Finally, both arbitration law and insolvency law often rely on specialized decision makers to achieve their respective objectives.

[68] One "great merit" of arbitration is that parties are able to select a decision maker with "special expertise in the field of their dispute" (*3GS Inc. v. Altus Group Ltd.*, 2011 ONSC 5755, 96 B.L.R. (4th) 268, at para. 19; McEwan and Herbst, at § 4:1).

[69] Similarly, specialized judicial expertise is essential to meet the challenges of complex restructuring and insolvency proceedings, often called the "hothouse of real-time litigation" (*Century Services*, at para. 58, quoting R. B. Jones, "The Evolution of Canadian Restructuring: Challenges for the Rule of Law", in J. P. Sarra, ed., *Annual Review of Insolvency Law 2005* (2006), 481, at p. 484).

[70] The interests of expediency and procedural flexibility inform the need for judicial specialization in the realm of bankruptcy and insolvency. Indeed, in many provinces, there are specialist judges who take carriage of restructuring proceedings and all related issues. Their expertise and "file knowledge" allow them to find the right balance of procedural formality while meeting the need for timely resolution of disputes within the overall restructuring process (McElcheran, at ¶5.85).

[71] In sum, reliance on a decision maker with expertise in the relevant field is a core feature of both arbitration law and insolvency law, and for good reason. Specialized expertise can assist in capitalizing on other attributes that are also common to both bodies of law, such as expediency and procedural flexibility.

c) *Décideurs possédant une expertise spécialisée*

[67] Enfin, le droit de l'arbitrage et le droit de l'insolvabilité comptent souvent sur des décideurs spécialisés pour atteindre leurs objectifs respectifs.

[68] L'un des [TRADUCTION] « grands avantages » de l'arbitrage est que les parties peuvent choisir un décideur possédant « une expertise particulière dans le domaine de leur différend » (*3GS Inc. c. Altus Group Ltd.*, 2011 ONSC 5755, 96 B.L.R. (4th) 268, par. 19; McEwan et Herbst, § 4:1).

[69] De même, posséder une expertise judiciaire spécialisée est essentiel pour relever les défis liés aux procédures complexes de restructuration et d'insolvabilité, souvent appelées le [TRADUCTION] « foyer du contentieux en temps réel » (*Century Services*, par. 58, citant R. B. Jones, « The Evolution of Canadian Restructuring : Challenges for the Rule of Law », dans J. P. Sarra, dir., *Annual Review of Insolvency Law 2005* (2006), 481, p. 484).

[70] Les intérêts relatifs à la célérité et à la souplesse procédurale sont à la base de la nécessité de la spécialisation judiciaire dans le domaine de la faillite et de l'insolvabilité. En effet, dans de nombreuses provinces, des juges spécialisés se chargent des procédures de restructuration et de toutes les questions connexes. Leur expertise et leur [TRADUCTION] « connaissance du dossier » leur permettent d'atteindre un bon équilibre entre le maintien de la formalité procédurale et la nécessité de régler rapidement les différends dans le cadre du processus global de restructuration (McElcheran, ¶5.85).

[71] En résumé, le fait de recourir à un décideur possédant une expertise dans le domaine pertinent constitue une caractéristique essentielle tant du droit de l'arbitrage que du droit de l'insolvabilité, et ce, pour une bonne raison. Une expertise spécialisée peut aider à tirer profit d'autres attributs qui sont aussi communs aux deux ensembles de règles de droit, telles la célérité et la souplesse procédurale.

(d) *Conclusion on the Interplay Between Arbitration Law and Insolvency Law*

[72] In many cases, the shared interests in expediency, procedural flexibility, and specialized expertise will converge through arbitration. In such a scenario, the parties should be held to their agreement to arbitrate notwithstanding ongoing insolvency proceedings. In other words, the court should grant a stay of legal proceedings in favour of arbitration, and any dispute as to the scope of the arbitration agreement or the arbitrator's jurisdiction should be left to the arbitrator to resolve. As is evident from the foregoing, valid arbitration agreements are generally to be respected. This presumption in favour of arbitral jurisdiction is supported by this Court's longstanding jurisprudence, the pro-arbitration stance adopted in provincial and territorial legislation nationwide, and the foundational principle that contracting parties are free to structure their affairs as they see fit.

[73] However, in certain insolvency matters, it may be necessary to preclude arbitration in favour of a centralized judicial process. This may occur when arbitration would compromise the orderly and efficient conduct of a court-ordered receivership. In such a scenario, a court may assert control over the proceedings, both to ensure the timely resolution of the parties' dispute and to protect the public interest in the orderly restructuring or dissolution of the debtor and the equal treatment of its creditors. This authority arises from the statutory jurisdiction conferred on superior courts under ss. 243(1) and 183(1) of the *BIA*.

[74] This exercise is necessarily a highly factual one. It requires the court to carefully review the particular statutory regimes and arbitration agreements in play, having regard to the principles of party autonomy and freedom of contract as well as the policy imperatives underpinning bankruptcy and insolvency law.

d) *Conclusion sur l'interaction entre le droit de l'arbitrage et le droit de l'insolvabilité*

[72] Bien souvent, les intérêts communs de célérité, de souplesse procédurale et d'expertise spécialisée convergeront grâce à l'arbitrage. Dans un tel cas, les parties devraient être tenues de respecter leur convention d'arbitrage, malgré une procédure d'insolvabilité en cours. Autrement dit, le tribunal devrait suspendre l'instance en faveur de l'arbitrage, et tout différend concernant la portée de la convention d'arbitrage ou la compétence de l'arbitre devrait être réglé par l'arbitre. Comme il ressort de ce qui précède, les conventions d'arbitrage valides doivent généralement être respectées. Cette présomption en faveur de la compétence arbitrale trouve appui dans la jurisprudence de longue date de notre Cour, la position favorable à l'arbitrage adoptée dans les lois provinciales et territoriales partout au pays ainsi que le principe fondamental selon lequel les parties contractantes sont libres de structurer leurs affaires comme bon leur semble.

[73] Cependant, dans certaines affaires d'insolvabilité, il peut s'avérer nécessaire d'écarter l'arbitrage en faveur d'un processus judiciaire centralisé. Cela peut se produire lorsque l'arbitrage compromettrait le déroulement ordonné et efficace d'une mise sous séquestre ordonnée par le tribunal. Dans un tel cas, le tribunal peut exercer un contrôle sur la procédure, tant pour veiller au règlement rapide du différend entre les parties que pour protéger l'intérêt public dans la restructuration ou la liquidation ordonnées du débiteur et le traitement égal de ses créanciers. Ce pouvoir découle de la compétence que les par. 243(1) et 183(1) de la *LFI* confèrent aux cours supérieures.

[74] Cet exercice est nécessairement hautement factuel. Il oblige le tribunal à examiner attentivement les régimes législatifs et les conventions d'arbitrage en cause en tenant compte des principes de l'autonomie des parties et de la liberté contractuelle ainsi que des choix de politique générale sous-tendant le droit de la faillite et de l'insolvabilité.

[75] To guide this exercise, I will briefly summarize the two-part stay framework that is implicit in provincial arbitration legislation like the *Arbitration Act*.

C. *Two-Part Framework for Stays of Proceedings in Favour of Arbitration*

[76] There are two general components to the stay provisions in provincial arbitration legislation across the country. As the framework is similar across jurisdictions, it will be useful to provide a general overview before turning to the interpretation of s. 15 of the *Arbitration Act* itself. The two components are as follows:

(a) the technical prerequisites for a mandatory stay of court proceedings; and

(b) the statutory exceptions to a mandatory stay of court proceedings.

[77] Though interrelated, these two components ought to remain analytically distinct. This distinction is necessary because the burden of proof shifts between the first component and the second.

[78] Under the first component, the applicant for a stay in favour of arbitration must establish the technical prerequisites on the applicable standard of proof (McEwan and Herbst, at § 3:43; *Hosting Metro Inc. v. Poornam Info Vision Pvt, Ltd.*, 2016 BCSC 2371, at paras. 29-30 (CanLII)).

[79] If the applicant discharges this burden, then under the second component, the party seeking to avoid arbitration must show that one of the statutory exceptions applies, such that a stay should be refused (McEwan and Herbst, at § 3:43; Casey, at ch. 3.4). Otherwise, the court must grant a stay and cede jurisdiction to the arbitral tribunal.

[80] I will briefly elaborate on each component and its respective standard of proof.

[75] Pour guider cet exercice, je résume brièvement le cadre d'analyse en deux volets applicable aux suspensions d'instance qui est implicite dans les lois provinciales en matière d'arbitrage comme l'*Arbitration Act*.

C. *Cadre d'analyse en deux volets applicable aux suspensions d'instance en faveur de l'arbitrage*

[76] Les dispositions relatives à la suspension d'instance dans les lois provinciales en matière d'arbitrage partout au pays comportent deux volets généraux. Comme le cadre d'analyse est semblable d'une province à l'autre, il est utile de présenter un aperçu général avant de s'attarder à l'interprétation de l'art. 15 de l'*Arbitration Act*. Les deux volets sont :

a) les conditions préliminaires à la suspension obligatoire d'une instance judiciaire; et

b) les exceptions statutaires à la suspension obligatoire d'une instance judiciaire.

[77] Bien qu'ils soient interreliés, ces deux volets doivent demeurer distincts sur le plan analytique. Cette distinction est nécessaire, car il y a inversion du fardeau de la preuve entre le premier et le second volet.

[78] Sous le premier volet, la partie qui requiert la suspension d'une instance en faveur de l'arbitrage doit établir que les conditions préliminaires sont remplies selon la norme de preuve applicable (McEwan et Herbst, § 3:43; *Hosting Metro Inc. c. Poornam Info Vision Pvt, Ltd.*, 2016 BCSC 2371, par. 29-30 (CanLII)).

[79] Si le requérant s'acquitte de ce fardeau, la partie qui cherche à se soustraire à l'arbitrage doit, sous le second volet, démontrer que l'une des exceptions prévues par la loi s'applique, de sorte que la suspension devrait être refusée (McEwan et Herbst, § 3:43; Casey, c. 3.4). Sinon, le tribunal doit suspendre l'instance et laisser la procédure d'arbitrage suivre son cours.

[80] J'examine brièvement chaque volet et la norme de preuve applicable à chacun d'eux.

(1) Technical Prerequisites

[81] The first component is concerned with whether the applicant for a stay has established that the arbitration agreement at issue engages the mandatory stay provision in the applicable provincial arbitration statute.

[82] Considerations at this stage may differ depending on the jurisdiction and the nature of the arbitration (i.e., whether it relates to domestic or international arbitration). Broadly speaking, however, this threshold inquiry requires the court to determine whether the party seeking to rely on the arbitration agreement has established the technical prerequisites for a stay in favour of arbitration.

[83] There are typically four technical prerequisites relevant at this stage:

(a) an arbitration agreement exists;

(b) court proceedings have been commenced by a "party" to the arbitration agreement;

(c) the court proceedings are in respect of a matter that the parties agreed to submit to arbitration; and

(d) the party applying for a stay in favour of arbitration does so before taking any "step" in the court proceedings.

If all the technical prerequisites are met, the mandatory stay provision is engaged and the court should move on to the second component of the analysis.

[84] It is important to note that the standard of proof applicable at the first stage is lower than the usual civil standard. To satisfy the first component, the applicant must only establish an "arguable case" that the technical prerequisites are met (McEwan and Herbst, at § 3:47; *Sum Trade Corp. v. Agricom International Inc.*, 2018 BCCA 379, 18 B.C.L.R. (6th) 322, at paras. 26 and 32, citing *Gulf Canada Resources Ltd. v. Arochem International Ltd.* (1992), 66 B.C.L.R. (2d) 113 (C.A.), at paras. 39-40).

(1) Conditions préliminaires

[81] Le premier volet porte sur la question de savoir si la partie qui demande la suspension d'instance a établi que la convention d'arbitrage en cause fait intervenir la disposition relative à la suspension obligatoire figurant dans la loi provinciale applicable en matière d'arbitrage.

[82] À cette étape, les considérations peuvent différer selon la loi provinciale et la nature de l'arbitrage (c.-à-d., selon qu'elle porte sur l'arbitrage national ou international). Toutefois, de façon générale, cet examen préliminaire exige que le tribunal détermine si la partie qui cherche à invoquer la convention d'arbitrage a établi les conditions préliminaires à une suspension d'instance en faveur de l'arbitrage.

[83] En règle générale, quatre conditions préliminaires sont pertinentes à cette étape :

a) l'existence d'une convention d'arbitrage;

b) une « partie » à la convention d'arbitrage a intenté une procédure judiciaire;

c) l'instance porte sur une question que les parties ont convenu de soumettre à l'arbitrage; et

d) la partie qui demande une suspension d'instance en faveur de l'arbitrage le fait avant « d'agi[r] » dans l'instance.

Si toutes les conditions préliminaires sont remplies, la disposition relative à la suspension obligatoire entre en jeu et le tribunal passe au second volet de l'analyse.

[84] Il importe de souligner que la norme de preuve applicable à la première étape est moins exigeante que la norme habituellement applicable en matière civile. Pour satisfaire au premier volet, le demandeur doit uniquement établir sur le fondement d'une [TRADUCTION] « cause défendable » que les conditions préliminaires sont remplies (McEwan et Herbst, § 3:47; *Sum Trade Corp. c. Agricom International Inc.*, 2018 BCCA 379, 18 B.C.L.R. (6th) 322, par. 26 et 32, citant *Gulf Canada Resources Ltd. c. Arochem International Ltd.* (1992), 66 B.C.L.R. (2d) 113 (C.A.), par. 39-40).

[85] I acknowledge that, in *Dell*, this Court characterized the applicable standard of proof as that of proof on a "*prima facie*" basis (para. 82). However, as the Court of Appeal for British Columbia has noted, there is no substantive difference between the arguable case test in *Gulf Canada Resources* and the *prima facie* test in *Dell*:

> The significance of both standards is that there is room for a judge to dismiss a stay application when there is no nexus between the claims and the matters reserved for arbitration, while referring to the arbitrator any legitimate question of the scope of the arbitration jurisdiction. This avoids duplication and respects the competence-competence principle.

(*Clayworth v. Octaform Systems Inc.*, 2020 BCCA 117, 446 D.L.R. (4th) 626, at para. 30)

[86] Notwithstanding this less onerous standard of proof, court proceedings are not automatically stayed in favour of arbitration where the technical prerequisites are met. Rather, the court must move on to the second component and assess whether any of the statutory exceptions apply (*Dell*, at para. 87; *Clayworth*, at paras. 31-32).

(2) Statutory Exceptions

[87] Certain exceptions, such as whether the arbitration clause is "void, inoperative or incapable of being performed", arise from the Model Law and the New York Convention and appear in several provincial arbitration statutes, including the *Arbitration Act*. I will discuss these particular exceptions in the context of this appeal in further detail below. Other statutory exceptions may also be relevant, depending on the jurisdiction (see, e.g., *Arbitration Act, 1991*, S.O. 1991, c. 17, s. 7(2)).

[88] At this second stage, the key question is whether, even though the technical requirements for a stay are met, the party seeking to avoid arbitration has shown on a balance of probabilities that one or

[85] Je reconnais que, dans l'arrêt *Dell*, notre Cour a qualifié la norme de preuve applicable de norme de preuve fondée sur une « analyse sommaire » (appelée aussi analyse *prima facie*) (par. 82). Cependant, comme l'a fait remarquer la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, il n'existe pas de différence substantielle entre le test de la cause défendable dans l'arrêt *Gulf Canada Resources* et le test de l'analyse sommaire dans l'arrêt *Dell* :

> [TRADUCTION] Le fait qu'il existe deux normes signifie que le juge peut rejeter une demande de suspension d'instance lorsqu'il n'existe aucun lien entre les réclamations et les matières réservées à l'arbitrage, tout en renvoyant à l'arbitre toute question légitime relevant de la compétence arbitrale. Ainsi, il n'y a aucun chevauchement et le principe de compétence-compétence est respecté.

(*Clayworth c. Octaform Systems Inc.*, 2020 BCCA 117, 446 D.L.R. (4th) 626, par. 30)

[86] Malgré cette norme de preuve moins exigeante, une instance judiciaire n'est pas automatiquement suspendue en faveur d'un arbitrage lorsque les conditions préliminaires sont remplies. Le tribunal doit plutôt passer au second volet de l'analyse qui consiste à déterminer si l'une des exceptions prévues par la loi s'applique (*Dell*, par. 87; *Clayworth*, par. 31-32).

(2) Exceptions prévues par la loi

[87] Certaines exceptions, incluant celle qui consiste à établir si la clause d'arbitrage est « nulle, inopérante ou non susceptible d'être exécutée », découlent de la Loi type et de la Convention de New York et figurent dans plusieurs lois provinciales en matière d'arbitrage, dont l'*Arbitration Act*. J'analyse ces exceptions particulières dans le contexte du présent pourvoi plus détail ci-dessous. D'autres exceptions prévues par la loi peuvent également être pertinentes, selon la loi provinciale en cause (voir, p. ex., la *Loi de 1991 sur l'arbitrage*, L.O. 1991, c. 17, par. 7(2)).

[88] Sous le second volet, la question clé est de savoir si, bien que les conditions préliminaires à une suspension d'instance soient remplies, la partie qui cherche à éviter l'arbitrage a démontré suivant la

more of the statutory exceptions apply. If not, the court *must* grant a stay. The mandatory nature of stay provisions across jurisdictions in Canada reflects the presumptive validity of arbitration clauses and the principle of party autonomy.

[89] It follows that a court should dismiss a stay application on the basis of a statutory exception only in a "clear" case (McEwan and Herbst, at § 3:55; A. J. van den Berg, *The New York Arbitration Convention of 1958: Towards a Uniform Judicial Interpretation* (1981), at p. 155). A clear case is, for example, one in which the party seeking to avoid arbitration has established on a balance of probabilities that the arbitration agreement is void, inoperative, or incapable of being performed. Where the invalidity or unenforceability of the arbitration agreement is not clear (but merely arguable), the matter should be resolved by the arbitrator. Such an approach accords due respect to arbitral jurisdiction, in light of the competence-competence principle, as well as to the parties' intention to refer their disputes to arbitration (McEwan and Herbst, at § 3:55; *Dalimpex Ltd. v. Janicki* (2000), 137 O.A.C. 390 (S.C.J.), at paras. 3-5, aff'd (2003), 228 D.L.R. (4th) 179 (C.A.)).

[90] As I have indicated, the application of the above two-part framework in a particular case must begin with a proper interpretation of the governing stay provision. This brings me to the focal point of this appeal: s. 15 of the *Arbitration Act*.

D. *Section 15 of the Arbitration Act*

[91] The modern approach to statutory interpretation requires us to read the words of s. 15 in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme and object of the *Arbitration Act* and the intention of the legislature.

prépondérance des probabilités qu'une ou plusieurs des exceptions prévues par la loi s'appliquent. Dans la négative, le tribunal *doit* suspendre l'instance. Le caractère obligatoire des dispositions relatives à la suspension d'instance dans l'ensemble des provinces et territoires au Canada reflète la présomption de validité des clauses d'arbitrage ainsi que le principe de l'autonomie des parties.

[89] Il s'ensuit que le tribunal ne devrait rejeter une demande de suspension d'instance sur le fondement d'une exception prévue par la loi que dans un cas [TRADUCTION] « manifeste » (McEwan et Herbst, § 3:55; A. J. van den Berg, *The New York Arbitration Convention of 1958 : Towards a Uniform Judicial Interpretation* (1981), p. 155). Un cas manifeste est, par exemple, un cas où la partie qui cherche à éviter l'arbitrage a établi selon la prépondérance des probabilités que la convention d'arbitrage est nulle, inopérante ou non susceptible d'être exécutée. Lorsque l'invalidité ou le caractère inexécutoire de la convention d'arbitrage n'est pas manifeste (mais seulement défendable), la question doit être tranchée par l'arbitre. Une telle approche fait preuve de déférence à l'égard de la compétence arbitrale, compte tenu du principe de compétence-compétence et de l'intention des parties de soumettre leurs différends à l'arbitrage (McEwan et Herbst, § 3:55; *Dalimpex Ltd. c. Janicki* (2000), 137 O.A.C. 390 (C.S.J.), par. 3-5, conf. par (2003), 228 D.L.R. (4th) 179 (C.A.)).

[90] Comme je l'ai mentionné, l'application du cadre d'analyse en deux volets décrit précédemment à un cas donné doit commencer par une interprétation appropriée de la disposition applicable relative à la suspension d'instance. J'en viens maintenant au cœur du présent pourvoi : l'art. 15 de l'*Arbitration Act*.

D. *Article 15 de l'Arbitration Act*

[91] Selon la méthode moderne d'interprétation législative, il faut lire les termes de l'art. 15 dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'économie de l'*Arbitration Act*, son objet et l'intention du législateur.

(1) Text of Section 15

[92] The text of s. 15(1) and (2) of the *Arbitration Act* mirrors the two-part analytical framework just described. The sections read as follows:

15 (1) If a party to an arbitration agreement commences legal proceedings in a court against another party to the agreement in respect of a matter agreed to be submitted to arbitration, a party to the legal proceedings may apply, before filing a response to civil claim or a response to family claim or taking any other step in the proceedings, to that court to stay the legal proceedings [the *technical prerequisites*].

(2) In an application under subsection (1), the court must make an order staying the legal proceedings unless it determines that the arbitration agreement is void, inoperative or incapable of being performed [the *statutory exceptions*].

(2) Proper Interpretation of Section 15

[93] The parties disagree on four issues of statutory interpretation regarding s. 15 of the *Arbitration Act*. Two relate to the technical prerequisites set out in s. 15(1):

(a) whether undertaking to file a defence constitutes a "step in the proceedings"; and

(b) whether a court-appointed receiver may be a "party" to a debtor's arbitration agreement.

[94] The other two relate to the statutory exceptions provided for in s. 15(2):

(c) whether a receiver's purported disclaimer of an arbitration agreement renders it "void, inoperative or incapable of being performed"; and

(d) whether the *Arbitration Act* permits a court to find an arbitration agreement "inoperative" or "incapable of being performed" due to a receivership.

(1) Libellé de l'art. 15

[92] Le libellé des par. 15(1) et (2) de l'*Arbitration Act* reflète le cadre d'analyse en deux volets décrit précédemment. Les dispositions sont rédigées en ces termes :

15 (1) Si une partie à une convention d'arbitrage intente contre une autre partie à la convention une action relative à une question qui, suivant cette convention, devait être soumise à l'arbitrage, une partie à l'instance peut, avant d'avoir déposé une réponse à la poursuite civile ou à la poursuite en droit familial ou d'avoir autrement agi dans l'instance, demander au tribunal de suspendre l'instance [les *conditions préliminaires*].

(2) Le tribunal saisi de la demande visée au paragraphe (1) suspend l'instance à moins qu'il ne constate que la convention d'arbitrage est nulle, inopérante ou non susceptible d'être exécutée [les *exceptions prévues par la loi*].

(2) Interprétation appropriée de l'art. 15

[93] Les parties ne s'entendent pas sur quatre questions d'interprétation législative ayant trait à l'art. 15 de l'*Arbitration Act*. Deux d'entre elles concernent les conditions préliminaires énoncées au par. 15(1) :

a) Le fait de s'être engagé à produire une défense revient-il à avoir « agi dans l'instance »?

b) Le séquestre nommé par le tribunal peut-il être considéré comme une « partie » à la convention d'arbitrage du débiteur?

[94] Les deux autres concernent les exceptions prévues au par. 15(2) :

c) La prétendue renonciation à une convention d'arbitrage par un séquestre rend-elle cette convention « nulle, inopérante ou non susceptible d'être exécutée »?

d) L'*Arbitration Act* permet-elle au tribunal de conclure qu'une convention d'arbitrage est « inopérante » ou « non susceptible d'être exécutée » en raison d'une mise sous séquestre?

[95] All four interpretive issues must be resolved before s. 15 is applied to the case at bar.

(a) *Section 15(1) — Undertaking to File a Defence Is Not a "Step in the Proceedings"*

[96] First, the Receiver resurrects its submission before the chambers judge that undertaking to file a defence may constitute a "step in the proceedings" within the meaning of s. 15(1). This proposed interpretation was explicitly rejected by the chambers judge and not pursued before the Court of Appeal.

[97] Determining whether a step in the proceedings has been taken requires an objective approach. The court must ask itself whether, on the facts, the party should be held impliedly to have affirmed the correctness of the proceedings and its willingness to go along with a determination by a court of law instead of arbitration (McEwan and Herbst, at § 3:27). A step in the proceedings means "something in the nature of an application to the Court, and not mere talk between solicitors . . . nor the writing of letters" (*Larc Developments*, at para. 15, citing *Ives & Barker v. Willans*, [1894] 2 Ch. 478 (C.A.), at p. 484).

[98] I acknowledge that the Receiver now argues in this Court, for the first time, that requesting the other party's consent to an *extension of time* to file a defence constitutes a step in the proceedings. Assuming, without deciding, that this submission is properly before our Court, I reject it. In my view, requesting an extension of time cannot be considered a "step". In the context of s. 15(1), the very purpose of such a request is to decide whether or not to take a step, and there is no election to proceed with the action (McEwan and Herbst, at § 3:31). Indeed, the result of an extension "might well be quite to the contrary, and have the effect of removing [the action] entirely from the Court" (*Central Investments & Development Corp. v. Miller* (1982), 133 D.L.R. (3d) 440 (P.E.I.S.C.), at p. 442).

[95] Il faut trancher les quatre questions d'interprétation avant d'appliquer l'art. 15 à la présente affaire.

a) *Paragraphe 15(1) — Le fait de s'être engagé à produire une défense ne revient pas à avoir « agi dans l'instance »*

[96] Tout d'abord, le Séquestre ravive l'argument qu'il a fait valoir devant la juge en chambre selon lequel le fait de s'être engagé à produire une défense peut revenir à avoir « agi dans l'instance » au sens du par. 15(1). Cette interprétation a été explicitement rejetée par la juge en chambre et n'a pas été avancée devant la Cour d'appel.

[97] Pour déterminer si une partie a agi dans l'instance, il faut adopter une approche objective. Le tribunal doit se demander si, eu égard aux faits, la partie devrait être considérée comme ayant implicitement confirmé le bien-fondé de l'instance et sa volonté d'accepter le jugement d'une cour de justice plutôt que celui d'un arbitre (McEwan et Herbst, § 3:27). Agir dans l'instance signifie [TRADUCTION] « faire quelque chose de la nature d'une demande à la Cour, et non pas de simples discussions entre avocats [. . .] ni rédiger des lettres » (*Larc Developments*, par. 15, citant *Ives & Barker c. Willans*, [1894] 2 Ch. 478 (C.A.), p. 484).

[98] Je reconnais que le Séquestre soutient maintenant pour la première fois devant notre Cour que le fait de demander à l'autre partie de consentir à une *prorogation du délai* pour produire une défense revient à agir dans l'instance. À supposer, sans en décider, que notre Cour soit dûment saisie de cet argument, je le rejette. À mon avis, solliciter une prorogation de délai ne saurait être considéré comme tel. Dans le contexte du par. 15(1), l'objectif même d'une telle demande est de décider s'il convient ou non d'agir; il n'y a pas de choix en vue de poursuivre l'action (McEwan et Herbst, § 3:31). En effet, le résultat d'une prorogation de délai [TRADUCTION] « pourrait fort bien être le contraire et avoir pour effet de dessaisir entièrement la Cour de [l'action] » (*Central Investments & Development Corp. c. Miller* (1982), 133 D.L.R. (3d) 440 (C.S. Î.-P.-É.), p. 442).

[99] In sum, I see no merit in the interpretation of the words "step in the proceedings" proposed by the Receiver.

(b) *Section 15(1) — A Court-Appointed Receiver May Be a "Party" to an Arbitration Agreement*

[100] The second interpretive issue concerns the term "party" in s. 15(1) of the *Arbitration Act*. Can a court-appointed receiver be a party to the debtor's pre-existing arbitration agreement?

[101] The Receiver says no. It agrees with the Court of Appeal that a court-appointed receiver cannot be a party because it is a legal entity separate from the debtor with a fiduciary duty to the appointing court.

[102] Peace River disagrees. It says that a court-appointed receiver, like other non-signatories, may be a party to the debtor's pre-receivership arbitration agreement through the operation of ordinary contract law.

[103] I agree with Peace River. I say this for three reasons.

(i) Ordinary Contractual Principles Indicate That a Receiver May Be a "Party" to an Arbitration Agreement

[104] First, the Receiver's narrow interpretation of the term "party" conflicts with basic principles of contract law. It says that a receiver may advance claims only *through* the debtor in exercising its power to institute proceedings for the benefit of all stakeholders in an insolvent corporation. It further says that s. 15(1) of the *Arbitration Act* must be interpreted in light of the fact that in 1986 the reference to a person claiming "through" a party to an arbitration agreement was removed from the stay provision in the province's domestic arbitration legislation. The provision — now s. 15(1) of the *Arbitration Act* — thus differs from s. 2(1) of the province's *International Commercial Arbitration Act*, R.S.B.C. 1996, c. 233 ("*ICAA*"),

[99] En résumé, j'estime que l'interprétation proposée par le Séquestre des termes « agi dans l'instance » est non fondée.

b) *Paragraphe 15(1) — Un séquestre nommé par le tribunal peut être une « partie » à une convention d'arbitrage*

[100] La deuxième question d'interprétation porte sur le terme « partie » figurant au par. 15(1) de l'*Arbitration Act*. Le séquestre nommé par le tribunal peut-il être considéré comme une partie à la convention d'arbitrage du débiteur à laquelle il n'est pas signataire?

[101] Le Séquestre soutient que non. À l'instar de la Cour d'appel, il estime que le séquestre nommé par le tribunal ne peut être une partie, car il est une entité juridique distincte du débiteur et a une obligation fiduciaire envers le tribunal qui l'a nommé.

[102] Peace River n'est pas de cet avis. Elle affirme que tout comme d'autres non-signataires, le séquestre nommé par le tribunal peut, par l'effet du droit commun des contrats, être une partie à la convention d'arbitrage conclue par le débiteur avant la mise sous séquestre.

[103] Je suis d'accord avec Peace River, et ce, pour trois raisons.

(i) Selon les principes ordinaires en matière contractuelle, un séquestre peut être une « partie » à une convention d'arbitrage

[104] Premièrement, l'interprétation restrictive que propose le Séquestre quant au terme « partie » va à l'encontre des principes fondamentaux du droit des contrats. À son avis, un séquestre ne peut présenter de réclamations que *par l'entremise* du débiteur dans l'exercice de son pouvoir d'intenter une procédure au profit de toutes les parties prenantes d'une compagnie insolvable. Il ajoute qu'il faut interpréter le par. 15(1) de l'*Arbitration Act* en tenant compte du fait qu'en 1986, la référence à une personne qui fait une réclamation [TRADUCTION] « par l'entremise » d'une partie à une convention d'arbitrage a été supprimée de la disposition relative à la suspension d'instance figurant dans la loi provinciale sur l'arbitrage

which defines "party" as including "a person claiming through or under a party" to an arbitration agreement. The Receiver asks this Court to give effect to the "narrower wording" in the *Arbitration Act* and the "important textual distinction" between the *Arbitration Act* and the *ICAA* (R.F., at paras. 89-90).

[105] I disagree. The interpretation of the term "party" under arbitration legislation falls to be "determined in accordance with the ordinary principles for construction of a contract" (McEwan and Herbst, at § 2:28; Casey, at ch. 3.5.1). It is well established that an entity connected with a signatory to a contract containing an arbitration agreement may become bound as a "party" by operation of law. Such associated entities may include "subsidiaries, assignees, trustees and others claiming through or under the named party to the arbitration agreement" (McEwan and Herbst, at § 2:37 (emphasis added)). These entities, although non-signatories, "may have all of the rights and obligations under the arbitration agreement by operation of law" (Casey, at ch. 3.5.1).

[106] Two examples are instructive here. The first is assignment. It is a "fundamental" and "universal commercial legal principle" that an assignor may not assign contractual rights in such a way as to "convey the benefits and nullify the burdens". Stated differently, a party seeking to enforce assigned rights under an agreement "can only do so subject to the terms and conditions therein", including the condition that disputes are to be resolved by arbitration (*ABN Amro Bank Canada v. Krupp Mak Maschinenbau GmbH* (1996), 135 D.L.R. (4th) 130 (Ont. C.J. (Gen. Div.)); see also Casey, at ch. 3.5.1; *Petro-Canada v. 366084 Ontario Ltd.* (1995), 25 B.L.R. (2d) 19 (Ont. C.J. (Gen. Div.)), at para. 55).

interne. La disposition — maintenant le par. 15(1) de l'*Arbitration Act* — diffère donc du par. 2(1) de l'*International Commercial Arbitration Act*, R.S.B.C. 1996, c. 233 (« *ICAA* »), de la province, dans lequel le terme [TRADUCTION] « partie » est défini de manière à inclure « une personne qui fait une réclamation par l'entremise ou au nom d'une partie » à une convention d'arbitrage. Le Séquestre demande à notre Cour de s'en tenir au [TRADUCTION] « libellé plus restrictif » de l'*Arbitration Act* et de reconnaître l'« importante distinction textuelle » entre l'*Arbitration Act* et l'*ICAA* (m.i., par. 89-90).

[105] Je ne suis pas d'accord. L'interprétation du terme « partie » dans la législation en matière d'arbitrage doit être [TRADUCTION] « déterminée conformément aux principes ordinaires d'interprétation contractuelle » (McEwan et Herbst, § 2:28; Casey, c. 3.5.1). Il est bien établi qu'une entité ayant des liens avec une partie signataire d'un contrat comportant une convention d'arbitrage peut devenir liée en tant que « partie » par l'effet de la loi. De telles entités associées peuvent notamment être [TRADUCTION] « des filiales, des cessionnaires, des syndics et d'autres entités qui font une réclamation par l'entremise ou au nom de la partie nommée à la convention d'arbitrage » (McEwan et Herbst, § 2:37 (je souligne)). Ces entités, bien qu'elles ne soient pas signataires, « peuvent, par l'effet de la loi, avoir l'ensemble des droits et des obligations prévus dans la convention d'arbitrage » (Casey, c. 3.5.1).

[106] Deux exemples sont instructifs ici. Le premier est la cession. Selon un [TRADUCTION] « principe juridique commercial universel » et « fondamental », le cédant ne peut pas céder des droits contractuels de manière à « transférer les avantages et à se soustraire à ses obligations ». Autrement dit, la partie qui cherche à faire valoir les droits qui lui sont cédés par une entente [TRADUCTION] « ne peut le faire que sous réserve des conditions prévues à l'entente », dont celle que les différends soient réglés par voie d'arbitrage (*ABN Amro Bank Canada c. Krupp Mak Maschinenbau GmbH* (1996), 135 D.L.R. (4th) 130 (C.J. Ont. (Div. gén.)); voir aussi Casey, c. 3.5.1; *Petro-Canada c. 366084 Ontario Ltd.* (1995), 25 B.L.R. (2d) 19 (C.J. Ont. (Div. gén.)), par. 55).

[107] The second example is trusteeship in bankruptcy. When a trustee in bankruptcy adopts a contract containing an arbitration clause and a dispute later arises, "the arbitration agreement is enforceable by or against the trustee in the same manner as any other commercial contract adopted by the trustee" (Casey, at ch. 3.8.2).

[108] In both of these scenarios, a non-signatory "steps into the shoes of the original contracting party" and thereby becomes "bound by the terms of the contract to which he or she has succeeded as a trustee in bankruptcy . . . or assignee" (A. Swan, J. Adamski and A. Y. Na, *Canadian Contract Law* (4th ed. 2018), at §3.10).

[109] I see no principled reason why the foregoing should not apply, *mutatis mutandis*, to a court-appointed receiver claiming through a debtor under a contract containing an arbitration agreement. I agree with the Receiver that it "advances claims through [Petrowest and] the Petrowest [Affiliates]" (R.F., at para. 59 (emphasis added)). Indeed, a court-appointed receiver, by initiating legal proceedings on behalf of a debtor, "steps into the shoes" of the debtor as the original contracting party, much like an assignee or a trustee in bankruptcy does. While a court-appointed receiver may have the power to sue on the debtor's behalf, "the receiver acquires no cause of action in its own name" and therefore "must . . . sue in the debtor's name to recover accounts receivable" (Bennett, at p. 257). In short, a court-appointed receiver has no independent cause of action to assert. It may only rely on the *debtor's* rights to recover, for example, accounts receivable owed by a third party. It would violate basic principles of contract law to permit a receiver to enforce a contract on the debtor's behalf while avoiding the debtor's burdens, including the obligation to arbitrate contractual disputes.

[107] Le deuxième exemple est l'administration d'une faillite par un syndic. Lorsqu'un syndic de faillite adopte un contrat comportant une clause d'arbitrage et qu'un différend survient ultérieurement, [TRADUCTION] « la convention d'arbitrage est exécutoire par ou contre le syndic de la même manière que tout autre contrat commercial adopté par le syndic » (Casey, c. 3.8.2).

[108] Dans ces deux hypothèses, une partie non signataire [TRADUCTION] « succède à la partie contractante d'origine » et devient ainsi « liée par les conditions du contrat auquel elle a succédé en tant que syndic de faillite [. . .] ou cessionnaire » (A. Swan, J. Adamski et A. Y. Na, *Canadian Contract Law* (4e éd. 2018), §3.10).

[109] Je ne vois aucune raison de principe pour laquelle ce qui précède ne devrait pas s'appliquer *mutatis mutandis* au séquestre nommé par le tribunal qui fait une réclamation par l'entremise du débiteur en vertu d'un contrat comportant une convention d'arbitrage. Je conviens avec le Séquestre que ce dernier [TRADUCTION] « présente des réclamations par l'entremise [de Petrowest et] des [Sociétés affiliées] » (m.i., par. 59 (je souligne)). En effet, le séquestre nommé par le tribunal, en intentant une procédure judiciaire au nom du débiteur, [TRADUCTION] « succède » au débiteur en tant que partie contractante d'origine, tout comme le fait le cessionnaire ou le syndic de faillite. Bien que le séquestre nommé par le tribunal puisse avoir le pouvoir d'intenter une poursuite au nom du débiteur, [TRADUCTION] « le séquestre n'acquiert aucune cause d'action en son propre nom » et, partant, « doit [. . .] poursuivre au nom du débiteur pour recouvrer des créances » (Bennett, p. 257). En bref, le séquestre nommé par le tribunal n'a pas de cause d'action indépendante à faire valoir. Il ne peut s'appuyer que sur les droits du *débiteur* pour recouvrer, par exemple, des créances dues par un tiers. Il serait contraire aux principes fondamentaux du droit des contrats de permettre au séquestre d'exécuter un contrat au nom du débiteur tout en évitant les obligations incombant à ce dernier, notamment celle de soumettre les différends contractuels à l'arbitrage.

[110] Nor am I persuaded that a receiver's duty as an officer of the court precludes it from being considered a party to an arbitration agreement within the meaning of s. 15(1) of the *Arbitration Act*. To the contrary, a court-appointed receiver owes a fiduciary duty to "all interested parties involving the debtor's assets, property, and undertaking" (Bennett, at p. 38 (emphasis added)). For this reason, the receiver may not "arbitrarily" break contracts entered into by the debtor with third parties prior to the receivership. Rather, the receiver must exercise "proper discretion in doing so", including by seeking "leave of the court" to terminate such contracts (Bennett, at p. 434). This supports my view that a receiver's court-appointed role cannot insulate it from being considered a party under s. 15(1) where the contractual principles outlined above apply.

[110] Je ne suis pas non plus convaincue que la fonction d'officier de justice qu'occupe le séquestre l'empêche d'être considéré comme une partie à une convention d'arbitrage au sens du par. 15(1) de l'*Arbitration Act*. Au contraire, le séquestre nommé par le tribunal a une obligation fiduciaire envers [TRADUCTION] « toutes les parties intéressées à l'égard des actifs, des biens et de l'entreprise du débiteur » (Bennett, p. 38 (je souligne)). Pour cette raison, le séquestre ne peut pas rompre [TRADUCTION] « arbitrairement » des contrats conclus par le débiteur avec des tiers avant la mise sous séquestre. Il doit plutôt exercer [TRADUCTION] « un pouvoir discrétionnaire approprié lorsqu'il le fait », notamment en demandant « l'autorisation du tribunal » pour résilier de tels contrats (Bennett, p. 434). Cela appuie ma conclusion selon laquelle le rôle du séquestre nommé par le tribunal ne peut l'empêcher d'être considéré comme une partie au sens du par. 15(1) eu égard aux principes contractuels exposés ci-haut.

(ii) Interpretive Principles Confirm That a Receiver May Be a "Party" to an Arbitration Agreement

[111] Second, I reject the Receiver's argument that, by not referring in s. 15(1) of the *Arbitration Act* to a person claiming through or under a party to an arbitration agreement, the legislature intended to preclude non-signatories like receivers from being considered parties under that section. This interpretation would be inconsistent with two applicable principles of statutory interpretation.

[112] The first principle is that where legislation does not fully address a matter relating to its subject, courts may look to the common law to interpret the statutory language (R. Sullivan, *The Construction of Statutes* (7th ed. 2022), at § 17.02). In such a scenario, the common law is presumed to apply, absent persuasive evidence that the legislature intended to change or displace it by enacting the statute at issue (Sullivan, at § 17.02).

(ii) Les principes d'interprétation confirment qu'un séquestre peut être une « partie » à une convention d'arbitrage

[111] Deuxièmement, je rejette l'argument du Séquestre selon lequel le législateur entendait, en retirant la mention au par. 15(1) de l'*Arbitration Act* d'une personne qui fait une réclamation par l'entremise ou au nom d'une partie à une convention d'arbitrage, empêcher les non-signataires comme les séquestres d'être considérés comme des parties au sens de cette disposition. Cette interprétation est incompatible avec deux principes applicables en matière d'interprétation législative.

[112] Selon le premier principe, lorsqu'une loi ne traite pas entièrement d'une question relative à son objet, les tribunaux peuvent se tourner vers la common law pour interpréter son contenu (R. Sullivan, *The Construction of Statutes* (7e éd. 2022), § 17.02). Dans un tel cas, la common law est présumée s'appliquer, en l'absence d'une preuve convaincante démontrant que le législateur a voulu modifier ou écarter celle-ci en adoptant la loi en question (Sullivan, § 17.02).

[113] The *Arbitration Act* does not define the term "party". I acknowledge that the reference to a person claiming through a party to an arbitration agreement was removed from the stay provision in domestic arbitration legislation. But if this Court accepted the Receiver's proposed interpretation, no non-signatory could ever be a party to an arbitration agreement under the *Arbitration Act*. This is because *all* non-signatories, whether they are agents, trustees in bankruptcy, receivers, or assignees, may claim *only* through or under a signatory, upon stepping into its contractual shoes. Such an interpretation would plainly undermine these foundational contractual doctrines. I see nothing in the legislative record or the text of the *Arbitration Act* to indicate that the legislature intended to change or displace the common law in such a radical manner.

[114] The second principle is that statutes such as the *Arbitration Act* and the *ICAA* must be interpreted harmoniously. As Gonthier J. held in *Therrien (Re)*, 2001 SCC 35, [2001] 2 S.C.R. 3, "[i]nterpretations favouring harmony between the various statutes enacted by the same government should indeed prevail. This presumption is even stronger when the statutes relate to the same subject matter" (para. 121; see also Sullivan, at § 13.04).

[115] This presumption further undermines the Receiver's proposed interpretation of the term "party". I do not accept that the removal of the reference to a person claiming through a party to an arbitration agreement from the stay provision in domestic arbitration legislation reflects a legislative intent to exclude all entities claiming through or under a party. The *ICAA* was passed concurrently with the *Arbitration Act* by the same legislature to deal with the same subject matter. The *ICAA* thus provides useful interpretive guidance in ascertaining the scope of the term "party" in the *Arbitration Act*. The term should be interpreted harmoniously under both statutes. In other words, a "party" under s. 15(1) of the *Arbitration Act* includes "a person claiming through or under a party", in accordance with the definition in

[113] L'*Arbitration Act* ne définit pas le terme « partie ». Je reconnais que la mention d'une personne faisant une réclamation par l'entremise d'une partie à une convention d'arbitrage a été supprimée de la disposition relative à la suspension d'instance dans la loi sur l'arbitrage interne. Cependant, si notre Cour souscrivait à l'interprétation proposée par le Séquestre, aucun non-signataire ne serait considéré comme étant partie à une convention d'arbitrage en vertu de l'*Arbitration Act*. Il en est ainsi parce que *tous* les non-signataires, qu'ils soient mandataires, syndics de faillite, séquestres ou cessionnaires, peuvent faire une réclamation *uniquement* par l'entremise ou au nom d'un signataire lorsqu'ils succèdent au débiteur sur le plan contractuel. Une telle interprétation contredit manifestement ces principes fondamentaux en matière contractuelle. Je ne vois rien dans le dossier législatif ou le texte de l'*Arbitration Act* qui indique que le législateur a voulu modifier ou écarter la common law de manière aussi radicale.

[114] Suivant le deuxième principe, des lois telles que l'*Arbitration Act* et l'*ICAA* doivent être interprétées de façon harmonieuse. Comme l'a affirmé le juge Gonthier dans l'arrêt *Therrien (Re)*, 2001 CSC 35, [2001] 2 R.C.S. 3, « [l]'interprète des lois doit en effet favoriser l'harmonie des divers textes législatifs qui émanent d'une même autorité. Cette présomption se trouve renforcée lorsqu'on est en présence de lois qui portent sur la même matière » (par. 121; voir aussi Sullivan, § 13.04).

[115] Cette présomption vient miner davantage l'interprétation proposée par le Séquestre du terme « partie ». Je n'accepte pas que le fait que la mention d'une personne faisant une réclamation par l'entremise d'une partie à une convention d'arbitrage ait été supprimée de la disposition relative à la suspension d'instance dans la loi sur l'arbitrage interne reflète l'intention législative d'exclure toutes les entités qui font une réclamation par l'entremise ou au nom d'une partie. L'*ICAA* a été adoptée en même temps que l'*Arbitration Act* par la même législature afin de traiter de la même matière. Elle fournit donc des indices interprétatifs utiles pour déterminer la portée du terme « partie » dans l'*Arbitration Act*. Ce mot devrait être interprété de façon harmonieuse dans les deux lois. Autrement dit, une « partie » au sens du

s. 2(1) of the *ICAA*. As I explained above, this may include a court-appointed receiver claiming through or under a debtor.

(iii) Interpreting the Term "Party" as Including a Court-Appointed Receiver Claiming Through or Under a Debtor Is Consistent With a Central Purpose of the *Arbitration Act*

[116] Finally, accepting the Receiver's interpretation would be inconsistent with a central purpose of the *Arbitration Act*: ensuring that parties abide by valid arbitration agreements.

[117] Indeed, the interpretation urged on us by the Receiver could effectively prevent arbitration of *any* dispute as soon as one of the contracting parties entered receivership. This would subvert the core arbitral principles of party autonomy, limited court intervention, and competence-competence. Most notably, commercial parties seeking to mitigate risk through arbitration agreements would be deprived of the dispute resolution mechanism they bargained for when they arguably need it the most: when their counterparty cannot meet its obligations due to insolvency. I decline to make such a wide-ranging finding.

[118] Accordingly, I conclude that a court-appointed receiver may be a party within the meaning of s. 15(1) of the *Arbitration Act* by claiming through or under a party to a valid arbitration agreement. In short, a receiver, like other non-signatories, may become bound by an arbitration agreement in accordance with ordinary principles of contract law.

par. 15(1) de l'*Arbitration Act* inclut « une personne qui fait une réclamation par l'entremise ou au nom d'une partie », conformément à la définition prévue au par. 2(1) de l'*ICAA*. Comme je l'ai déjà expliqué, cela comprend un séquestre nommé par le tribunal qui fait une réclamation par l'entremise ou au nom d'un débiteur.

(iii) Interpréter le terme « partie » de manière à inclure le séquestre nommé par le tribunal qui fait une réclamation par l'entremise ou au nom du débiteur est compatible avec l'objectif principal de l'*Arbitration Act*

[116] Troisièmement, retenir l'interprétation du Séquestre est incompatible avec l'objectif principal de l'*Arbitration Act* : veiller à ce que les parties respectent les conventions d'arbitrage valides.

[117] En fait, l'interprétation que le Séquestre nous demande d'adopter serait susceptible d'empêcher l'arbitrage de *tout* différend aussitôt que l'une des parties contractantes est mise sous séquestre. Cela ébranlerait les pierres angulaires de l'arbitrage que sont l'autonomie des parties, l'intervention limitée des tribunaux et le principe de compétence-compétence. Plus particulièrement, les parties commerciales cherchant à atténuer les risques au moyen de conventions d'arbitrage seraient privées du mécanisme de règlement des différends qu'elles ont négocié au moment où elles en ont sans doute le plus besoin, c'est-à-dire lorsqu'un cocontractant ne peut honorer ses obligations pour cause d'insolvabilité. Je refuse de tirer une conclusion d'une portée aussi large.

[118] Par conséquent, je conclus que le séquestre nommé par le tribunal peut être considéré comme une partie au sens du par. 15(1) de l'*Arbitration Act* lorsqu'il fait une réclamation par l'entremise ou au nom d'une partie à une convention d'arbitrage valide. En somme, conformément aux principes ordinaires du droit des contrats, un séquestre, tout comme d'autres non-signataires, peut se voir lié par une convention d'arbitrage.

(c) *Section 15(2) — Disclaimer Cannot Render an Arbitration Agreement "Void, Inoperative or Incapable of Being Performed"*

[119] The third interpretive issue flows from the second. If a court-appointed receiver can be a party to a debtor's pre-existing arbitration agreement, can it nevertheless avoid the obligation to arbitrate by initiating court proceedings under the main contract? In other words, can a receiver unilaterally disclaim an arbitration agreement, thereby rendering it "void, inoperative or incapable of being performed" within the meaning of s. 15(2) of the *Arbitration Act*?

[120] The Court of Appeal appeared to answer this question in the affirmative. It concluded that, even if a court-appointed receiver could be a party to a debtor's arbitration agreement, it would have the power to disclaim that agreement by commencing court proceedings and thereby render an otherwise valid arbitration agreement void, inoperative, or incapable of being performed within the meaning of s. 15(2). The Receiver endorses the Court of Appeal's reasoning.

[121] In my respectful view, the Court of Appeal erred in its interpretation of s. 15(2), for two reasons.

[122] First, the Court of Appeal's analysis rested on a palpable and overriding error. The Receiver conceded before the Court of Appeal, as it does in this Court, that it "has not expressly disclaimed" the Arbitration Agreements (R.F., at para. 102; A.F., Appendix B, at paras. 3 and 13). During the oral hearing before this Court, counsel for the Receiver reiterated this concession. Thus, the Receiver has not disclaimed the Arbitration Agreements by commencing court proceedings. Therefore, the Court of Appeal's interpretation of s. 15(2) cannot stand.

[123] Second, and even setting the Court of Appeal's factual error aside, I agree with Peace River that a receiver's unilateral disclaimer cannot render an arbitration agreement void, inoperative, or incapable of being performed. In *Seidel*, LeBel and Deschamps JJ.

c) *Paragraphe 15(2) — La renonciation ne peut rendre une convention d'arbitrage « nulle, inopérante ou non susceptible d'être exécutée »*

[119] La troisième question d'interprétation découle de la deuxième. Si le séquestre nommé par le tribunal peut être considéré comme étant partie à la convention d'arbitrage du débiteur, peut-il néanmoins échapper à l'obligation d'arbitrage en intentant une procédure judiciaire fondée sur le contrat principal? Autrement dit, un séquestre peut-il renoncer unilatéralement à une convention d'arbitrage, la rendant ainsi « nulle, inopérante ou non susceptible d'être exécutée » au sens du par. 15(2) de l'*Arbitration Act*?

[120] La Cour d'appel semble avoir répondu à cette question par l'affirmative. Elle a conclu que, même si le séquestre nommé par le tribunal pouvait être considéré comme étant partie à la convention d'arbitrage du débiteur, il aurait le pouvoir de renoncer à cette convention en intentant une procédure judiciaire, rendant ainsi nulle, inopérante ou non susceptible d'être exécutée au sens du par. 15(2) une convention d'arbitrage par ailleurs valide. Le Séquestre souscrit au raisonnement de la Cour d'appel.

[121] À mon humble avis, la Cour d'appel a commis une erreur dans son interprétation du par. 15(2), et ce, pour deux raisons.

[122] Premièrement, la conclusion de la Cour d'appel repose sur une erreur manifeste et déterminante. Le Séquestre a concédé devant la Cour d'appel, comme il le fait devant notre Cour, qu'il [TRADUCTION] « n'a pas expressément renoncé » aux Conventions d'arbitrage (m.i., par. 102; m.a., annexe B, par. 3 et 13). Pendant l'audience tenue devant notre Cour, l'avocate du Séquestre a réitéré cette concession. Le Séquestre n'a donc pas renoncé aux Conventions d'arbitrage en introduisant une procédure judiciaire. Par conséquent, l'interprétation donnée par la Cour d'appel au par. 15(2) ne peut être retenue.

[123] Deuxièmement, et même en mettant de côté l'erreur factuelle commise par la Cour d'appel, je conviens avec Peace River que la renonciation unilatérale par un séquestre ne peut rendre une convention d'arbitrage nulle, inopérante ou non susceptible

(dissenting, but not on this point) held that the terms "void", "inoperative", and "incapable of being performed" in s. 15(2) should be interpreted "narrowly" to prevent parties from avoiding arbitration in favour of what they view as a "preferable procedure" (paras. 117-18). I agree with the Chartered Institute of Arbitrators (Canada) Inc. that allowing a receiver to avoid arbitration by unilaterally disclaiming a debtor's pre-existing arbitration agreement conflicts with the text and intent of s. 15 and "diminishes the presumptive enforceability and overall predictability of arbitration agreements, which was the purpose for Canada ratifying the New York Convention and for British Columbia adopting the Model Law" (I.F., at para. 9).

[124] As s. 15(2) makes plain, the sole basis upon which a party may sue to enforce a contract and yet avoid the obligation to arbitrate is that the arbitration agreement has been found by a court to be void, inoperative, or incapable of being performed. Preferably, court-appointed receivers should seek such a judicial determination by bringing a motion for directions before the supervising court (see, e.g., *Canada (Attorney General) v. Reliance Insurance Co.* (2007), 87 O.R. (3d) 42 (S.C.J.), at paras. 7, 9 and 21). I note that the Receiver did not bring such a motion before the Alberta Court of Queen's Bench, the supervising court with carriage of this matter. Instead, it filed a civil claim in the Supreme Court of British Columbia. Contrary to the Court of Appeal's reasoning, I do not accept that the bare act of filing suit in a court unfamiliar with the insolvency proceedings is a sufficient basis on which to find an arbitration agreement unenforceable under s. 15(2). Given the clear expression of legislative will in favour of arbitral jurisdiction embodied in the *Arbitration Act*, the enforceability of an otherwise valid arbitration agreement should not be subject to the whims of any single party, even a court-appointed receiver.

d'être exécutée. Dans l'arrêt *Seidel*, les juges LeBel et Deschamps (dissidents, mais non sur ce point) ont conclu que les termes « nulle », « inopérante » et « non susceptible d'être exécutée » figurant au par. 15(2) devraient être interprétés « de façon restrictive » pour empêcher les parties d'éviter l'arbitrage en faveur de ce qu'elles considèrent comme une « meilleure procédure » (par. 117-118). Je conviens avec la Chartered Institute of Arbitrators (Canada) Inc. que permettre à un séquestre d'éviter l'arbitrage en renonçant unilatéralement à la convention d'arbitrage préexistante du débiteur est incompatible avec le libellé et l'objet de l'art. 15. Qui plus est, un tel résultat aurait pour effet de [TRADUCTION] « diminue[r] le caractère exécutoire présumé et la prévisibilité globale des conventions d'arbitrage, ce qui était l'objectif du Canada en ratifiant la Convention de New York et de la Colombie-Britannique en adoptant la Loi type » (m. interv., par. 9).

[124] Comme l'indique clairement le par. 15(2), une partie ne peut intenter une poursuite en vue de faire exécuter un contrat et échapper à l'obligation d'arbitrage que si un tribunal conclut que la convention d'arbitrage est nulle, inopérante ou non susceptible d'être exécutée. Il serait préférable que les séquestres nommés par le tribunal sollicitent une telle décision judiciaire en présentant une requête pour directives devant le tribunal de surveillance (voir, p. ex., *Canada (Attorney General) c. Reliance Insurance Co.* (2007), 87 O.R. (3d) 42 (C.S.J.), par. 7, 9 et 21). Je souligne que le Séquestre n'a pas présenté pareille requête devant la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta, le tribunal de surveillance chargé de la présente affaire. Il a plutôt déposé une poursuite civile devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique. Contrairement à la Cour d'appel, je n'accepte pas que le simple fait de déposer une poursuite devant un tribunal qui est peu familier avec les procédures d'insolvabilité constitue un motif suffisant pour conclure qu'une convention d'arbitrage est inexécutoire en vertu du par. 15(2). Compte tenu du choix législatif clairement favorable à la compétence arbitrale qui est consacré par l'*Arbitration Act*, le caractère exécutoire d'une convention d'arbitrage par ailleurs valide ne devrait pas être sujet aux caprices d'une partie, pas même à ceux d'un séquestre nommé par le tribunal.

[125] Rather, where a court-appointed receiver attempts to initiate court proceedings without prior judicial approval in a dispute covered by a valid arbitration agreement, the court must decide whether to exercise its jurisdiction arising from the *BIA* to decline to enforce the arbitration agreement under s. 15 of the *Arbitration Act*. This requires a proper reading of the words "void, inoperative or incapable of being performed" in accordance with the modern approach to statutory interpretation and in light of the relevant insolvency policy interests. The Court of Appeal did not set out its reasoning in this regard. Accordingly, I turn now to this interpretive exercise.

(d) *Section 15(2) — A Court May Find an Arbitration Agreement "Inoperative" Due to a Receivership*

[126] The final interpretive issue lies at the heart of this appeal. It boils down to the following question: Where the technical prerequisites in s. 15(1) of the *Arbitration Act* are met, does s. 15(2) give a court the power to refuse a stay under s. 15(2) by finding that an arbitration agreement has become "inoperative" or "incapable of being performed" because of court-ordered receivership proceedings?

[127] According to Peace River, the answer is no. It accepts that s. 15(2) requires a court to assess whether an arbitration agreement is "void, inoperative or incapable of being performed". However, it argues that these terms must be narrowly interpreted and that courts do not have the power to "simply render" otherwise valid arbitration agreements inoperative or incapable of being performed, whether by virtue of their statutory jurisdiction over receiverships under s. 243 of the *BIA* or by virtue of the inherent jurisdiction to oversee bankruptcy and insolvency proceedings preserved in s. 183 of the *BIA*. Peace River says that even if such a power existed under the *BIA*, it would conflict with s. 15 of the *Arbitration Act*, thus creating a paramountcy conflict between

[125] Lorsque le séquestre nommé par le tribunal cherche à intenter une action sans autorisation judiciaire préalable dans un différend visé par une convention d'arbitrage valide, le tribunal doit plutôt décider s'il doit exercer sa compétence découlant de la *LFI* de refuser d'exécuter la convention d'arbitrage en application de l'art. 15 de l'*Arbitration Act*. Il faut alors bien interpréter les mots « nulle, inopérante ou non susceptible d'être exécutée » conformément à la méthode moderne d'interprétation législative et à la lumière des principes pertinents en matière d'insolvabilité. La Cour d'appel n'a pas exposé son raisonnement à cet égard. J'entreprends donc maintenant cet exercice d'interprétation.

d) *Paragraphe 15(2) — Le tribunal peut conclure qu'une convention d'arbitrage est « inopérante » en raison d'une mise sous séquestre*

[126] La dernière question d'interprétation est au cœur du présent pourvoi. Elle se résume ainsi : lorsque les conditions préliminaires énoncées au par. 15(1) de l'*Arbitration Act* sont remplies, le par. 15(2) confère-t-il au tribunal le pouvoir de refuser la suspension d'instance prévue au par. 15(2) en concluant que la convention d'arbitrage est devenue « inopérante » ou « non susceptible d'être exécutée » en raison d'une procédure de mise sous séquestre ordonnée par le tribunal?

[127] Selon Peace River, la réponse est non. Elle reconnaît que le par. 15(2) exige que le tribunal évalue si la convention d'arbitrage est « nulle, inopérante ou non susceptible d'être exécutée ». Cependant, elle soutient que ces termes doivent être interprétés de façon restrictive et que les tribunaux n'ont pas le pouvoir de [TRADUCTION] « simplement rendre » inopérantes ou non susceptible d'être exécutées des conventions d'arbitrage par ailleurs valides, que ce soit dans l'exercice de leur compétence en matière de mise sous séquestre conférée par l'art. 243 de la *LFI* ou dans l'exercice de la compétence inhérente de surveiller les procédures de faillite et d'insolvabilité énoncée à l'art. 183 de la *LFI*. Peace River affirme que, même si un tel pouvoir existait sous le régime de

federal legislation and provincial legislation, which the Receiver fails to address.

[128] The Receiver takes a more nuanced view. It agrees with Peace River that there was no need for the chambers judge to rely on inherent jurisdiction. Instead, it argues that s. 15(2) of the *Arbitration Act* grants a court the authority, in certain circumstances, to find an otherwise valid arbitration clause inoperative or incapable of being performed in the context of bankruptcy or insolvency proceedings. It says that this power is "also founded" in a court's statutory jurisdiction pursuant to ss. 183(1) and 243 of the *BIA* (R.F., at para. 118). Since s. 15 expressly authorizes a court to decline a stay in favour of arbitration on the basis that an arbitration agreement is inoperative or incapable of being performed, there is no conflict between federal law and provincial law to be resolved through the doctrine of federal paramountcy. This submission was endorsed by several interveners in this appeal, including the Chartered Institute of Arbitrators and the Insolvency Institute of Canada.

[129] I agree with the Receiver and the above-noted interveners. A court may find an arbitration agreement inoperative where arbitration would compromise the orderly and efficient resolution of a receivership. Accordingly, there is no conflict between the provincial *Arbitration Act* and the federal *BIA* giving rise to paramountcy concerns.

[130] As I will explain, this interpretation is supported by (a) the text, scheme, and purposes of the *Arbitration Act*; (b) the judicial and academic treatment of the term "inoperative"; and (c) the broad statutory jurisdiction conferred on superior courts in bankruptcy and insolvency matters, such as court-ordered receiverships under s. 243 of the *BIA*. I will then conclude by outlining several non-exhaustive factors to guide courts in determining whether an

la *LFI*, celui-ci serait incompatible avec l'art. 15 de l'*Arbitration Act*, ce qui entraînerait un conflit entre une loi fédérale et une loi provinciale au sens de la doctrine de la prépondérance fédérale. Cette question n'a pas été abordée par le Séquestre.

[128] Le Séquestre adopte une position plus nuancée. Il convient avec Peace River qu'il n'était pas nécessaire pour la juge en chambre de s'appuyer sur la compétence inhérente du tribunal. Il soutient plutôt que le par. 15(2) de l'*Arbitration Act* confère au tribunal le pouvoir, dans certaines circonstances, de conclure qu'une clause d'arbitrage par ailleurs valide est inopérante ou non susceptible d'être exécutée dans le contexte d'une procédure de faillite ou d'insolvabilité. Il affirme que ce pouvoir [TRADUCTION] « découle également » de la compétence du tribunal prévue au par. 183(1) et à l'art. 243 de la *LFI* (m.i., par. 118). Comme l'art. 15 autorise expressément le tribunal à refuser de suspendre l'instance en faveur de l'arbitrage au motif que la convention d'arbitrage est inopérante ou non susceptible d'être exécutée, il n'existe aucun conflit entre une loi fédérale et une loi provinciale au sens de la doctrine de la prépondérance fédérale. Plusieurs intervenants dans le présent pourvoi, notamment la Chartered Institute of Arbitrators et l'Insolvency Institute of Canada, partagent cet avis.

[129] Je suis d'accord avec le Séquestre et les intervenants nommés ci-haut. Le tribunal peut conclure qu'une convention d'arbitrage est inopérante lorsque l'arbitrage compromettrait le règlement ordonné et efficace de la mise sous séquestre. Par conséquent, il n'existe aucun conflit entre l'*Arbitration Act* provinciale et la *LFI* fédérale soulevant des questions de prépondérance fédérale.

[130] Comme je l'expliquerai plus loin, cette interprétation s'appuie sur a) le texte, l'économie et les objectifs de l'*Arbitration Act*; b) le traitement par les tribunaux et la doctrine du terme « inopérante »; et c) les vastes pouvoirs conférés par la loi aux cours supérieures dans les procédures de faillite et d'insolvabilité, incluant les mises sous séquestre ordonnées par le tribunal en vertu de l'art. 243 de la *LFI*. Je conclurai ensuite en exposant plusieurs facteurs non

arbitration agreement is inoperative due to parallel bankruptcy or insolvency proceedings.

(i) The Text, Scheme, and Purposes of the *Arbitration Act* Permit Courts to Find Arbitration Agreements "Inoperative" in the Insolvency Context

[131] When the modern approach to statutory interpretation is applied, it is clear that courts have the power to decline a stay in favour of arbitration under s. 15(2) of the *Arbitration Act* even where all the technical prerequisites in s. 15(1) are met.

[132] Both Peace River and the Receiver agree that, plainly read, s. 15(2) requires a court to assess whether an arbitration agreement is "void, inoperative or incapable of being performed" before granting a stay in favour of arbitration. This language is drawn from the Model Law, art. 8(1) of which states that a court "shall" refer the parties to arbitration unless it finds that the arbitration agreement is "null and void, inoperative or incapable of being performed". Similar language is also found in art. II(3) of the New York Convention. This language is commonly understood as requiring the court to pronounce upon the validity and enforceability of the arbitration agreement before referring the dispute to the arbitrator (McEwan and Herbst, at § 3:55, citing *Heyman v. Darwins, Ld.*, [1942] A.C. 356 (H.L.); *Kaverit Steel and Crane Ltd. v. Kone Corp.* (1992), 87 D.L.R. (4th) 129 (Alta. C.A.)).

[133] That said, courts must be careful not to overstep their role on a stay application under s. 15. They must bear in mind the competence-competence principle, the intention of the parties to refer their disputes to arbitration, and the legislative purposes underlying the *Arbitration Act*. As I have noted, the text and scheme of s. 15 make it *mandatory* for a court to defer to arbitral jurisdiction where the technical prerequisites in s. 15(1) are met, subject only

exhaustifs devant guider les tribunaux lorsqu'ils sont appelés à décider si une convention d'arbitrage est inopérante en raison d'une procédure de faillite ou d'insolvabilité parallèle.

(i) Le texte, l'économie et les objectifs de l'*Arbitration Act* permettent aux tribunaux de conclure que des conventions d'arbitrage sont « inopérantes » dans le contexte d'une insolvabilité

[131] En appliquant la méthode moderne d'interprétation législative, il est clair que les tribunaux ont le pouvoir de refuser une suspension d'instance en faveur de l'arbitrage en vertu du par. 15(2) de l'*Arbitration Act*, même lorsque toutes les conditions préliminaires prévues au par. 15(1) sont remplies.

[132] Peace River et le Séquestre sont tous deux d'accord pour dire que le libellé du par. 15(2) exige que le tribunal évalue si la convention d'arbitrage est « nulle, inopérante ou non susceptible d'être exécutée » avant de suspendre l'instance en faveur de l'arbitrage. Le libellé du par. 15(2) est tiré de l'art. 8(1) de la Loi type, qui prévoit que le tribunal « renverra » (« *shall refer* » dans la version anglaise) les parties à l'arbitrage à moins de constater que la convention d'arbitrage est « caduque, inopérante ou non susceptible d'être exécutée ». Un libellé semblable se trouve à l'art. II(3) de la Convention de New York. Le libellé en question est généralement interprété de manière à exiger que le tribunal se prononce sur la validité et le caractère exécutoire de la convention d'arbitrage avant de renvoyer le différend à l'arbitre (McEwan et Herbst, § 3:55, citant *Heyman c. Darwins, Ld.*, [1942] A.C. 356 (H.L.); *Kaverit Steel and Crane Ltd. c. Kone Corp.* (1992), 87 D.L.R. (4th) 129 (C.A. Alb.)).

[133] Cela dit, les tribunaux doivent prendre garde de ne pas outrepasser leur rôle dans le cadre d'une demande de suspension d'instance fondée sur l'art. 15. Ils ne doivent pas perdre de vue le principe de compétence-compétence, l'intention des parties de soumettre leurs différends à l'arbitrage et les objectifs législatifs qui sous-tendent l'*Arbitration Act*. Comme je l'ai souligné, le texte et l'économie de l'art. 15 *obligent* le tribunal à faire montre de déférence à l'endroit de

to the narrow statutory exceptions in s. 15(2). This deferential approach accords with the purposes of the *Arbitration Act*, which were identified by the enacting legislature as follows: (a) providing a "simpler, faster, less expensive and less formal process" for resolving disputes, thereby minimizing costly and time-consuming court procedures; and (b) limiting judicial review in respect of disputes that parties have agreed to resolve by arbitration (British Columbia, *Official Report of Debates of the Legislative Assembly (Hansard)*, vol. 16, No. 7, 4th Sess., 33rd Parl., April 21, 1986, at p. 7865 (Hon. Brian Smith, Attorney General)).

[134] In the typical case, both legislative objectives will be served by holding the parties to their agreement to arbitrate. Indeed, a narrow interpretation of the words "void, inoperative or incapable of being performed" promotes the enforcement of arbitration agreements, which generally leads to streamlined dispute resolution with minimal judicial intervention (see *Seidel*, at para. 117; S. Kröll, "The 'Incapable of Being Performed' Exception in Article II(3) of the New York Convention", in E. Gaillard, D. Di Pietro and N. Leleu-Knobil, eds., *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards: The New York Convention in Practice* (2008), 323, at p. 324).

[135] But when do these narrow statutory exceptions apply? The terms "void", "inoperative", and "incapable of being performed" are not defined in the *Arbitration Act*, nor in the Model Law or the New York Convention from which they originate. It is therefore necessary to briefly define each term.

1. *"Void"*

[136] The meaning of the term "void" is relatively settled. An arbitration agreement will be considered void only in the rare circumstances where it is "intrinsically defective" (and therefore void *ab initio*) according to the usual rules of contract law, including when it is undermined by fraud, undue

la compétence arbitrale lorsque les conditions préliminaires du par. 15(1) sont remplies, sous réserve uniquement des exceptions restreintes prévues au par. 15(2). Cette approche empreinte de déférence s'accorde avec les objectifs visés par l'*Arbitration Act*, lesquels ont ainsi été décrits par la législature qui l'a édictée : a) fournir un [TRADUCTION] « processus plus simple, plus rapide, moins coûteux et moins formel » pour régler les différends, ce qui permet de réduire les procédures judiciaires coûteuses et longues; et b) limiter le contrôle judiciaire à l'égard des différends que les parties ont convenu de régler par voie d'arbitrage (Colombie-Britannique, *Official Report of Debates of the Legislative Assembly (Hansard)*, vol. 16, nº 7, 4e sess., 33e lég., 21 avril 1986, p. 7865 (l'hon. Brian Smith, procureur général)).

[134] En règle générale, les deux objectifs législatifs seront servis en obligeant les parties à respecter leur convention d'arbitrage. En effet, une interprétation restrictive des termes « nulle, inopérante ou non susceptible d'être exécutée » favorise l'exécution des conventions d'arbitrage, ce qui mène généralement à la résolution simplifiée des différends avec une intervention judiciaire minimale (voir *Seidel*, par. 117; S. Kröll, « The "Incapable of Being Performed" Exception in Article II(3) of the New York Convention », dans E. Gaillard, D. Di Pietro et N. Leleu-Knobil, dir., *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards : The New York Convention in Practice* (2008), 323, p. 324).

[135] Mais dans quels cas ces exceptions statutaires restreintes s'appliquent-elles? Les mots « nulle », « inopérante » et « non susceptible d'être exécutée » ne sont pas définis dans l'*Arbitration Act*, ni dans la Loi type ou dans la Convention de New York d'où ils émanent. Il est donc nécessaire de définir brièvement chacun de ces termes.

1. *« Nulle »*

[136] Le sens du terme « nulle » est relativement établi. Une convention d'arbitrage ne sera considérée nulle que dans les rares circonstances où elle est [TRADUCTION] « intrinsèquement défectueuse » (et donc nulle *ab initio*) conformément aux règles habituelles du droit des contrats, notamment lorsqu'elle

influence, unconscionability, duress, mistake, or misrepresentation (C. B. Lamm and J. K. Sharpe, "Inoperative Arbitration Agreements Under the New York Convention", in E. Gaillard, D. Di Pietro and N. Leleu-Knobil, eds., *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards: The New York Convention in Practice* (2008), 297, at p. 300; McEwan and Herbst, at § 3:56; Casey, at ch. 3.7.1). The Supreme Court of British Columbia has confirmed that the term "void" in s. 15(2) of the *Arbitration Act* provides a court with a narrow discretion to decline a stay where there are "sufficient materials before the court on which to base a summary determination that the arbitration agreement itself is void" on one or more of the recognized grounds (*James v. Thow*, 2005 BCSC 809, 5 B.L.R. (4th) 315, at para. 99). There is no dispute that the Arbitration Agreements in the present case are not void within the meaning of s. 15(2).

2. *"Inoperative"*

[137] Less settled — and more significant to the case at bar — is the proper interpretation of the terms "inoperative" and "incapable of being performed", particularly in the context of a bankruptcy or insolvency. I turn first to the meaning of "inoperative".

[138] The term "inoperative" has no universal common law definition (*Prince George (City) v. McElhanney Engineering Services Ltd.* (1995), 9 B.C.L.R. (3d) 368 (C.A.), at para. 33, citing M. J. Mustill and S. C. Boyd, *The Law and Practice of Commercial Arbitration in England* (2nd ed. 1989), at pp. 464-65). In arbitration law, however, the term has been used to describe arbitration agreements which, although not void *ab initio*, "have ceased for some reason to have future effect" or "have become inapplicable to the parties and their dispute" (McEwan and Herbst, at § 3:57; Lamm and Sharpe, at p. 301; see also Casey, at ch. 3.7.2).

est minée par la fraude, l'abus d'influence, l'iniquité, la contrainte, l'erreur ou la fausse représentation (C. B. Lamm et J. K. Sharpe, « Inoperative Arbitration Agreements Under the New York Convention », dans E. Gaillard, D. Di Pietro et N. Leleu-Knobil, dir., *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards : The New York Convention in Practice* (2008), 297, p. 300; McEwan et Herbst, § 3:56; Casey, c. 3.7.1). La Cour suprême de la Colombie-Britannique a confirmé que le mot « nulle » figurant au par. 15(2) de l'*Arbitration Act* confère au tribunal un pouvoir discrétionnaire limité qui lui permet de refuser une suspension d'instance quand il [TRADUCTION] « dispose de suffisamment de preuve pour rendre un jugement sommaire selon lequel la convention d'arbitrage est en soi nulle » pour un ou plusieurs des motifs reconnus (*James c. Thow*, 2005 BCSC 809, 5 B.L.R. (4th) 315, par. 99). Nul ne conteste que les Conventions d'arbitrage en l'espèce ne sont pas nulles au sens du par. 15(2).

2. *« Inopérante »*

[137] Ce qui est moins évident — et ce qui est plus important en l'espèce — se rapporte à l'interprétation qu'il convient de donner aux termes « inopérante » et « non susceptible d'être exécutée », en particulier dans le contexte d'une faillite ou d'une insolvabilité. Je me penche d'abord sur le sens à donner au mot « inopérante ».

[138] Le terme « inopérante » n'a aucune définition universelle en common law (*Prince George (City) c. McElhanney Engineering Services Ltd.* (1995), 9 B.C.L.R. (3d) 368 (C.A.), par. 33, citant M. J. Mustill et S. C. Boyd, *The Law and Practice of Commercial Arbitration in England* (2e éd. 1989), p. 464-465). Cependant, en droit de l'arbitrage, le terme est employé pour décrire les conventions d'arbitrage qui, bien qu'elles ne soient pas nulles *ab initio*, [TRADUCTION] « ont cessé, pour une raison quelconque, de produire leurs effets dans le futur » ou « sont devenues inapplicables aux parties et à leur différend » (McEwan et Herbst, § 3:57; Lamm et Sharpe, p. 301; voir aussi Casey, c. 3.7.2).

[139] Possible reasons for finding an arbitration agreement inoperative include frustration, discharge by breach, waiver, or a subsequent agreement between the parties. The cases interpreting s. 15(2) of the *Arbitration Act* make it clear that matters such as inconvenience, multiple parties, intertwining of issues with non-arbitrable disputes, possible increased cost, and potential delay generally will not, standing alone, be grounds to find an arbitration agreement inoperative (*Prince George*, at para. 37; *MacKinnon v. National Money Mart Co.*, 2004 BCCA 473, 50 B.L.R. (3d) 291, at para. 34). Indeed, like all the statutory exceptions, the exception for an inoperative arbitration agreement is to be narrowly interpreted, with the party seeking to avoid arbitration bearing the heavy onus of showing that it applies. This serves "the interests of freedom of contract, international comity and expected efficiency and cost-savings" from enforcing otherwise valid arbitration agreements (McEwan and Herbst, at § 3:57; *MacKinnon*, at para. 36).

[139] Parmi les raisons permettant de conclure qu'une convention d'arbitrage est inopérante, mentionnons l'inexécutabilité, la rupture pour cause d'inexécution, la renonciation ou une entente ultérieure entre les parties. Il ressort clairement de la jurisprudence portant sur l'interprétation du par. 15(2) de l'*Arbitration Act* que les éléments tels que les inconvénients, la multiplicité des parties, l'entrelacement de questions avec des différends non arbitrables, la possibilité de coûts plus élevés et les délais possibles ne constitueront généralement pas, à eux seuls, des motifs permettant de conclure qu'une convention d'arbitrage est inopérante (*Prince George*, par. 37; *MacKinnon c. National Money Mart Co.*, 2004 BCCA 473, 50 B.L.R. (3d) 291, par. 34). En effet, comme toutes les exceptions prévues par la loi, l'exception relative à une convention d'arbitrage inopérante doit être interprétée de façon restrictive et la partie qui cherche à échapper à l'arbitrage porte le lourd fardeau de démontrer qu'elle s'applique. Cela favorise [TRADUCTION] « l'intérêt de la liberté contractuelle, de la courtoisie internationale, et de l'efficacité et des économies attendues » de l'exécution de conventions d'arbitrage par ailleurs valides (McEwan et Herbst, § 3:57; *MacKinnon*, par. 36).

[140] The application of this exception where the defendant in litigation that has been commenced is subject to bankruptcy or insolvency protection is straightforward. For instance, the making of a winding-up order or a receivership order may be grounds for a court to find an arbitration agreement inoperative (Casey, at ch. 7.18.2; McEwan and Herbst, at § 3:57). Indeed, in either scenario, all proceedings *against* the debtor are stayed under the applicable bankruptcy or insolvency legislation. Accordingly, an agreement to arbitrate ceases, in most circumstances, to have effect for the future and may not be relied upon. It is inoperative, and the matter is left to be resolved in the relevant bankruptcy or insolvency proceedings.

[140] L'application de cette exception est peu controversée lorsque le défendeur dans une poursuite bénéficie de la protection en matière de faillite ou d'insolvabilité. Par exemple, le tribunal peut conclure qu'une convention d'arbitrage est inopérante au motif qu'une ordonnance de mise en liquidation ou de mise sous séquestre a été rendue (Casey, c. 7.18.2; McEwan et Herbst, § 3:57). En effet, dans l'une ou l'autre de ces hypothèses, toutes les procédures engagées *contre* le débiteur sont suspendues en vertu des dispositions législatives applicables en matière de faillite ou d'insolvabilité. Par conséquent, la convention d'arbitrage cesse, dans la plupart des cas, de produire ses effets pour l'avenir et ne peut être invoquée. Elle est inopérante et la question doit être tranchée dans le cadre de la procédure de faillite ou d'insolvabilité.

[141] This is not to say that a court *must* decline a stay in favour of arbitration based on inoperability in these circumstances. As Casey notes, it "may well

[141] Cela ne signifie pas pour autant que le tribunal *doit*, dans ces circonstances, refuser de suspendre l'instance en faveur de l'arbitrage en raison

be that the bankruptcy judge will refer the matter to arbitration as the most expeditious way to prove the creditor's claim" (ch. 7.18.2). As I will explain further below, the court must assess, in light of all the circumstances, whether to refer the matter to arbitration or to maintain centralized judicial oversight.

[142] It must be noted, however, that the term "inoperative" may not always cover scenarios where a court-appointed creditor representative, like a receiver, *initiates* court proceedings on behalf of a debtor. This is because insolvency law generally stays legal claims *brought against* a debtor under court protection, while permitting claims *brought on its behalf* to proceed, in the interest of maximizing creditor recovery and salvaging the debtor's business as a going concern. Again, in these circumstances, the court must assess whether to permit the receiver to proceed with the debtor's claim in court rather than through the arbitral process bargained for by the parties.

[143] A helpful example of inoperability in the insolvency context is provided by *Reliance*. In that case, a liquidator appointed under the *Winding-up and Restructuring Act*, R.S.C. 1985, c. W-11 ("*WURA*"), initiated court proceedings to collect monies allegedly owed to the debtor by third parties. The third parties invoked their arbitration agreements with the debtor and asked the court to refer the dispute to arbitration. Pepall J. (as she then was) concluded that, in these circumstances, the arbitration agreements ceased to have future effect and were inoperative within the meaning of the applicable arbitration legislation. To hold otherwise would have compromised the "expeditious and inexpensive" resolution of the insolvency proceedings, contrary to the *WURA* (para. 34). Pepall J. observed that referral to arbitration would result in undue delay given the "three separate adjudications" that would be required under the arbitration

du caractère inopérant de la convention d'arbitrage. Comme le fait remarquer Casey, il [TRADUCTION] « se peut fort bien que le juge de faillite renvoie l'affaire à l'arbitrage, car il s'agit de la manière la plus rapide de prouver la réclamation du créancier » (c. 7.18.2). Comme je l'expliquerai plus en détail ci-après, le tribunal doit évaluer, à la lumière de toutes les circonstances, s'il convient de renvoyer l'affaire à l'arbitrage ou de maintenir une surveillance judiciaire centralisée.

[142] Il faut souligner, cependant, qu'il se peut que le terme « inopérante » ne vise pas toujours les cas où un représentant des créanciers nommé par le tribunal, comme un séquestre, *introduit* une procédure judiciaire au nom d'un débiteur. Il en est ainsi parce que, généralement, en droit de l'insolvabilité, les réclamations en justice *présentées contre* un débiteur sous la protection du tribunal sont suspendues, alors que les réclamations *présentées en son nom* peuvent se poursuivre, et ce, dans le but de maximiser le recouvrement au profit des créanciers et de préserver l'entreprise en continuité d'exploitation. Encore une fois, dans ces circonstances, le tribunal doit se demander s'il y a lieu de permettre au séquestre de traiter la réclamation du débiteur devant les tribunaux plutôt qu'au moyen du processus arbitral négocié par les parties.

[143] La décision *Reliance* offre un exemple utile du caractère inopérant de conventions d'arbitrage dans le contexte de l'insolvabilité. Dans cette affaire, un liquidateur nommé en vertu de la *Loi sur les liquidations et les restructurations*, L.R.C. 1985, c. W-11 (« *LLR* »), a intenté une procédure judiciaire pour recouvrer des sommes que des tiers devaient, selon lui, à la débitrice. Les tiers ont invoqué leur convention d'arbitrage avec la débitrice et ont demandé au tribunal de renvoyer le différend à l'arbitrage. La juge Pepall (maintenant juge à la Cour d'appel de l'Ontario) a conclu que, dans ces circonstances, les conventions d'arbitrage cessaient de produire leurs effets pour l'avenir et étaient inopérantes au sens des dispositions législatives applicables en matière d'arbitrage. Conclure autrement aurait compromis le règlement [TRADUCTION] « rapide et peu coûteux » des procédures d'insolvabilité, en contravention de la

agreements, and also pointed to the "attendant danger of inconsistent rulings" (para. 34).

3. *"Incapable of Being Performed"*

[144] An arbitration agreement is considered "incapable of being performed" where "the arbitral process cannot effectively be set in motion" because of a physical or legal impediment beyond the parties' control (McEwan and Herbst, at § 3:58; Casey, at ch. 3.7.3; *Prince George*, at para. 35; Lamm and Sharpe, at p. 300; Kröll, at p. 326; van den Berg, at p. 159; D. Schramm, E. Geisinger and P. Pinsolle, "Article II", in H. Kronke et al., eds., *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention* (2010), 37, at p. 108).

[145] Physical impediments rendering an arbitration agreement incapable of being performed may include the following: (a) inconsistencies, inherent contradictions, or vagueness in the arbitration agreement that cannot be remedied by interpretation or other contractual techniques; (b) the non-availability of the arbitrator specified in the agreement; (c) the dissolution or non-existence of the chosen arbitration institution; or (d) political or other circumstances at the seat of arbitration rendering arbitration impossible (McEwan and Herbst, at § 3:58; Casey, at ch. 3.7.3; van den Berg, at p. 159; Kröll, at pp. 330-42). In all these circumstances, the arbitration agreement is incapable of being performed because it is impossible for the parties to obtain the specific arbitral procedures for which they bargained. Importantly, financial impecuniosity alone does not render an arbitration agreement incapable of being performed (D. St. John Sutton, J. Gill and M. Gearing, *Russell on Arbitration* (24th ed. 2015), at p. 379; Casey, at ch. 3.5.1; D. Joseph, *Jurisdiction and Arbitration Agreements and Their Enforcement* (2nd ed. 2010), at p. 355). Legal impediments may also lead to an incapacity to perform an arbitration agreement. For example, an arbitration agreement may be incapable of being performed because the subject matter of the

LLR (par. 34). La juge Pepall a fait remarquer qu'un renvoi à l'arbitrage entraînerait un retard indu en raison des [TRADUCTION] « trois sentences distinctes » qui seraient requises en vertu des conventions d'arbitrage, et a également souligné le « danger connexe de décisions contradictoires » (par. 34).

3. *« Non susceptible d'être exécutée »*

[144] Une convention d'arbitrage est considérée comme « non susceptible d'être exécutée » lorsque [TRADUCTION] « le processus arbitral ne peut être efficacement mis en œuvre » en raison d'un obstacle physique ou juridique indépendant de la volonté des parties (McEwan et Herbst, § 3:58; Casey, c. 3.7.3; *Prince George*, par. 35; Lamm et Sharpe, p. 300; Kröll, p. 326; van den Berg, p. 159; D. Schramm, E. Geisinger et P. Pinsolle, « Article II », dans H. Kronke et autres, dir., *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards : A Global Commentary on the New York Convention* (2010), 37, p. 108).

[145] Les obstacles physiques qui rendent une convention d'arbitrage non susceptible d'être exécutée peuvent inclure : a) des incohérences, des contradictions inhérentes ou des imprécisions dans la convention d'arbitrage auxquelles l'interprétation ou d'autres techniques contractuelles ne peuvent remédier; b) la non-disponibilité de l'arbitre désigné dans la convention; c) la dissolution ou l'inexistence de l'institution d'arbitrage choisie; ou d) des circonstances politiques ou autres au siège de l'arbitrage qui rendent l'arbitrage impossible (McEwan et Herbst, § 3:58; Casey, c. 3.7.3; van den Berg, p. 159; Kröll, p. 330-342). Dans tous ces cas, la convention d'arbitrage est non susceptible d'être exécutée parce qu'il est impossible pour les parties de mettre en œuvre les procédures arbitrales qu'elles ont négociées. Fait important, le manque de ressources financières, à lui seul, ne rend pas une convention d'arbitrage non susceptible d'être exécutée (D. St. John Sutton, J. Gill et M. Gearing, *Russell on Arbitration* (24e éd. 2015), p. 379; Casey, c. 3.5.1; D. Joseph, *Jurisdiction and Arbitration Agreements and Their Enforcement* (2e éd. 2010), p. 355). Des obstacles juridiques peuvent également faire en sorte qu'il est impossible d'exécuter une convention d'arbitrage. Par exemple, une convention d'arbitrage peut être non susceptible

dispute is covered by an express legislative override of the parties' right to arbitrate (see *Seidel*, at para. 40).

(ii) The *BIA* Provides Jurisdiction to Find an Arbitration Agreement "Inoperative"

[146] The broad and flexible powers granted to superior courts under the *BIA*, particularly in the receivership context, provide further support for the foregoing interpretation of s. 15(2) of the *Arbitration Act*. The *Arbitration Act* and the *BIA* are not incompatible, such that no paramountcy concerns arise.

[147] The *BIA* is remedial legislation that is intended, in part, to provide for an orderly and efficient distribution of a bankrupt's funds to various creditors. As such, it is to be given a liberal interpretation in order to facilitate its objectives (*Century Services*, at para. 15; *Third Eye Capital Corporation v. Dianor Resources Inc.*, 2019 ONCA 508, 435 D.L.R. (4th) 416, at para. 43). Section 183(1) of the *BIA* confirms that superior courts have jurisdiction in bankruptcy and insolvency matters which may be exercised concurrently with their jurisdiction in ordinary civil matters (Houlden, Morawetz and Sarra, at § 8:2; *Cantore v. Nemaska Lithium Inc.*, 2020 QCCA 1333, at para. 8 (CanLII)).

[148] Further, under s. 243(1)(c) of the *BIA*, a court may appoint a receiver to, among other things, "take any . . . action that the court considers advisable", if the court considers it "just or convenient to do so". This very expansive wording has been interpreted as giving judges the "broadest possible mandate in insolvency proceedings to enable them to react to any circumstances that may arise" in relation to court-ordered receiverships (*DGDP-BC Holdings Ltd. v. Third Eye Capital Corporation*, 2021 ABCA 226, 459 D.L.R. (4th) 538, at para. 20; see also Houlden, Morawetz and Sarra, at § 12:18; *Dianor*, at paras. 57-58). Section 243(1)(c) thus permits a court to do not only what "justice dictates" but also what "practicality demands" (*Dianor*, at para. 57; *Canada (Minister of Indian Affairs and Northern*

d'être exécutée parce que l'objet du différend est visé par une dérogation législative expresse au droit des parties de recourir à l'arbitrage (voir *Seidel*, par. 40).

(ii) La *LFI* confère la compétence pour conclure qu'une convention d'arbitrage est « inopérante »

[146] Les pouvoirs vastes et souples conférés par la *LFI* aux cours supérieures, en particulier dans le contexte d'une mise sous séquestre, renforcent davantage l'interprétation du par. 15(2) de l'*Arbitration Act* exposée ci-haut. L'*Arbitration Act* et la *LFI* ne sont pas incompatibles, de sorte qu'aucune question de prépondérance ne se pose.

[147] La *LFI* est une loi réparatrice qui vise, en partie, à assurer la distribution ordonnée et efficace des actifs du failli aux divers créanciers. Ainsi, il faut l'interpréter de façon libérale pour favoriser l'atteinte de ses objectifs (*Century Services*, par. 15; *Third Eye Capital Corporation c. Ressources Dianor Inc.*, 2019 ONCA 508, 435 D.L.R. (4th) 416, par. 43). Le paragraphe 183(1) de la *LFI* confirme que les cours supérieures ont juridiction en matière de faillite et d'insolvabilité et que cette juridiction peut être exercée de manière concurrente à celle qu'elles possèdent en matière civile ordinaire (Houlden, Morawetz et Sarra, § 8:2; *Cantore c. Nemaska Lithium Inc.*, 2020 QCCA 1333, par. 8 (CanLII)).

[148] De plus, en vertu de l'al. 243(1)c) de la *LFI*, le tribunal peut, s'il est convaincu que « cela est juste ou opportun », nommer un séquestre qu'il habilite, entre autres, « à prendre toute [. . .] mesure qu'il estime indiquée ». Ce libellé très large a été interprété comme conférant aux juges le [TRADUCTION] « mandat le plus vaste possible dans le cadre des procédures d'insolvabilité afin de leur permettre de réagir à toute circonstance susceptible de se produire » dans le contexte de mises sous séquestre ordonnées par le tribunal (*DGDP-BC Holdings Ltd. c. Third Eye Capital Corporation*, 2021 ABCA 226, 459 D.L.R. (4th) 538, par. 20; voir aussi Houlden, Morawetz et Sarra, § 12:18; *Dianor*, par. 57-58). L'alinéa 243(1)c) permet donc au tribunal de faire non seulement ce que la [TRADUCTION] « justice commande », mais

Development) v. Curragh Inc. (1994), 114 D.L.R. (4th) 176 (Ont. C.J. (Gen. Div.)), at p. 185).

également ce que les « considérations pratiques exigent » (*Dianor*, par. 57; *Canada (Minister of Indian Affairs and Northern Development) c. Curragh Inc.* (1994), 114 D.L.R. (4th) 176 (C.J. Ont. (Div. gén.)), p. 185).

[149] In my view, practicality demands that a court have the ability, in limited circumstances, to decline to enforce an arbitration agreement following a commercial insolvency. Said differently, ss. 243(1)(c) and 183(1) provide a statutory basis on which a court may, in certain circumstances, find an arbitration agreement inoperative within the meaning of s. 15(2) of the *Arbitration Act*.

[149] À mon avis, des considérations pratiques exigent que, dans certaines circonstances particulières, le tribunal ait la capacité de refuser l'exécution d'une convention d'arbitrage dans le contexte d'une insolvabilité commerciale. Autrement dit, l'al. 243(1)c) et le par. 183(1) fournissent un fondement législatif permettant au tribunal, dans certaines circonstances, de conclure qu'une convention d'arbitrage est inopérante au sens du par. 15(2) de l'*Arbitration Act*.

[150] Peace River resists this interpretation, relying on s. 72(1) of the *BIA* as interpreted by this Court in *GMAC Commercial Credit Corp. — Canada v. T.C.T. Logistics Inc.*, 2006 SCC 35, [2006] 2 S.C.R. 123. In short, it argues that s. 243(1)(c) of the *BIA* cannot empower a court to find an arbitration agreement unenforceable, as this would "abrogate" a contracting party's substantive right to a stay in favour of arbitration under s. 15 of the *Arbitration Act*, contrary to s. 72(1) of the *BIA*.

[150] Peace River s'oppose à cette interprétation en s'appuyant sur le par. 72(1) de la *LFI* tel que notre Cour l'a interprété dans *Société de crédit commercial GMAC — Canada c. T.C.T. Logistics Inc.*, 2006 CSC 35, [2006] 2 R.C.S. 123. En bref, elle soutient que l'al. 243(1)c) de la *LFI* ne peut permettre à un tribunal de déclarer qu'une convention d'arbitrage est inexécutoire, car cela reviendrait à « abroger » le droit substantif à une suspension d'instance en faveur de l'arbitrage que confère l'art. 15 de l'*Arbitration Act* à la partie contractante. Selon Peace River, cela irait à l'encontre du par. 72(1) de la *LFI*.

[151] I disagree. Section 72(1) merely confirms the constitutional doctrine of federal paramountcy, affirming that the *BIA* prevails where there is a "genuine inconsistency" between provincial laws relating to property and civil rights and the *BIA* (*Moloney*, at para. 40). It is well established that harmonious interpretations of federal and provincial legislation should be favoured over interpretations that result in incompatibility (*Orphan Well Association v. Grant Thornton Ltd.*, 2019 SCC 5, [2019] 1 S.C.R. 150, at paras. 64 and 66). Peace River's proposed interpretation of s. 72(1) of the *BIA* overlooks the fact that a party's "right" to have its dispute referred to arbitration under s. 15 of the *Arbitration Act* arises only where the court finds that the arbitration agreement at issue is not void, inoperative, or incapable of being performed. I have already explained that the statutory exception for inoperability may apply in certain insolvency scenarios. In other words, there is

[151] Je ne suis pas d'accord. Le paragraphe 72(1) ne fait que confirmer le principe constitutionnel de la prépondérance fédérale en précisant que la *LFI* prévaut en cas « d'incompatibilité véritable » entre les lois provinciales concernant la propriété et les droits civils et la *LFI* (*Moloney*, par. 40). Il est bien établi que les tribunaux doivent donner aux lois provinciale et fédérale une interprétation harmonieuse plutôt qu'une interprétation qui mène à une incompatibilité (*Orphan Well Association c. Grant Thornton Ltd.*, 2019 CSC 5, [2019] 1 R.C.S. 150, par. 64 et 66). L'interprétation du par. 72(1) de la *LFI* que propose Peace River ne tient pas compte du fait que le « droit » d'une partie à ce que son différend soit soumis à l'arbitrage en vertu de l'art. 15 de l'*Arbitration Act* ne prend naissance que lorsque le tribunal conclut que la convention d'arbitrage en cause n'est pas nulle, inopérante ou non susceptible d'être exécutée. J'ai déjà expliqué que l'exception prévue par la loi en ce qui a trait

no "genuine inconsistency" between the *Arbitration Act* and the *BIA*. I therefore agree with both Peace River and the Receiver that the paramountcy doctrine is not engaged.

[152] Accordingly, I find that there is statutory jurisdiction arising from ss. 183(1) and 243(1)(c) of the *BIA* for a court to hold that an arbitration agreement is inoperative in the receivership context. It is therefore unnecessary in this case to resort to inherent jurisdiction, which is to be considered only after statutory jurisdiction is determined to be unavailable (*Endean v. British Columbia*, 2016 SCC 42, [2016] 2 S.C.R. 162, at para. 24; G. R. Jackson and J. Sarra, "Selecting the Judicial Tool to get the Job Done: An Examination of Statutory Interpretation, Discretionary Power and Inherent Jurisdiction in Insolvency Matters", in J. P. Sarra, ed., *Annual Review of Insolvency Law 2007* (2008), 41).

[153] In sum, the foregoing interpretation of s. 15(2) of the *Arbitration Act* recognizes that the legislative and judicial preference for the enforcement of arbitration agreements is not set in stone. Rather, in limited circumstances, the *BIA* provides courts with jurisdiction to find an arbitration agreement inoperative in the face of parallel insolvency proceedings.

[154] I will now consider how to ascertain whether an otherwise valid arbitration agreement is inoperative in the context of insolvency proceedings. To date, this question has not been directly addressed by our Court. I will therefore briefly outline a set of factors arising from the authorities reviewed above that may be relevant in this exercise.

au caractère inopérant de la convention d'arbitrage peut s'appliquer dans certains cas d'insolvabilité. Autrement dit, il n'existe aucune « incompatibilité véritable » entre l'*Arbitration Act* et la *LFI*. Je suis donc d'accord avec Peace River et le Séquestre pour dire que la doctrine de la prépondérance n'entre pas en jeu.

[152] Par conséquent, je conclus que le par. 183(1) et l'al. 243(1)c) de la *LFI* confèrent au tribunal le pouvoir de déclarer inopérante une convention d'arbitrage dans le contexte d'une mise sous séquestre. Il n'est donc pas nécessaire, en l'espèce, d'examiner la compétence inhérente du tribunal, laquelle ne doit être envisagée qu'après avoir déterminé que les pouvoirs conférés par la loi ne peuvent être invoqués (*Endean c. Colombie-Britannique*, 2016 CSC 42, [2016] 2 R.C.S. 162, par. 24; G. R. Jackson et J. Sarra, « Selecting the Judicial Tool to get the Job Done : An Examination of Statutory Interpretation, Discretionary Power and Inherent Jurisdiction in Insolvency Matters », dans J. P. Sarra, dir., *Annual Review of Insolvency Law 2007* (2008), 41).

[153] En résumé, l'interprétation du par. 15(2) de l'*Arbitration Act* exposée ci-dessus reconnaît que la préférence législative et judiciaire en faveur de l'exécution des conventions d'arbitrage n'est pas immuable. Au contraire, la *LFI* confère aux tribunaux, dans des circonstances particulières, le pouvoir de conclure au caractère inopérant d'une convention d'arbitrage eu égard à l'existence d'une procédure d'insolvabilité parallèle.

[154] Examinons maintenant comment déterminer si une convention d'arbitrage par ailleurs valide est inopérante dans le contexte d'une procédure d'insolvabilité. Jusqu'à présent, notre Cour ne s'est pas penchée explicitement sur cette question. Je vais donc exposer brièvement un ensemble de facteurs tirés de la jurisprudence examinée ci-haut qui peuvent être pertinents dans le cadre de cette analyse.

(iii) Factors for Assessing Whether an Arbitration Agreement Is "Inoperative" Under Section 15(2) of the *Arbitration Act* Due to Insolvency Proceedings

[155] As I have explained, a court may find an arbitration agreement "inoperative" within the meaning of s. 15(2) of the *Arbitration Act* where enforcing it would compromise the orderly and efficient resolution of insolvency proceedings, including a court-ordered receivership under s. 243 of the *BIA*. The following non-exhaustive list of factors may be relevant in determining whether a particular arbitration agreement is inoperative in this context:

(a) *The effect of arbitration on the integrity of the insolvency proceedings*. Party autonomy and freedom of contract must be balanced with the need for an orderly and equitable distribution of the debtor's assets to creditors. An arbitration agreement may therefore be inoperative if it would lead to an arbitral process that would compromise the objective of the insolvency proceedings, namely the orderly and expeditious administration of the debtor's property. The court should have regard to the role and expertise of the court-appointed creditor representative, if any, in managing the insolvency proceedings.

(b) *The relative prejudice to the parties from the referral of the dispute to arbitration*. The court should override the parties' agreement to arbitrate their dispute only where the benefit of doing so outweighs the prejudice to them.

(c) *The urgency of resolving the dispute*. The court should generally prefer the more expeditious procedure. If the effect of a stay in favour of arbitration would be to postpone the resolution of the dispute and hinder the insolvency proceedings, this militates in favour of a finding of inoperability.

(iii) Facteurs pour évaluer si une convention d'arbitrage est « inopérante » au sens du par. 15(2) de l'*Arbitration Act* en raison d'une procédure d'insolvabilité

[155] Comme je l'ai expliqué, le tribunal peut conclure qu'une convention d'arbitrage est « inopérante » au sens du par. 15(2) de l'*Arbitration Act* lorsque le fait de l'exécuter compromettrait le règlement ordonné et efficace d'une procédure d'insolvabilité, y compris une mise sous séquestre ordonnée par le tribunal en vertu de l'art. 243 de la *LFI*. La liste non exhaustive suivante de facteurs peut être pertinente lorsqu'il s'agit de déterminer si une convention d'arbitrage donnée est inopérante dans ce contexte :

a) *L'effet de l'arbitrage sur l'intégrité de la procédure d'insolvabilité*. L'autonomie des parties et la liberté contractuelle doivent être mises en balance avec la nécessité de distribuer de façon ordonnée et équitable les actifs du débiteur aux créanciers. Une convention d'arbitrage peut donc être inopérante si elle mène à un processus arbitral qui compromettrait l'objectif de la procédure d'insolvabilité, à savoir l'administration ordonnée et expéditive des actifs du débiteur. Le tribunal devrait tenir compte du rôle et de l'expertise du représentant des créanciers nommé par le tribunal, s'il y en a un, dans la gestion de la procédure d'insolvabilité.

b) *Le préjudice relatif causé aux parties en raison du renvoi du différend à l'arbitrage*. Le tribunal ne devrait passer outre à la convention des parties de soumettre leur différend à l'arbitrage que lorsque l'avantage de procéder ainsi l'emporte sur le préjudice qu'elles subissent.

c) *L'urgence de régler le différend*. Le tribunal devrait généralement privilégier la procédure la plus rapide. Si l'effet d'une suspension d'instance en faveur de l'arbitrage est de retarder le règlement du différend et d'entraver la procédure d'insolvabilité, cela milite en faveur d'une conclusion selon laquelle la convention d'arbitrage est inopérante.

(d) *The applicability of a stay of proceedings under bankruptcy or insolvency law*. Bankruptcy or insolvency legislation may impose a stay that precludes any proceedings, including arbitral proceedings, *against* the debtor. If such a stay applies, the debtor cannot rely on an arbitration agreement to avoid the bankruptcy or insolvency; the agreement becomes inoperative.

(e) *Any other factor the court considers material in the circumstances*.

[156] Each of the foregoing factors may carry more or less weight depending on the circumstances of the case. But it bears repeating that the party seeking to avoid arbitration bears a heavy onus to establish a clear case of inoperability or incapacity to perform the impugned arbitration agreement. To discharge this onus, it must prove on a balance of probabilities that one or more of the statutory exceptions set out in s. 15(2) of the *Arbitration Act* apply. Otherwise, the court must grant a stay in favour of arbitration.

(e) *Conclusion on Section 15*

[157] In sum, a proper interpretation of s. 15 of the *Arbitration Act* leads to the following conclusions:

- The chambers judge was correct that undertaking to file a defence without invoking the rules of court is not a "step in the proceedings" within the meaning of s. 15(1);

- The chambers judge was correct that a court-appointed receiver may be a "party" to a debtor's pre-existing arbitration agreement within the meaning of s. 15(1);

- The Court of Appeal erred in holding that a court-appointed receiver may disclaim an arbitration agreement and thereby render it "void, inoperative or incapable of being performed" within the meaning of s. 15(2); and

d) *L'applicabilité d'une suspension d'instance en droit de la faillite ou de l'insolvabilité*. Une loi en matière de faillite ou d'insolvabilité peut imposer une suspension d'instance qui fait obstacle à toute procédure, y compris une procédure arbitrale, *contre* le débiteur. Si une telle suspension s'applique, le débiteur ne peut invoquer une convention d'arbitrage pour éviter la faillite ou l'insolvabilité; cette convention devient inopérante.

e) *Tout autre facteur que le tribunal estime significatif dans les circonstances*.

[156] Chacun des facteurs qui précèdent peut avoir plus ou moins de poids selon les circonstances de l'affaire. Cependant, il convient de répéter que la partie qui cherche à éviter l'arbitrage porte le lourd fardeau d'établir que la convention d'arbitrage contestée est clairement inopérante ou non susceptible d'être exécutée. Pour s'acquitter de ce fardeau, elle doit prouver suivant la prépondérance des probabilités qu'une ou plusieurs des exceptions énoncées au par. 15(2) de l'*Arbitration Act* s'appliquent. Sinon, le tribunal doit suspendre l'instance en faveur de l'arbitrage.

e) *Conclusion sur l'art. 15*

[157] En résumé, une interprétation appropriée de l'art. 15 de l'*Arbitration Act* mène aux conclusions suivantes :

- La juge en chambre avait raison d'affirmer que le fait de s'engager à produire une défense sans invoquer les règles de procédure du tribunal ne revient pas à « agi[r] dans l'instance » au sens du par. 15(1);

- La juge en chambre avait raison de déclarer que le séquestre nommé par le tribunal peut être considéré comme une « partie » à la convention d'arbitrage préexistante du débiteur au sens du par. 15(1);

- La Cour d'appel a commis une erreur en statuant que le séquestre nommé par le tribunal peut renoncer à une convention d'arbitrage et ainsi la rendre « nulle, inopérante ou non susceptible d'être exécutée » au sens du par. 15(2); et

- The chambers judge was correct that she had the authority to find an arbitration agreement inoperative in light of bankruptcy and insolvency proceedings. This power arises from the broad statutory jurisdiction accorded to superior courts in bankruptcy and insolvency matters by ss. 183 and 243 of the BIA. A court may find an arbitration agreement inoperative where the arbitral proceedings bargained for by the parties would compromise the orderly and efficient resolution of a receivership.

[158] In light of these interpretive conclusions, I now apply the two-part stay analysis under s. 15 of the *Arbitration Act* to the facts of the case at bar.

E. *Application of Section 15 of the Arbitration Act*

(1) Technical Prerequisites: Section 15 Is Engaged

[159] At the first stage of the stay analysis, the party seeking to rely on the arbitration agreement must establish an arguable case that all the technical prerequisites contemplated in s. 15(1) are met.

[160] There is no dispute that two of the technical prerequisites are met in this case: the Arbitration Agreements exist, and the impugned civil proceedings are in respect of a contractual dispute covered by them.

[161] I conclude that Peace River has also established an arguable case that the remaining technical prerequisites are met: (a) the Receiver is a "party" to the Arbitration Agreements, contrary to the Court of Appeal's conclusion; and (b) Peace River did not take a "step in the proceedings".

(a) *The Receiver Is a "Party" to the Arbitration Agreements*

[162] It is at least arguable that the Receiver is a party to the Arbitration Agreements. I say this for the following reasons.

- La juge en chambre avait raison d'affirmer qu'elle avait le pouvoir de conclure qu'une convention d'arbitrage est inopérante en raison d'une procédure de faillite et d'insolvabilité. Ce pouvoir découle des vastes pouvoirs conférés par les art. 183 et 243 de la *LFI* aux cours supérieures dans les affaires de faillite et d'insolvabilité. Le tribunal peut statuer qu'une convention d'arbitrage est inopérante lorsque la procédure arbitrale négociée par les parties compromettrait le règlement ordonné et efficace d'une mise sous séquestre.

[158] À la lumière de ces conclusions en matière d'interprétation, j'applique maintenant aux faits de l'espèce l'analyse en deux volets applicable aux suspensions d'instance que prescrit l'art. 15 de l'*Arbitration Act*.

E. *Application de l'art. 15 de l'Arbitration Act*

(1) Conditions préliminaires : l'art. 15 entre en jeu

[159] Au premier volet de l'analyse applicable aux suspensions d'instance, la partie qui cherche à invoquer la convention d'arbitrage doit établir une cause défendable selon laquelle toutes les conditions préliminaires prévues au par. 15(1) sont remplies.

[160] Nul ne conteste que deux des conditions préliminaires sont remplies en l'espèce : les Conventions d'arbitrage existent et l'instance civile contestée porte sur un différend contractuel visé par celles-ci.

[161] Je conclus que Peace River a également établi une cause défendable selon laquelle les autres conditions préliminaires sont remplies : a) le Séquestre est une « partie » aux Conventions d'arbitrage, contrairement à ce que la Cour d'appel a conclu; et b) Peace River n'a pas « agi dans l'instance ».

a) *Le Séquestre est une « partie » aux Conventions d'arbitrage*

[162] Pour les raisons qui suivent, il est à tout le moins possible de soutenir que le Séquestre est une partie aux Conventions d'arbitrage.

[163] First, the Receiver would have no cause of action to assert without Petrowest or the Petrowest Affiliates. The Court of Appeal recognized that "nominally, the claims remain those of Petrowest and its affiliates" (para. 43). In other words, the Receiver stepped into their shoes by initiating a civil claim on their behalf. Similarly to an assignee or a trustee in bankruptcy, the Receiver arguably became bound by operation of law by claiming through or under Petrowest and the Petrowest Affiliates. As I explained above, a receiver should not be permitted to seek the benefits of a contract in the debtor's name while avoiding the burdens.

[164] Second, contrary to the submissions of both Peace River and the Receiver, the distinction between a trustee in bankruptcy and a receiver is immaterial here. Under para. 3(j) of the Receivership Order, the Receiver is authorized to bring a civil claim on behalf of Petrowest and the Petrowest Affiliates by relying on the Main Agreements. Doing so is arguably sufficient to bind the Receiver, a non-signatory, as a party by operation of law to the Arbitration Agreements. I see no reason to discuss the distinction between trustees and receivers further.

[165] Third, contrary to the Receiver's submission, it did not need to "adopt" or "perform" the contracts to become a party. A receiver's obligation to either adopt or disclaim arises only in respect of executory contracts. Here, the parties agree that there are no remaining obligations for the Receiver to perform. Further inquiry into adoption or performance is not only unnecessary but would also clearly conflict with the arguable case threshold and the competence-competence principle, which together prevent a court on an application under s. 15 of the *Arbitration Act* from conducting anything more than a *superficial* review of the record.

[163] Premièrement, le Séquestre n'aurait aucune cause d'action à faire valoir sans Petrowest ou les Sociétés affiliées. La Cour d'appel a reconnu que [TRADUCTION] « théoriquement, les réclamations demeurent celles de Petrowest et de ses sociétés affiliées » (par. 43). Autrement dit, le Séquestre leur a succédé en intentant une poursuite civile en leur nom. On peut soutenir qu'à l'instar d'un cessionnaire ou d'un syndic de faillite, le Séquestre est devenu lié par l'effet de la loi en faisant une réclamation par l'entremise ou au nom de Petrowest et des Sociétés affiliées. Comme je l'ai expliqué précédemment, un séquestre ne peut solliciter les avantages d'un contrat au nom du débiteur tout en évitant les obligations qui en découlent.

[164] Deuxièmement, contrairement à ce que soutiennent Peace River et le Séquestre, la distinction entre un syndic de faillite et un séquestre est sans importance en l'espèce. Selon le par. 3(j) de l'Ordonnance de mise sous séquestre, le Séquestre est autorisé à intenter une poursuite civile au nom de Petrowest et des Sociétés affiliées en se fondant sur les Ententes principales. Il est possible de soutenir que le faire est suffisant pour lier le Séquestre, un non-signataire, à titre de partie aux Conventions d'arbitrage par l'effet de la loi. Je ne vois aucune raison d'examiner davantage la distinction entre les syndics et les séquestres.

[165] Troisièmement, contrairement à ce qu'il prétend, le Séquestre n'avait pas besoin [TRADUCTION] « d'adopter » ou « d'exécuter » les contrats pour devenir une partie. L'obligation d'un séquestre de ratifier un contrat ou d'y renoncer ne prend naissance qu'à l'égard de contrats exécutoires. En l'espèce, les parties conviennent que le Séquestre n'a plus aucune obligation à exécuter. Un examen plus approfondi de la ratification ou de l'exécution non seulement est inutile, mais serait clairement incompatible avec la norme de preuve qu'est la cause défendable et le principe de compétence-compétence, qui, ensemble, limitent le tribunal saisi d'une demande fondée sur l'art. 15 de l'*Arbitration Act* à un examen *superficiel* du dossier.

[166] Fourth, contrary to the Court of Appeal's conclusion, disclaimer and separability do not affect the Receiver's status as a party to the Arbitration Agreements. As noted, the Receiver concedes that it never disclaimed the Main Agreements or the Arbitration Agreements.

[167] Even setting this concession aside, I am of the view that the Court of Appeal misapplied the doctrine of separability. Separability does not apply absent a challenge to the validity of the main contract or of the arbitration agreement itself (*Uber*, at para. 224, per Côté J., dissenting, but not on this point). No issue is taken in this case with the validity of the Main Agreements or the Arbitration Agreements. Indeed, before the Court of Appeal, the Receiver argued that separability was "irrelevant" in this case (C.A. reasons, at para. 48). It now concedes that this Court does not need to consider separability to resolve this appeal. I accept this concession.

[168] I would add that the Court of Appeal's approach to separability would undermine the central purpose of the *Arbitration Act*. In essence, the Court of Appeal held that receivers are permitted to revoke arbitration agreements unilaterally, without any judicial inquiry into their validity or enforceability. But separability is intended to safeguard arbitration agreements, not imperil them (see, e.g., T. Meshel, "*Petrowest v. Peace River Hydro*: The Revocability and Separability of Commercial Arbitration Agreements" (2022), 65 *Can. Bus. L.J.* 329). As I have explained, it is for a court — not a receiver — to determine whether an arbitration agreement is valid and enforceable according to the narrow statutory exceptions set out in s. 15(2).

[169] Finally, I emphasize the low arguable case threshold applicable at the first stage of the s. 15 analysis. I recognize that receivership is a flexible remedy which may require interfering with the contractual rights of third parties in certain circumstances. However, accepting the Receiver's position at this stage of the s. 15 analysis would permit all

[166] Quatrièmement, contrairement à ce qu'a conclu la Cour d'appel, la renonciation et la séparabilité n'ont aucune incidence sur le statut du Séquestre en tant que partie aux Conventions d'arbitrage. Comme nous l'avons vu, le Séquestre concède qu'il n'a jamais renoncé aux Ententes principales ni aux Conventions d'arbitrage.

[167] Même en mettant cette concession de côté, j'estime que la Cour d'appel a mal appliqué la doctrine de la séparabilité, laquelle ne s'applique pas en l'absence d'une contestation de la validité du contrat principal ou de la convention d'arbitrage elle-même (*Uber*, par. 224, la juge Côté, dissidente, mais non sur ce point). En l'espèce, nul ne conteste la validité des Ententes principales ou des Conventions d'arbitrage. D'ailleurs, devant la Cour d'appel, le Séquestre a soutenu que la séparabilité n'était [TRADUCTION] « pas pertinente » dans la présente affaire (motifs de la C.A., par. 48). Il concède maintenant que notre Cour n'a pas besoin d'examiner la séparabilité pour trancher le présent pourvoi. J'accepte cette concession.

[168] J'ajouterais que l'approche adoptée par la Cour d'appel à l'égard de la séparabilité minerait l'objectif principal de l'*Arbitration Act*. Essentiellement, la Cour d'appel a conclu que les séquestres peuvent révoquer unilatéralement des conventions d'arbitrage sans que les tribunaux n'examinent leur validité ou leur caractère exécutoire. Cependant, la séparabilité vise à protéger les conventions d'arbitrage, et non à les compromettre (voir, p. ex., T. Meshel, « *Petrowest v. Peace River Hydro* : The Revocability and Separability of Commercial Arbitration Agreements » (2022), 65 *Rev. can. dr. comm.* 329). Comme je l'ai expliqué, il appartient au tribunal — et non au séquestre — de déterminer si une convention d'arbitrage est valide et exécutoire selon les exceptions restreintes prévues au par. 15(2).

[169] Enfin, j'insiste sur le seuil peu élevé de la cause défendable qui s'applique à la première étape de l'analyse prescrite à l'art. 15. Je reconnais qu'une mise sous séquestre est un recours souple qui peut exiger une interférence avec les droits contractuels de tiers dans certaines circonstances. Cependant, accepter la position du Séquestre à cette étape de l'analyse requise

court-appointed receivers to avoid pre-existing arbitration agreements with impunity. I do not believe this would be appropriate in view of the clear legislative and judicial preference in favour of party autonomy and arbitral jurisdiction.

(b) *Peace River Did Not Take a "Step in the Proceedings"*

[170] The Receiver has not identified a reviewable error in the chambers judge's finding that Peace River did not take a step in the proceedings. That finding was not challenged before the Court of Appeal. As such, it is not properly before this Court. Even if it were, I see no basis to question the chambers judge's reasoning. She correctly held that undertaking to file a defence without invoking the rules of court is not a step in the proceedings. Nor is requesting an extension of time, as I explained above. Peace River did not take a step in the proceedings within the meaning of s. 15(1) of the *Arbitration Act*.

[171] Accordingly, s. 15 of the *Arbitration Act* is engaged. I must therefore grant a stay in favour of arbitration *unless* I find the Arbitration Agreements to be "void, inoperative or incapable of being performed" under s. 15(2).

(2) Statutory Exceptions: The Arbitration Agreements Are "Inoperative" Under Section 15(2)

[172] At the second stage of the s. 15 framework, the burden shifts to the party seeking to avoid arbitration to establish on a balance of probabilities that the arbitration agreement at issue is void, inoperative, or incapable of being performed within the meaning of s. 15(2), as explained above.

[173] I conclude that the Receiver has established that the Arbitration Agreements are inoperative. Stated differently, the arbitral processes contemplated in the Arbitration Agreements would compromise the

par l'art. 15 permettrait à tous les séquestres nommés par le tribunal d'éviter les conventions d'arbitrage préexistantes en toute impunité. Je ne crois pas que cela soit un résultat acceptable eu égard à la préférence législative et judiciaire manifeste de favoriser l'autonomie des parties et la compétence arbitrale.

b) *Peace River n'a pas « agi dans l'instance »*

[170] Le Séquestre n'a relevé aucune erreur susceptible de contrôle dans la conclusion de la juge en chambre selon laquelle Peace River n'a pas agi dans l'instance. Cette conclusion n'a pas été contestée devant la Cour d'appel. Notre Cour n'en est donc pas dûment saisie. Même si elle en était saisie, je ne vois aucune raison de remettre en question le raisonnement de la juge en chambre. Cette dernière a conclu, à juste titre, que le fait de s'engager à produire une défense sans invoquer les règles de procédure du tribunal ne revient pas à agir dans l'instance. Il en va de même pour la demande de prorogation de délai, comme je l'ai expliqué précédemment. Peace River n'a pas agi dans l'instance au sens du par. 15(1) de l'*Arbitration Act*.

[171] Par conséquent, l'art. 15 de l'*Arbitration Act* entre en jeu. Je dois donc suspendre l'instance en faveur de l'arbitrage *sauf* si je conclus que les Conventions d'arbitrage sont « nulle[s], inopérante[s] ou non susceptible[s] d'être exécutée[s] » aux termes du par. 15(2).

(2) Exceptions prévues par la loi : les Conventions d'arbitrage sont « inopérantes » aux termes du par. 15(2)

[172] À la deuxième étape du cadre d'analyse prescrit par l'art. 15, le fardeau de la preuve est inversé et il incombe à la partie qui cherche à éviter l'arbitrage d'établir selon la prépondérance des probabilités que la convention d'arbitrage en cause est nulle, inopérante ou non susceptible d'être exécutée au sens du par. 15(2), comme mentionné ci-haut.

[173] Je conclus que le Séquestre a établi que les Conventions d'arbitrage sont inopérantes. Autrement dit, les processus arbitraux prévus dans les Conventions d'arbitrage compromettraient le règlement

orderly and efficient resolution of the receivership, contrary to the objectives of the *BIA*. Further, while recognizing the importance of party autonomy and freedom of contract, referral to arbitration in the unique circumstances of this case would jeopardize the Receiver's ability to maximize recovery for the creditors and to allow Petrowest and the Petrowest Affiliates to move forward with certainty. This conclusion is based on the following factors.

(a) *Effect of Arbitration on the Integrity of the Insolvency Proceedings*

[174] The inexpediency of the multiple overlapping arbitral proceedings contemplated in the Arbitration Agreements, as compared to a single judicial process, is the determinative factor in this case. In these circumstances, I conclude that enforcing the Arbitration Agreements would compromise the orderly and efficient resolution of the receivership proceedings.

[175] The Receiver's affidavit evidence outlines the chaotic arbitral processes that would result if this Court were to grant a stay under s. 15 of the *Arbitration Act*. First, the Receiver would need to participate in and fund at least four different arbitrations involving "seven different sets of counterparties" (A.R., vol. XI, at p. 2895). The funding for these proceedings would necessarily come from the estates of Petrowest and the Petrowest Affiliates, to the detriment of their creditors. Second, at least some of the respondents' claims involve entities not subject to any of the Arbitration Agreements. As the chambers judge properly recognized, these claims may have to be determined by a court, in parallel with the arbitral proceedings described above. Finally, in the scenario just described, I agree with the Receiver that "[f]acts and argument would be repeated in different forums, before different decision makers, creating piecemeal decisions and a serious risk of conflicting outcomes" (R.F., at para. 6).

ordonné et efficace de la mise sous séquestre, contrairement aux objectifs visés par la *LFI*. De plus, bien que je reconnaisse l'importance de l'autonomie des parties et de la liberté contractuelle, j'estime qu'un renvoi à l'arbitrage dans les circonstances particulières de l'espèce mettrait en péril la capacité du Séquestre de maximiser le recouvrement au profit des créanciers et de permettre à Petrowest et aux Sociétés affiliées de poursuivre leurs activités avec certitude. Cette conclusion est fondée sur les facteurs suivants.

a) *Effet de l'arbitrage sur l'intégrité de la procédure d'insolvabilité*

[174] L'inefficacité qui résulterait des nombreuses procédures arbitrales se chevauchant et qui sont prévues par les Conventions d'arbitrage, comparativement à une seule et unique procédure judiciaire, est le facteur déterminant en l'espèce. Dans ces circonstances, je conclus que le fait d'exécuter les Conventions d'arbitrage compromettrait le règlement ordonné et efficace de la procédure de mise sous séquestre.

[175] Dans sa preuve par affidavit, le Séquestre décrit les processus arbitraux chaotiques qui résulteraient d'une décision de notre Cour de suspendre l'instance en vertu de l'art. 15 de l'*Arbitration Act*. Premièrement, le Séquestre devrait prendre part à au moins quatre arbitrages différents mettant en cause [TRADUCTION] « sept groupes différents de parties contractantes » et financer ceux-ci (d.a., vol. XI, p. 2895). Le financement de ces procédures proviendrait nécessairement des actifs de Petrowest et des Sociétés affiliées, au détriment de leurs créanciers. Deuxièmement, certaines des réclamations des intimées concernent des entités qui ne sont visées par aucune des Conventions d'arbitrage. Comme la juge en chambre l'a reconnu à juste titre, ces réclamations pourraient devoir être tranchées par un tribunal, parallèlement aux procédures arbitrales décrites ci-haut. Enfin, dans l'hypothèse que je viens de décrire, je suis d'accord avec le Séquestre pour dire que [TRADUCTION] « [l]es faits et les arguments seraient répétés devant différentes instances, devant différents décideurs, ce qui entraînerait des décisions ponctuelles et un risque sérieux de résultats contradictoires » (m.i., par. 6).

[176] The inefficient and protracted nature of the contemplated arbitral processes would plainly compromise the integrity of the receivership proceedings. I acknowledge the chambers judge's finding that arbitration would not "derail" the insolvency proceedings (para. 51). However, this must be read alongside her finding that "the significant cost and delay inherent in the multiple [arbitral] proceedings that would occur in this case as compared to judicial determination is unfair to the creditors and contrary to the objects of the *BIA*" (para. 60). I agree.

[177] In light of the foregoing, I see no basis on which to interfere with the following factual findings made by the chambers judge:

- the parties agreed that declining the requested stay "would promote the efficient and inexpensive resolution of their dispute", and no one suggested that the issues were "not appropriate for judicial determination" (para. 56);
- there was "no evidence" of any "realistic likelihood" that the parties would agree to streamline the arbitral proceedings through consolidation, notwithstanding their ability to do so (para. 57); and
- a single judicial process would "be faster and less expensive than four arbitrations and a possible court case" (para. 56).

[178] Accordingly, expediency and efficiency concerns militate strongly in favour of a finding that the enforcement of the Arbitration Agreements would compromise the objects of the *BIA* and that the Agreements are therefore inoperative under s. 15(2) of the *Arbitration Act*.

(b) *Relative Prejudice to the Parties From the Referral of the Dispute to Arbitration*

[179] I agree with the chambers judge that Peace River has failed to show any prejudice it would suffer

[176] L'inefficacité et la longueur des processus arbitraux envisagés compromettraient manifestement l'intégrité de la procédure de mise sous séquestre. Je prends note de la conclusion tirée par la juge en chambre selon laquelle l'arbitrage ne [TRADUCTION] « torpillerait » pas la procédure d'insolvabilité (par. 51). Cependant, cette conclusion doit être lue conjointement avec sa conclusion que [TRADUCTION] « les coûts et les délais importants inhérents aux multiples procédures [arbitrales] qui seraient engagées en l'espèce, comparativement aux coûts et aux délais d'une décision judiciaire, sont injustes pour les créanciers et contraires aux objets de la *LFI* » (par. 60). Je suis d'accord.

[177] À la lumière de ce qui précède, je ne vois aucune raison de modifier les conclusions de fait suivantes tirées par la juge en chambre :

- les parties ont convenu que le fait de refuser la suspension d'instance demandée [TRADUCTION] « favoriserait le règlement efficace et peu coûteux de leur différend », et nul n'a suggéré que les questions n'étaient « pas des questions dont les tribunaux pouvaient être saisis » (par. 56);
- il n'existait [TRADUCTION] « aucune preuve » d'une quelconque « probabilité » que les parties acceptent de simplifier les procédures arbitrales en les réunissant, malgré leur capacité à le faire (par. 57); et
- une seule et unique procédure judiciaire serait [TRADUCTION] « plus rapide et moins coûteuse que quatre arbitrages et une possible poursuite en justice » (par. 56).

[178] Par conséquent, les questions de célérité et d'efficacité militent fortement en faveur de la conclusion que l'exécution des Conventions d'arbitrage compromettrait les objets de la *LFI* et que ces conventions sont donc inopérantes en vertu du par. 15(2) de l'*Arbitration Act*.

b) *Préjudice relatif causé aux parties en raison du renvoi du différend à l'arbitrage*

[179] Je conviens avec la juge en chambre que Peace River n'a pas réussi à démontrer qu'elle subirait

if the Arbitration Agreements were not enforced (para. 58). To the contrary, as already indicated, it conceded that a single judicial proceeding would be the most efficient and cost-effective route. This supports my view that enforcing the Arbitration Agreements would compromise the receivership proceedings.

(c) *Urgency of Resolving the Dispute*

[180] As noted, the parties agree that proceeding through the courts is the more expeditious option. I see no basis for interfering with the chambers judge's finding that "[i]t will not be possible to distribute the proceeds" of the property of Petrowest and the Petrowest Affiliates to their creditors "until these disputes are resolved" (para. 60). This urgency further militates in favour of finding the Arbitration Agreements inoperative.

(d) *Applicability of a Stay of Proceedings Under Bankruptcy or Insolvency Law*

[181] In light of the foregoing, it is unnecessary to consider the effect of the stay of proceedings under the Receivership Order on the enforceability of the Arbitration Agreements.

[182] Finally, I have had the benefit of reading my colleague's reasons. His view that the analysis should start with the terms of the Receivership Order is a sensible one. Further, it cannot be said that his interpretation of the terms of the Receivership Order is without merit. However, in the particular circumstances of this case, I would decline to resolve the appeal on this basis. I say this for two reasons.

[183] First, the argument that the combined effect of paras. 3(c), 3(f) and 3(j) authorizes the Receiver to proceed in court despite the Arbitration Agreements was not squarely before the Court. While the parties made some submissions on the interpretation of the terms of the Receivership Order, for instance about the scope of the Receiver's power to cease to perform

un quelconque préjudice si les Conventions d'arbitrage n'étaient pas exécutées (par. 58). Au contraire, comme je l'ai déjà mentionné, elle a concédé qu'une seule et unique procédure judiciaire constituerait la voie la plus efficace et économique. Cela soutient ma conclusion selon laquelle le fait d'exécuter les Conventions d'arbitrage compromettrait la procédure de mise sous séquestre.

c) *Urgence de régler le différend*

[180] Comme je l'ai souligné, les parties conviennent que procéder par voie judiciaire constitue l'option la plus expéditive. Je ne vois aucune raison de modifier la conclusion de la juge en chambre selon laquelle [TRADUCTION] « [i]l ne sera pas possible de distribuer le produit » des actifs de Petrowest et des Sociétés affiliées à leurs créanciers « jusqu'à ce que ces différends soient réglés » (par. 60). Cette urgence milite également en faveur de la conclusion que les Conventions d'arbitrage sont inopérantes.

d) *Applicabilité d'une suspension d'instance en droit de la faillite ou de l'insolvabilité*

[181] À la lumière de ce qui précède, il n'est pas nécessaire d'examiner l'effet qu'a sur le caractère exécutoire des Conventions d'arbitrage le fait de suspendre une procédure intentée sous le régime de l'Ordonnance de mise sous séquestre.

[182] Enfin, j'ai pris connaissance des motifs de mon collègue. Son point de vue selon lequel l'analyse devrait partir des conditions de l'Ordonnance de mise sous séquestre est raisonnable. De plus, on ne saurait affirmer que son interprétation des termes de l'Ordonnance de mise sous séquestre est sans fondement. Cependant, dans les circonstances particulières de l'espèce, je refuse de trancher le pourvoi sur cette base, et ce, pour deux raisons.

[183] Premièrement, l'argument portant que l'effet combiné des par. 3(c), 3(f) et 3(j) autorise le Séquestre à procéder devant le tribunal en dépit des Conventions d'arbitrage n'a pas directement été soumis à la Cour. Bien que les parties aient formulé certaines observations quant à l'interprétation des termes de l'Ordonnance de mise sous séquestre, par exemple

the debtors' contracts under para. 3(c), none suggested that it was the combined effect of paras. 3(c), 3(f) and 3(j) that enabled the Receiver to act so as to render the Arbitration Agreements inoperative. As a result, the Court did not have the benefit of assistance from the parties, nor the interveners, on this specific interpretive question. We also lack the benefit of analysis on this point from the courts below. This is significant because, in my respectful view, more than one interpretation of the Order remains plausible. It is not clear, for example, that the terms either expressly or impliedly authorize the Receiver to take the benefits of the agreements while avoiding their procedural burdens, such as the obligations arising from their arbitration clauses. Nor is it clear that the Receiver's powers to initiate "proceedings" and exercise "remedies" render the Arbitration Agreements *inoperative* in this case. It is plausible to interpret the language of the Receivership Order as consistent with "proceeding", and seeking "remedies", through arbitration rather than in court.

en ce qui a trait à l'étendue du pouvoir que confère le par. 3(c) au Séquestre de cesser d'exécuter les contrats des débitrices, aucune d'entre elles n'a suggéré que c'était l'effet combiné des par. 3(c), 3(f) et 3(j) qui permettait au Séquestre d'agir de façon à rendre les Conventions d'arbitrage inopérantes. Par conséquent, la Cour n'a bénéficié ni des observations des parties, ni de celles des intervenants sur cette question précise d'interprétation. Nous ne disposons pas non plus d'une analyse des tribunaux inférieurs sur ce point. À mon avis, cela est important parce que plus d'une interprétation de l'Ordonnance demeure plausible. Il n'est pas clair, par exemple, que les conditions autorisent expressément ou implicitement le Séquestre à tirer profit des ententes tout en évitant les obligations qu'elles imposent sur le plan procédural, comme celle découlant de leur clause d'arbitrage. Il n'est pas clair non plus que les pouvoirs du Séquestre d'intenter une [TRADUCTION] « procédure » et d'exercer des « recours » rendent les Conventions d'arbitrage *inopérantes* en l'espèce. Il est plausible de considérer que le libellé de l'Ordonnance de mise sous séquestre est compatible avec le fait de « procéder », et de présenter des « recours », par voie d'arbitrage plutôt que par voie judiciaire.

[184] Second, resolving the question of the proper interpretation of the terms of the Receivership Order would have no impact on the disposition of the appeal. My colleague and I agree that the separability doctrine, as relied upon by the Court of Appeal, has no application here. We also share the view that the Arbitration Agreements are inoperative. Ultimately, whether they are inoperative because the Receivership Order authorizes the Receiver to act in a certain way or because a stay in favour of arbitration would compromise the orderly and efficient resolution of the receivership, the result is the same.

[184] Deuxièmement, trancher la question de l'interprétation qu'il convient de donner aux conditions de l'Ordonnance de mise sous séquestre n'aurait aucune incidence sur l'issue du pourvoi. Mon collègue et moi nous entendons pour dire que la doctrine de la séparabilité, sur laquelle se fonde la Cour d'appel, ne s'applique pas en l'espèce. Nous sommes également tous deux d'avis que les Conventions d'arbitrage sont inopérantes. En fin de compte, qu'elles soient inopérantes parce que l'Ordonnance de mise de sous séquestre autorise le Séquestre à agir d'une certaine manière ou parce qu'une suspension d'instance en faveur de l'arbitrage compromettrait le règlement ordonné et efficace de la mise sous séquestre, le résultat auquel nous arrivons est le même.

[185] Given that the interpretation of the terms of the Receivership Order was not fully argued by the parties and that the appeal can be resolved without addressing this issue, it is prudent to leave it to another day.

[185] Puisque la question relative à l'interprétation des termes de l'Ordonnance de mise sous séquestre n'a pas été pleinement débattue par les parties et qu'il est possible de trancher le pourvoi sans examiner cette question, il est prudent de remettre cet examen à une autre occasion.

(3) Conclusion on Section 15

[186] I agree with the courts below that Peace River's application for a stay of proceedings under s. 15 of the *Arbitration Act* must be dismissed.

[187] The prerequisites for a mandatory stay in s. 15(1) are met. However, enforcing the Arbitration Agreements would compromise the orderly and efficient resolution of the receivership, contrary to the purposes of the *BIA*.

[188] Accordingly, the Arbitration Agreements are inoperative within the meaning of s. 15(2).

VII. Disposition

[189] For the foregoing reasons, I would dismiss the appeal with costs throughout. In the result, the civil claim of Petrowest and the Petrowest Affiliates may proceed in the Supreme Court of British Columbia.

The reasons of Karakatsanis, Brown, Martin and Jamal JJ. were delivered by

[190] JAMAL J. — I have had the benefit of reading the reasons of my colleague Justice Côté. I agree with my colleague that Peace River's application for a stay of proceedings under s. 15 of the *Arbitration Act*, R.S.B.C. 1996, c. 55, should be dismissed, and thus the appeal should be dismissed, because the Arbitration Agreements are inoperative under s. 15(2) of the *Arbitration Act*.

[191] My point of departure from my colleague concerns the primary basis for finding the Arbitration Agreements to be inoperative. In my view, by suing in court to collect the accounts receivable allegedly owing, as authorized under the Receivership Order, the Receiver disclaimed the Arbitration Agreements. The Arbitration Agreements were thereby rendered inoperative. The analysis should start with the terms of the Receivership Order itself.

(3) Conclusion sur l'art. 15

[186] Je suis d'accord avec les tribunaux d'instance inférieure pour dire que la demande présentée par Peace River en vue de faire suspendre l'instance en vertu l'art. 15 de l'*Arbitration Act* doit être rejetée.

[187] Les conditions préalables à la suspension d'instance obligatoire prévue au par. 15(1) sont remplies. Cependant, exécuter les Conventions d'arbitrage compromettrait le règlement ordonné et efficace de la mise sous séquestre, contrairement aux objectifs visés par la *LFI*.

[188] Par conséquent, les Conventions d'arbitrage sont inopérantes au sens du par. 15(2).

VII. Dispositif

[189] Pour les motifs qui précèdent, je rejetterais le pourvoi avec dépens devant toutes les cours. Par conséquent, la poursuite civile de Petrowest et des Sociétés affiliées peut procéder devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique.

Version française des motifs des juges Karakatsanis, Brown, Martin et Jamal rendus par

[190] LE JUGE JAMAL — J'ai pris connaissance des motifs de ma collègue la juge Côté. Je conviens avec elle que la demande de suspension d'instance que Peace River a présentée en application de l'art. 15 de l'*Arbitration Act*, R.S.B.C. 1996, c. 55, devrait être rejetée, de sorte que le pourvoi devrait l'être aussi, parce que les Conventions d'arbitrage sont inopérantes en vertu du par. 15(2) de l'*Arbitration Act*.

[191] Le point sur lequel réside mon désaccord avec ma collègue a trait au fondement principal de la conclusion selon laquelle les Conventions d'arbitrage sont inopérantes. À mon avis, en intentant une poursuite en justice pour recouvrer les créances qu'il estimait être dues, comme le lui permettait l'Ordonnance de mise sous séquestre, le Séquestre a renoncé aux Conventions d'arbitrage. Ces dernières ont ainsi été rendues inopérantes. L'analyse devrait partir des conditions de l'Ordonnance de mise sous séquestre elle-même.

[192] Several provisions of the Receivership Order authorized the Receiver to sue in court to collect the accounts receivable allegedly owing and to disclaim the Arbitration Agreements, thus effectively rendering them inoperative:

- The Receivership Order authorized the Receiver to sue to collect the accounts receivable that Peace River allegedly owed Petrowest. Paragraph 3(f) of the Order authorized the Receiver "to receive and collect all monies and accounts now owed or hereafter owing to the Debtors [i.e., Petrowest] and to exercise all remedies of the Debtors in collecting such monies". Paragraph 3(j) of the Order similarly authorized the Receiver "to initiate, prosecute and continue the prosecution of any and all proceedings" with respect to the "Property", broadly defined in para. 2 of the Order as including "all of the Debtors' current and future assets, undertakings and properties of every nature and kind whatsoever, and wherever situate[d], including all proceeds thereof".

- The Receivership Order authorized the Receiver to disclaim the Arbitration Agreements. Paragraph 3(c) of the Order authorized the Receiver to "cease to perform any contracts of the Debtors". An arbitration agreement is a contractual right of a party to have a claim referred to arbitration to the exclusion of the courts (see *Dell Computer Corp. v. Union des consommateurs*, 2007 SCC 34, [2007] 2 S.C.R. 801, at para. 160; *Seidel v. TELUS Communications Inc.*, 2011 SCC 15, [2011] 1 S.C.R. 531, at paras. 137-38), and thus came within the scope of para. 3(c) of the Order, even if all the other contractual obligations had been performed.

[193] In my view, the combined effect of paras. 3(c), 3(f), and 3(j) of the Receivership Order is to authorize the Receiver to disclaim the Arbitration Agreements and to sue in court for amounts owing to the Debtors. These provisions authorize the Receiver to sue, either in court or before an arbitrator, at the Receiver's election, based on what will best promote the orderly

[192] Plusieurs dispositions de l'Ordonnance de mise sous séquestre habilitaient le Séquestre à intenter une poursuite en justice pour recouvrer les créances qu'il estimait être dues et à renoncer aux Conventions d'arbitrage, rendant donc celles-ci dans les faits inopérantes :

- L'Ordonnance de mise sous séquestre habilitait le Séquestre à intenter une poursuite pour recouvrer les créances que Peace River devait, selon lui, à Petrowest. Le paragraphe 3(f) de l'Ordonnance l'autorisait [TRADUCTION] « à recevoir et recouvrer toute somme et créance maintenant ou ultérieurement dues aux débitrices [c.-à-d. Petrowest], et à exercer tous les recours dont disposent les débitrices pour recouvrer ces sommes ». De même, le par. 3(j) de l'Ordonnance l'habilitait [TRADUCTION] « à intenter, à poursuivre et à continuer toute procédure » en ce qui a trait aux « biens », définis largement au par. 2 de l'Ordonnance de manière à inclure « l'ensemble des actifs, entreprises et biens actuels et futurs — de quelque nature et sorte que ce soit, peu importe où ils sont situés, y compris tout leur produit — des débitrices ».

- L'Ordonnance de mise sous séquestre autorisait le Séquestre à renoncer aux Conventions d'arbitrage. Aux termes du par. 3(c) de l'Ordonnance, celui-ci pouvait [TRADUCTION] « cesser d'exécuter tout contrat des débitrices ». Une convention d'arbitrage est un droit contractuel dont dispose une partie de voir une réclamation renvoyée à l'arbitrage, et non devant les tribunaux (voir *Dell Computer Corp. c. Union des consommateurs*, 2007 CSC 34, [2007] 2 R.C.S. 801, par. 160; *Seidel c. TELUS Communications Inc.*, 2011 CSC 15, [2011] 1 R.C.S. 531, par. 137-138), et relevait donc du champ d'application du par. 3(c) de l'Ordonnance, même si toutes les autres obligations contractuelles avaient été exécutées.

[193] À mon avis, l'effet combiné des par. 3(c), 3(f) et 3(j) de l'Ordonnance de mise sous séquestre est d'autoriser le Séquestre à renoncer aux Conventions d'arbitrage et à engager une poursuite en justice à l'égard des sommes dues aux débitrices. Suivant ces dispositions, le Séquestre peut, à son choix, intenter une procédure, soit devant les tribunaux soit devant

and efficient resolution of the receivership under the *Bankruptcy and Insolvency Act*, R.S.C. 1985, c. B-3.

[194] This interpretation of the Receivership Order does not rely on the arbitration doctrine of separability. The separability doctrine is recognized, for example, in s. 17(2) of the Ontario *Arbitration Act, 1991*, S.O. 1991, c. 17, and provides that, for the purposes of ruling on arbitral jurisdiction, an arbitration agreement "shall . . . be treated as an independent agreement that may survive even if the main agreement is found to be invalid" (see also *Uber Technologies Inc. v. Heller*, 2020 SCC 16, [2020] 2 S.C.R. 118, at para. 96, per Abella and Rowe JJ.). As Professor Tamar Meshel notes in her helpful article on the decision of the British Columbia Court of Appeal under appeal, the separability doctrine provides that "an arbitration clause does not necessarily become invalid merely because the underlying agreement is found to be invalid, and *vice versa*" ("*Petrowest v. Peace River Hydro*: The Revocability and Separability of Commercial Arbitration Agreements" (2022), 65 *Can. Bus. L.J.* 329, at p. 345 (footnote omitted)). Without the separability doctrine, "a contracting party could avoid arbitration simply by alleging that the underlying agreement was void or invalid" (Meshel, at p. 345 (footnote omitted)). I agree with Professor Meshel's view that, because "neither party challenged the validity of the agreements in which the arbitration clauses were found, but rather only the arbitration clauses themselves", the result is that "the separability doctrine, which simply operates to separate the validity analysis of an arbitration clause from that of the underlying agreement, [is] not relevant to [this] case" (Meshel, at p. 346 (footnote omitted)). I am not relying on the separability doctrine. I am simply interpreting the Receivership Order at issue in this case.

un arbitre, en se fondant sur ce qui favorisera le mieux le règlement ordonné et efficace de la mise sous séquestre sous le régime de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, L.R.C. 1985, c. B-3.

[194] Cette interprétation de l'Ordonnance de mise sous séquestre ne s'appuie pas sur la doctrine arbitrale de la séparabilité. Cette doctrine est reconnue, par exemple, au par. 17(2) de la *Loi de 1991 sur l'arbitrage*, L.O. 1991, c. 17, de l'Ontario et veut qu'aux fins d'une décision sur la compétence arbitrale, une convention d'arbitrage soit « considérée [. . .] comme une convention distincte pouvant subsister même si la convention principale est déclarée nulle » (voir aussi *Uber Technologies Inc. c. Heller*, 2020 CSC 16, [2020] 2 R.C.S. 118, par. 96, les juges Abella et Rowe). Comme la professeure Tamar Meshel le souligne dans son article utile sur l'arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique à l'origine du présent pourvoi, la doctrine de la séparabilité prévoit [TRADUCTION] « [qu']une clause d'arbitrage ne devient pas nécessairement invalide du simple fait que l'entente sous-jacente est jugée invalide et *vice versa* » (« *Petrowest v. Peace River Hydro* : The Revocability and Separability of Commercial Arbitration Agreements » (2022), 65 *Rev. can. dr. comm.* 329, p. 345 (note en bas de page omise)). Sans la doctrine de la séparabilité, [TRADUCTION] « une partie contractante pourrait éviter l'arbitrage simplement en alléguant que l'entente sous-jacente était nulle ou invalide » (Meshel, p. 345 (note en bas de page omise)). Je partage l'opinion de la professeure Meshel selon laquelle comme [TRADUCTION] « les parties n'ont ni l'une ni l'autre contesté la validité des ententes où figuraient les clauses d'arbitrage, mais ont plutôt uniquement contesté les clauses d'arbitrage elles-mêmes », il en résulte que « la doctrine de la séparabilité, qui a seulement pour effet de séparer l'analyse de la validité d'une clause d'arbitrage de l'analyse de celle de l'entente sous-jacente, [n'est] pas pertinente pour [la présente] affaire » (Meshel, p. 346 (note en bas de page omise)). Je ne me fonde pas sur la doctrine de la séparabilité. J'interprète simplement l'Ordonnance de mise sous séquestre en cause en l'espèce.

[195] I also disagree with my colleague's view that reliance on the terms of the Receivership Order is precluded by Petrowest and the Receiver's position before the Court of Appeal and this Court that the Receiver "has not expressly disclaimed" the Arbitration Agreements (para. 122, citing R.F., at para. 102, and A.F., Appendix B, at paras. 3 and 13). In my view, the *legal effect* of the Receiver suing in court and not before an arbitrator to collect the accounts receivable was undoubtedly to disclaim reliance on the Arbitration Agreements — conduct which, I repeat, was authorized by the Receivership Order itself. Indeed, although before this Court counsel for the Receiver erroneously relied on the doctrine of separability, her position was that "by its conduct the Receiver has disclaimed [the] Arbitration Agreements" (transcript, at p. 110).

[196] I also disagree with my colleague's claim that this Court should not interpret the Receivership Order because this issue "was not squarely before the Court" and "was not fully argued by the parties" (Côté J.'s reasons, at paras. 183 and 185). The interpretation of the Receivership Order was amply debated before the Court, both in written submissions and during the oral hearing. The Receiver argued in its factum, for example, that "[a] court-appointed receiver authorized by court order to disclaim any contracts of the debtor may cease to perform arbitration agreements" (R.F., at para. 101, citing para. 3(c) of the Receivership Order). The Receiver submitted that "the Receiver was appointed with the court-ordered power to cease to perform any of the Petrowest Respondents' contracts" (R.F., at para. 104, citing para. 3(c) of the Receivership Order). The proper interpretation of the Receivership Order also occupied a significant part of the oral hearing (see transcript, at pp. 9-12, 15-17, 41-42, 81-87, 97 and 105). This Court can and should interpret such a template court order. As I have already noted, courts must start with the terms of the relevant receivership order. Declining to address this

[195] De plus, je ne souscris pas à l'avis de ma collègue que la position qu'ont fait valoir Petrowest et le Séquestre devant la Cour d'appel et notre Cour selon laquelle le Séquestre [TRADUCTION] « n'a pas expressément renoncé » aux Conventions d'arbitrage empêche de se fonder sur les conditions de l'Ordonnance de mise sous séquestre (par. 122, citant m.i., par. 102, et m.a., annexe B, par. 3 et 13). À mon avis, la procédure intentée par le Séquestre devant les tribunaux, et non devant un arbitre, pour recouvrer les créances a sans aucun doute eu pour *effet juridique* d'entraîner une renonciation à se fonder sur les Conventions d'arbitrage — conduite qui, je le répète, était autorisée par l'Ordonnance de mise sous séquestre elle-même. En effet, bien que, devant notre Cour, l'avocate du Séquestre ait invoqué à tort la doctrine de la séparabilité, sa position était que [TRADUCTION] « par sa conduite, le Séquestre a renoncé [aux] Conventions d'arbitrage » (transcription, p. 110).

[196] Je ne souscris pas non plus à la prétention de ma collègue selon laquelle notre Cour ne devrait pas interpréter l'Ordonnance de mise sous séquestre parce que cette question « n'a pas directement été soumis[e] à la Cour » et « n'a pas été pleinement débattue par les parties » (motifs de la juge Côté, par. 183 et 185). L'interprétation de l'Ordonnance de mise sous séquestre a été amplement débattue devant la Cour, tant dans l'argumentation écrite qu'à l'audience. Dans son mémoire, le Séquestre a fait valoir, par exemple, que [TRADUCTION] « [l]e séquestre nommé par le tribunal qui est autorisé par ordonnance judiciaire à renoncer à tout contrat du débiteur peut cesser d'exécuter des conventions d'arbitrage » (m.i., par. 101, citant le par. 3(c) de l'Ordonnance de mise sous séquestre). Le Séquestre a soutenu que [TRADUCTION] « le Séquestre nommé a été autorisé par ordonnance judiciaire à cesser d'exécuter tout contrat des intimées Petrowest » (m.i., par. 104, citant le par. 3(c) de l'Ordonnance de mise sous séquestre). L'interprétation qu'il convient de donner à l'Ordonnance de mise sous séquestre a également occupé une partie importante de l'audience

issue leaves the insolvency and arbitration bars in a regrettable state of uncertainty.

[197] To be clear, I am not suggesting that a receiver can unilaterally "revoke" an otherwise valid arbitration agreement. I agree with my colleague that "[o]nly a court can make a finding that an arbitration agreement is inoperative or incapable of being performed" (para. 6). However, the courts' exclusive power to declare an arbitration agreement inoperative is distinct from the question of whether a receivership order authorizes a receiver to act in a certain way in a court-appointed receivership. When a receiver's action is challenged, as it has been here, it is a court that will ultimately determine whether the receiver has acted under the authority of the receivership order, and thus whether the arbitration agreement is inoperative or incapable of being performed.

[198] To the extent that the Receivership Order did not authorize the Receiver to sue in court, I otherwise agree with my colleague's reasons for concluding that ss. 183 and 243 of the *Bankruptcy and Insolvency Act* provided a statutory basis for the chambers judge to declare the Arbitration Agreements inoperative and to dismiss the stay application. As my colleague explains, in this case, requiring arbitration of the collection action would compromise the orderly and efficient resolution of the receivership.

[199] I would dismiss the appeal with costs throughout.

(voir transcription, p. 9-12, 15-17, 41-42, 81-87, 97 et 105). Notre Cour peut et devrait interpréter un tel modèle d'ordonnance judiciaire. Comme je l'ai déjà souligné, les tribunaux doivent partir des conditions de l'ordonnance de mise sous séquestre pertinente. Refuser de se prononcer sur cette question laisse les barreaux spécialisés en matière d'insolvabilité et d'arbitrage dans une incertitude regrettable.

[197] En clair, je ne suggère pas qu'un séquestre peut unilatéralement « révoquer » une convention d'arbitrage par ailleurs valide. Je conviens avec ma collègue que « [s]eul un tribunal peut conclure qu'une convention d'arbitrage est inopérante ou non susceptible d'être exécutée » (par. 6). Cependant, le pouvoir exclusif des tribunaux de déclarer une convention d'arbitrage inopérante est une question distincte de celle de savoir si une ordonnance de mise sous séquestre autorise un séquestre à agir d'une certaine manière dans le cadre d'une mise sous séquestre ordonnée par le tribunal. Lorsqu'une mesure prise par le séquestre est contestée, comme c'est le cas en l'espèce, c'est le tribunal qui décidera ultimement si le séquestre a agi en vertu de l'ordonnance de mise sous séquestre, et, partant, si la convention d'arbitrage est inopérante ou non susceptible d'être exécutée.

[198] Dans la mesure où l'Ordonnance de mise sous séquestre n'autorisait pas le Séquestre à intenter une poursuite en justice, je souscris par ailleurs aux motifs pour lesquels ma collègue conclut que les art. 183 et 243 de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* ont fourni un fondement législatif qui permettait à la juge en chambre de déclarer inopérantes les Conventions d'arbitrage et de rejeter la demande de suspension d'instance. Comme l'explique ma collègue, en l'espèce, le fait d'exiger que la mesure de recouvrement soit soumise à l'arbitrage compromettrait le règlement ordonné et efficace de la mise sous séquestre.

[199] Je rejetterais le pourvoi avec dépens devant toutes les cours.

APPENDIX

Arbitration Agreements

Partnership Agreement

32. SETTLEMENT OF PARTNERSHIP DISPUTES

. . .

32.6 If the Management Committee does not elect to proceed with mediation, or if the Management Committee is unable to agree with the mediator's decision, the Dispute shall be finally and exclusively settled by arbitration in accordance with the Rules of Arbitration of the International Chamber of Commerce ("**ICC**"). The arbitration proceeding shall take place in Vancouver, British Columbia. The arbitrator's decisions shall be final and shall not be subject to appeal. The arbitrator's decisions shall be binding upon the Partners and the Partnership, and compliance therewith shall be obligatory for the Partners and the Partnership. The Partners agree that the arbitrator's award may be enforced in any court of competent jurisdiction. . . .

Guarantee

12. This Guarantee shall be governed by the laws of the Province of British Columbia and the federal laws of Canada applicable therein. Any dispute arising out of or in connection with this Guarantee shall be finally and exclusively settled by arbitration in accordance with the Rules of Arbitration of the International Chamber of Commerce ("**ICC**"). The seat, or legal place, of arbitration shall be Vancouver, British Columbia. The arbitrator's decisions shall be final and shall not be subject to appeal. The arbitrator's decisions shall be binding upon the Partners and Guarantors, and compliance therewith shall be obligatory. The Partners and Guarantors agree that the arbitrator's award may be enforced in any court of competent jurisdiction. . . .

ANNEXE

Conventions d'arbitrage

[TRADUCTION]

Contrat de société

32. RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS DE LA SOCIÉTÉ DE PERSONNES

. . .

32.6 Si le comité de gestion ne choisit pas de procéder à la médiation, ou s'il ne peut souscrire à la décision du médiateur, le différend sera réglé, de manière définitive et exclusive, par voie d'arbitrage conformément aux règles d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale (« **CCI** »). La procédure arbitrale se déroulera à Vancouver, en Colombie-Britannique. Les décisions de l'arbitre seront définitives et non susceptibles d'appel. Elles lieront les associés et la société de personnes, et ceux-ci devront s'y conformer. Les associés conviennent que la sentence arbitrale peut être exécutée par un tribunal compétent . . .

Garantie

12. La présente garantie est régie par les lois de la province de la Colombie-Britannique et les lois fédérales du Canada applicables. Tout différend découlant de cette garantie ou s'y rapportant sera réglé, de manière définitive et exclusive, par voie d'arbitrage conformément aux règles d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale (« **CCI** »). Le siège de l'arbitrage, ou son lieu juridique, sera Vancouver, en Colombie-Britannique. Les décisions de l'arbitre seront définitives et non susceptibles d'appel. Elles lieront les associés et les garants, et ceux-ci devront s'y conformer. Les associés et les garants conviennent que la sentence arbitrale peut être exécutée par un tribunal compétent . . .

Purchase Order

CLAUSE 19 — SETTLEMENT OF DISPUTES

. . . In the event that the parties are unable to resolve a Dispute within 7 days, either party shall be entitled to require that the Dispute is submitted to binding arbitration to be finally resolved. If a Dispute is submitted to arbitration, such arbitration shall be conducted pursuant to the arbitration provisions in Schedule D (*Supplementary Conditions*).

Minor Works/Services Subcontract

16. DISPUTE RESOLUTION

. . .

16.2 Dispute Resolution — Subcontract

. . .

(e) *Arbitration*: If either (1) the Parties do not agree that such Dispute should be referred to mediation within 10 days following the Target Dispute Resolution Date, or (2) the Dispute is not completely resolved by agreement between the Parties within 14 days of the appointment of a mediator or within 5 days following the conclusion of the mediation, then such Dispute shall be submitted to arbitration and such arbitration shall be conducted pursuant to Section 10 (Dispute Resolution) of Schedule F (Main Contract Related Provisions).

Appeal dismissed with costs throughout.

Solicitors for the appellants: Burnet, Duckworth & Palmer, Calgary.

Solicitors for the respondents: Bennett Jones, Calgary.

Solicitors for the intervener the Canadian Commercial Arbitration Center: Spiegel Sohmer inc., Montréal.

Bon de commande

CLAUSE 19 — RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS

. . . Si les parties ne parviennent pas à régler un différend dans un délai de 7 jours, l'une ou l'autre des parties peut exiger que le différend soit soumis à l'arbitrage contraignant pour être définitivement tranché. Si un différend est soumis à l'arbitrage, cet arbitrage sera mené conformément aux dispositions relatives à l'arbitrage contenues à l'annexe D (*Conditions supplémentaires*).

Contrat de sous-traitance pour les menus ouvrages/services

16. RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS

. . .

16.2 Règlement des différends — Contrat de sous traitance

. . .

(e) *Arbitrage* : Si (1) les parties ne conviennent pas que le différend devrait être soumis à la médiation dans les 10 jours suivant la date limite de règlement du différend, ou si (2) le différend n'est pas entièrement réglé par entente entre les parties dans les 14 jours suivant la nomination d'un médiateur ou dans les 5 jours suivant la conclusion de la médiation, le différend sera soumis à l'arbitrage, et cet arbitrage sera mené conformément à l'article 10 (Règlement des différends) de l'annexe F (Dispositions connexes au contrat principal).

Pourvoi rejeté avec dépens devant toutes les cours.

Procureurs des appelantes : Burnet, Duckworth & Palmer, Calgary.

Procureurs des intimées : Bennett Jones, Calgary.

Procureurs de l'intervenant le Centre canadien d'arbitrage commercial : Spiegel Sohmer inc., Montréal.

Solicitors for the intervener Arbitration Place: Lerners, Toronto.

Solicitors for the intervener the Chartered Institute of Arbitrators (Canada) Inc.: Baker & McKenzie, Toronto.

Solicitors for the intervener the Insolvency Institute of Canada: Fasken Martineau DuMoulin, Vancouver.

Solicitor for the intervener the Canadian Federation of Independent Business: Canadian Federation of Independent Business, Ottawa.

Procureurs de l'intervenant Arbitration Place : Lerners, Toronto.

Procureurs de l'intervenante Chartered Institute of Arbitrators (Canada) Inc. : Baker & McKenzie, Toronto.

Procureurs de l'intervenante Insolvency Institute of Canada : Fasken Martineau DuMoulin, Vancouver.

Procureur de l'intervenante la Fédération canadienne de l'entreprise indépendante : Fédération canadienne de l'entreprise indépendante, Ottawa.

ISSN 0045-4230

If undelivered, return to:
Library
Supreme Court of Canada
Ottawa, Ontario
Canada K1A 0J1

En cas de non-livraison, retourner à :
Bibliothèque
Cour suprême du Canada
Ottawa (Ontario)
Canada K1A 0J1

Available from:
Library
Supreme Court of Canada
Ottawa, Ontario – Canada K1A 0J1
scr-rcs@scc-csc.ca

En vente auprès de :
Bibliothèque
Cour suprême du Canada
Ottawa (Ontario) – Canada K1A 0J1
scr-rcs@scc-csc.ca