



**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Part 1, 2014 Vol. 2

1^{er} cahier, 2014 Vol. 2

Cited as [2014] 2 S.C.R. 3-322

Renvoi [2014] 2 R.C.S. 3-322

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

ROGER BILODEAU, Q.C. / c.r.
The Registrar, Supreme Court of Canada / Registraire de la Cour suprême du Canada

General Counsel / Avocate générale
BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrêviste en chef
J. DAVID POWER

Senior Counsel / Avocate-conseil
JULIE TERRIEN

Legal Counsel / Conseillers juridiques

CLAIRE ZOË BIDER-HALL
JANICE CHENEY
CHANTAL DEMERS
VALERIE DESJARLAIS
GENEVIÈVE DOMEY
LEE ANN GORMAN

AMÉLIE LAVICTOIRE
KAREN LEVASSEUR
JOANNE NORMAN
LORRAINE PILETTE
RÉMI SAMSON

IDA SMITH
JACQUELINE STENCEL
LESLI TAKAHASHI
CAMERON TAYLOR
RENÉE THÉRIAULT
RENÉE MARIA TREMBLAY

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

Jurilinguists / Jurilinguistes

DAVID AUBRY
STEPHEN BALOGH

JULIE BOULANGER
MARIE RODRIGUE

MARIE-LUC SIMONEAU
CLAIRE VALLÉE

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

Technical Revisors / Réviseurs techniques

SUZANNE AUDET
MONIQUE DELORME

NANCY MCCAUGHAN
PAULINE MCTAVISH

ANNE-MARIE NOËL
LÉANDRE PELLETIER-PÉPIN

Manager, Operational Support Services / Gestionnaire, Services d'appui aux opérations
SUZANNE GIGUÈRE

Administrative Assistants / Adjoints administratifs
SÉBASTIEN GAGNÉ MANON PLOUFFE

Changes of address for subscriptions to the Supreme Court Reports should be referred to Library, Supreme Court of Canada, Ottawa, Ontario, Canada K1A 0J1 together with the old address.

Les abonnés du Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada doivent signaler tout changement d'adresse à Bibliothèque, Cour suprême du Canada, Ottawa (Ontario) Canada K1A 0J1, en indiquant l'ancienne adresse.

CONTENTS

Canada (Citizenship and Immigration) v. Harkat 33

Constitutional law — Charter of Rights — Right to life, liberty and security of person — Certificate issued against foreign national stating that he is inadmissible to Canada on national security grounds for allegedly engaging in terrorism — Named person challenging constitutionality of security certificate scheme on grounds that it prevents full disclosure and personal participation in hearings — Whether scheme under which security certificate issued deprives named person of right to life, liberty and security of person in accordance with principles of fundamental justice — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7 — Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, ss. 77(2), 83(1)(c), (d), (e), (h), (i), 85.4(2), 85.5(b).

Immigration — Inadmissibility and removal — National security — Certificate issued against foreign national stating that he is inadmissible to Canada on national security grounds for allegedly engaging in terrorism — Judge reviewing reasonableness of certificate finding sufficient evidence to demonstrate that certificate was reasonable and upholding certificate — Whether designated judge erred in concluding that certificate was reasonable.

Evidence — Privilege — Informer privilege — Information used against named person obtained by CSIS from human sources — Whether CSIS human sources are covered by class privilege — Whether CSIS human sources can be cross-examined.

Constitutional law — Charter of Rights — Procedural fairness — Duty to disclose — Remedy — Summaries of intercepted conversations tendered as evidence against named person — Source materials for summaries destroyed in accordance with internal policy of CSIS — Whether destruction of source materials breached named person's right to procedural fairness — Whether designated judge erred in refusing to exclude summaries of intercepted conversations — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 24(1).

Stay of proceedings — Duties of candour and utmost good faith — Fairness of process — Ex parte proceedings — Review of reasonableness of security certificate — Whether ministers made reasonable efforts to obtain information sought by special advocates — Whether ministers breached duties of candour and utmost good faith — Whether proceedings against named person were fair — Whether named person entitled to stay of proceedings.

Continued on next page

SOMMAIRE

Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Harkat 33

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne — Certificat délivré contre un étranger atteste que cette personne est interdite de territoire au Canada pour raison de sécurité nationale parce qu'elle se serait livrée à des activités terroristes — Constitutionnalité du régime des certificats de sécurité contestée par la personne visée au motif qu'il empêche la divulgation complète et sa participation personnelle aux audiences — Le régime en vertu duquel sont délivrés les certificats de sécurité prive-t-il la personne visée de son droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne d'une manière conforme aux principes de justice fondamentale? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7 — Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 77(2), 83(1)(c), (d), (e), (h), (i), 85.4(2), 85.5(b).

Immigration — Interdiction de territoire et renvoi — Sécurité nationale — Certificat délivré contre un étranger atteste que cette personne est interdite de territoire au Canada pour raison de sécurité nationale parce qu'elle se serait livrée à des activités terroristes — Juge chargé de se prononcer sur le caractère raisonnable du certificat d'avis qu'il y a une preuve suffisante pour l'établir et confirme la validité du certificat en question — Le juge désigné a-t-il commis une erreur en concluant au caractère raisonnable du certificat?

Preuve — Privilège — Privilège relatif aux indicateurs — Renseignements utilisés contre la personne visée obtenus par le SCRS de sources humaines — Les sources humaines du SCRS sont-elles protégées par un privilège générique? — Les sources humaines du SCRS peuvent-elles être contre-interrogées?

Droit constitutionnel — Charte des droits — Équité procédurale — Obligation de divulgation — Réparation — Résumés de conversations interceptées produits en preuve contre la personne visée — Documents à l'origine des résumés détruits conformément à une politique interne du SCRS — La destruction des documents à l'origine des résumés a-t-elle porté atteinte au droit à l'équité procédurale de la personne visée? — Le juge désigné a-t-il commis une erreur en refusant d'exclure les résumés des conversations interceptées? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 24(1).

Arrêt des procédures — Obligations de franchise et de bonne foi la plus absolue — Équité du processus — Procédures ex parte — Examen du caractère raisonnable du certificat de sécurité — Les ministres ont-ils fourni

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Canadian Artists' Representation v. National Gallery of Canada 197

Culture and entertainment law — Status of the artist — Copyright — Collective bargaining — Duty to bargain in good faith — Whether artists' associations are precluded from bargaining minimum fees for use of existing artistic works in agreements negotiated under Status of the Artist Act — Whether allowing scale agreements imposing minimum fees for provision of copyrights for existing works conflicts with Copyright Act — Whether Tribunal's finding that National Gallery of Canada failed to bargain in good faith was reasonable — Standard of review — Status of the Artist Act, S.C. 1992, c. 33 — Copyright Act, R.S.C. 1985, c. C-42.

Canadian National Railway Co. v. Canada (Attorney General) 135

Administrative law — Transportation law — Boards and tribunals — Judicial review — Standard of review — Governor in Council rescinding decision of Canadian Transportation Agency — Whether Governor in Council empowered to vary or rescind decision of Agency — Whether applicable standard of review is correctness or reasonableness — Canadian Transportation Act, S.C. 1996, c. 10, ss. 40, 41, 120.1.

John Doe v. Ontario (Finance) 3

Access to information — Exemptions — Advice or recommendations of public servant — Government institution applying exemption for advice or recommendations at s. 13(1) of Freedom of Information and Protection of Privacy Act and denying access to information request — Information and Privacy Commissioner ordering disclosure — Whether Commissioner's disclosure order reasonable — Whether s. 13(1) exemption for advice or recommendations applies to policy options that do not suggest course of action — Whether s. 13(1) exemption applies to information that is not communicated — Freedom of Information and Protection of Privacy Act, R.S.O. 1990, c. F.31, s. 13(1).

McCormick v. Fasken Martineau DuMoulin LLP 108

Human rights — Discrimination — Employment — Age — Law firm partnership agreement containing provision relating to retirement at age 65 — Equity partner filing complaint with Human Rights Tribunal arguing provision constituting age discrimination in employment — Whether equity partner engaged in "employment relationship" for purposes of Human Rights Code —

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

des efforts raisonnables pour obtenir les renseignements demandés par les avocats spéciaux? — Les ministres ont-ils manqué à leurs obligations de franchise et de bonne foi la plus absolue? — Les procédures contre la personne visée étaient-elles équitables? — La personne visée a-t-elle droit à l'arrêt des procédures?

Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Procureur général) 135

Droit administratif — Droit des transports — Organismes et tribunaux administratifs — Contrôle judiciaire — Norme de contrôle — Gouverneur en conseil annulant une décision de l'Office des transports du Canada — Le gouverneur en conseil est-il habilité à modifier ou à annuler une décision de l'Office? — La norme de contrôle applicable est-elle celle de la décision correcte ou celle de la décision raisonnable? — Loi sur les transports au Canada, L.C. 1996, ch. 10, art. 40, 41, 120.1.

Front des artistes canadiens c. Musée des beaux-arts du Canada 197

Droit de la culture et du divertissement — Statut de l'artiste — Droit d'auteur — Négociation collective — Obligation de négocier de bonne foi — Les associations d'artistes sont-elles empêchées de négocier des tarifs minimums pour l'utilisation d'œuvres artistiques existantes dans des accords négociés en vertu de la Loi sur le statut de l'artiste? — Le fait de permettre l'inclusion, dans des accords-cadres, de tarifs minimums pour l'octroi des droits d'auteur sur des œuvres existantes entre-t-il en conflit avec la Loi sur le droit d'auteur? — La conclusion du Tribunal selon laquelle le Musée des beaux-arts du Canada n'avait pas négocié de bonne foi était-elle raisonnable? — Norme de contrôle — Loi sur le statut de l'artiste, L.C. 1992, ch. 33 — Loi sur le droit d'auteur, L.R.C. 1985, ch. C-42.

McCormick c. Fasken Martineau DuMoulin S.E.N.C.R.L./s.r.l. 108

Droits de la personne — Discrimination — Emploi — Âge — Contrat de société d'un cabinet d'avocats comportant une disposition relative au départ à la retraite à l'âge de 65 ans — Dépôt par un associé participant d'une plainte auprès du Tribunal des droits de la personne au motif que cette disposition constituerait de la discrimination en matière d'emploi fondée sur l'âge — L'associé participant était-il dans une « relation d'emploi » visée par le code des droits de la personne? — La plainte relève-t-elle de la compétence du Tribunal des droits de la personne? — Human Rights Code, R.S.B.C. 1996, ch. 210, art. 1, 13, 27.

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Whether complaint comes within jurisdiction of Human Rights Tribunal — Human Rights Code, R.S.B.C. 1996, c. 210, ss. 1, 13, 27.

R. v. Anderson 167

Constitutional law — Charter of Rights — Right to life, liberty and security of the person — Criminal law — Sentencing — Aboriginal offenders — Mandatory minimum sentence — Accused convicted of impaired driving for fifth time — Crown prosecutor seeking mandatory minimum sentence — Whether s. 7 of the Charter requires the Crown to consider Aboriginal status of accused when seeking minimum sentence for impaired driving — Whether consideration of Aboriginal status is a principle of fundamental justice — Whether decision to seek mandatory minimum sentence is a matter of core prosecutorial discretion — Standard of review for Crown decision making — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7 — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 253(1)(b), 255(1)(a)(iii), 727(1).

R. v. Spencer 212

Constitutional law — Charter of Rights — Search and seizure — Privacy — Police having information that IP address used to access or download child pornography — Police asking Internet service provider to voluntarily provide name and address of subscriber assigned to IP address — Police using information to obtain search warrant for accused's residence — Whether police conducted unconstitutional search by obtaining subscriber information matching IP address — Whether evidence obtained as a result should be excluded — Whether fault element of making child pornography available requires proof of positive facilitation — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 163.1(3), (4), 487.014(1) — Personal Information Protection and Electronic Documents Act, S.C. 2000, c. 5, s. 7(3)(c.1)(ii) — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 8.

Stubicar v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness) 104

Courts — Supreme Court of Canada — Application for leave to appeal — Reconsideration — Whether decision of Registrar refusing motion for reconsideration for filing subject to review by judge — Rules of the Supreme Court of Canada, SOR/2002-156, rr. 8(2), 73, 78.

Tsilhqot'in Nation v. British Columbia 257

Aboriginal law — Aboriginal title — Land claims — Elements of test for establishing Aboriginal title to land —

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique 257

Droit des Autochtones — Titre ancestral — Revendications territoriales — Éléments du critère permettant d'établir l'existence du titre ancestral sur un territoire — Droits et restrictions rattachés au titre ancestral — Obligations de la Couronne avant et après la reconnaissance du titre ancestral — Province accordant un permis commercial de coupe de bois dans un secteur qu'une Première Nation semi-nomade considère être son territoire ancestral — Première Nation revendiquant le titre ancestral sur des terres — Le critère permettant d'établir l'existence du titre ancestral exige-t-il la preuve d'une occupation régulière et exclusive ou la preuve d'une occupation intensive d'un site spécifique? — Le juge de première instance a-t-il conclu par erreur à l'existence du titre ancestral? — La Couronne a-t-elle manqué à ses obligations procédurales de consulter et d'accommoder les Autochtones avant de délivrer les permis de coupe de bois? — Les atteintes portées par la Couronne aux intérêts des Autochtones sont-elles justifiées par le cadre d'analyse relatif à l'art. 35 de la Loi constitutionnelle de 1982? — Forest Act, R.S.B.C. 1995, ch. 157 — Loi constitutionnelle de 1982, art. 35.

Droit des Autochtones — Titre ancestral — Revendications territoriales — Lois provinciales d'application générale — Contraintes constitutionnelles sur la réglementation, par la province, du territoire visé par le titre ancestral — Partage des compétences — Doctrine de l'exclusivité des compétences — Atteinte et cadre d'analyse de la justification relatif à l'art. 35 de la Loi constitutionnelle de 1982 — Province accordant un permis commercial de coupe de bois dans un secteur qu'une Première Nation semi-nomade considère être son territoire ancestral — Première Nation revendiquant le titre ancestral sur le territoire — Les lois provinciales d'application générale s'appliquent-elles au territoire visé par le titre ancestral? — La Forest Act s'applique-t-elle à première vue au territoire visé par le titre ancestral? — La Constitution a-t-elle pour effet d'écarter l'application de la Forest Act? — La doctrine de l'exclusivité des compétences devrait-elle s'appliquer à des terres grevées du titre ancestral? — Forest Act, R.S.B.C. 1995, ch. 157 — Loi constitutionnelle de 1982, art. 35.

R. c. Anderson 167

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne — Droit criminel — Détermination de la peine — Délinquants autochtones — Peine minimale obligatoire — Accusé reconnu coupable une cinquième fois de conduite avec facultés

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

Rights and limitations conferred by Aboriginal title — Duties owed by Crown before and after Aboriginal title to land established — Province issuing commercial logging licence in area regarded by semi-nomadic First Nation as traditional territory — First Nation claiming Aboriginal title to land — Whether test for Aboriginal title requiring proof of regular and exclusive occupation or evidence of intensive and site-specific occupation — Whether trial judge erred in finding Aboriginal title established — Whether Crown breached procedural duties to consult and accommodate before issuing logging licences — Whether Crown incursions on Aboriginal interest justified under s. 35 Constitution Act, 1982 framework — Forest Act, R.S.B.C. 1995, c. 157 — Constitution Act, 1982, s. 35.

Aboriginal law — Aboriginal title — Land claims — Provincial laws of general application — Constitutional constraints on provincial regulation of Aboriginal title land — Division of powers — Doctrine of interjurisdictional immunity — Infringement and justification framework under s. 35 Constitution Act, 1982 — Province issuing commercial logging licence in area regarded by semi-nomadic First Nation as traditional territory — First Nation claiming Aboriginal title to land — Whether provincial laws of general application apply to Aboriginal title land — Whether Forest Act on its face applies to Aboriginal title land — Whether application of Forest Act ousted by operation of Constitution — Whether doctrine of interjurisdictional immunity should be applied to lands held under Aboriginal title — Forest Act, R.S.B.C. 1995, c. 157 — Constitution Act, 1982, s. 35.

SOMMAIRE (Suite)

affaiblies — Demande d'une peine minimale obligatoire par le procureur du ministère public — Lorsque le ministère public demande une peine minimale obligatoire pour conduite avec facultés affaiblies, l'art. 7 de la Charte exige-t-il qu'il prenne en considération le statut d'Autochtone d'un accusé? — La prise en considération du statut d'Autochtone est-elle un principe de justice fondamentale? — La décision de demander une peine minimale obligatoire relève-t-elle du pouvoir discrétionnaire essentiel en matière de poursuites? — Norme de contrôle applicable aux décisions du ministère public — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7 — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 253(1)b), 255(1)a)(iii), 727(1).

R. c. Spencer 212

Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouilles, perquisitions et saisies — Protection des renseignements personnels — Police détenant des renseignements selon lesquels une adresse IP a été utilisée pour avoir accès à de la pornographie juvénile ou pour la télécharger — Demande de la police au fournisseur de services Internet de lui fournir volontairement le nom et l'adresse de l'abonnée à qui appartient l'adresse IP — Utilisation de ces renseignements par la police pour obtenir un mandat lui permettant de perquisitionner dans la résidence de l'accusé — La police a-t-elle effectué une fouille ou une perquisition inconstitutionnelle lorsqu'elle a obtenu les renseignements relatifs à l'abonnée à qui appartenait l'adresse IP? — La preuve ainsi obtenue devrait-elle être écartée? — L'élément de faute de l'infraction qui consiste à rendre accessible la pornographie juvénile exige-t-il la preuve d'un appui délibéré? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 163.1(3), 163.1(4), 487.014(1) — Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques, L.C. 2000, ch. 5, art. 7(3)c.1)(ii) — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8.

Stubicar c. Canada (Sécurité publique et Protection civile) 104

Tribunaux — Cour suprême du Canada — Demande d'autorisation d'appel — Réexamen — Une décision du registraire refusant pour dépôt une requête en réexamen est-elle susceptible de révision par un juge de la Cour? — Règles de la Cour suprême du Canada, DORS/2002-156, règles 8(2), 73, 78.

Untel c. Ontario (Finances) 3

Accès à l'information — Exceptions — Conseils ou recommandations d'un fonctionnaire — Sur le fondement de l'exception à la communication prévue à l'égard des

Suite à la page suivante

SOMMAIRE (Fin)

conseils ou des recommandations à l'art. 13(1) de la Loi sur l'accès à l'information, refus d'une institution gouvernementale de communiquer des documents — Ordonnance de la Commissaire à l'information et à la protection de la vie privée de communiquer les documents — L'ordonnance était-elle raisonnable? — L'exception prévue à l'art. 13(1) à l'égard des conseils ou des recommandations vaut-elle pour le choix de politiques qui ne recommande aucune mesure? — Vaut-elle pour l'information qui n'est pas transmise? — Loi sur l'accès à l'information et la protection de la vie privée, L.R.O. 1990, ch. F.31, art. 13(1).

**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Volume 2, 2014

2^e volume, 2014

John Doe, Requester *Appellant*

v.

**Minister of Finance for the
Province of Ontario** *Respondent*

- and -

**Information and Privacy
Commissioner of Ontario
(Diane Smith, Adjudicator)** *Appellant*

v.

**Minister of Finance for the
Province of Ontario** *Respondent*

and

**Attorney General of Canada,
Attorney General of British Columbia,
Information and Privacy Commissioner
of Alberta, Freedom of Information and
Protection of Privacy Commissioner
[Review Officer] for Nova Scotia,
Information and Privacy Commissioner
of Prince Edward Island,
British Columbia Freedom of
Information and Privacy Association,
Information and Privacy Commissioner
of British Columbia and Canadian Civil
Liberties Association** *Interveners*

INDEXED AS: JOHN DOE v. ONTARIO (FINANCE)

2014 SCC 36

File No.: 34828.

2013: November 6; 2014: May 9.

Present: McLachlin C.J. and LeBel, Abella, Rothstein,
Cromwell, Karakatsanis and Wagner JJ.

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ONTARIO**

M. Untel, requérant *Appelant*

c.

**Ministre des Finances de la
province de l'Ontario** *Intimé*

- et -

**Commissaire à l'information et à la
protection de la vie privée de l'Ontario
(Diane Smith, arbitre)** *Appelante*

c.

**Ministre des Finances de la
province de l'Ontario** *Intimé*

et

**Procureur général du Canada,
procureur général de la Colombie-Britannique,
Information and Privacy Commissioner
of Alberta, Freedom of Information and
Protection of Privacy Commissioner
[Review Officer] for Nova Scotia,
Information and Privacy Commissioner
of Prince Edward Island,
British Columbia Freedom of
Information and Privacy Association,
Information and Privacy Commissioner of
British Columbia et Association canadienne
des libertés civiles** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : UNTEL c. ONTARIO (FINANCES)

2014 CSC 36

N° du greffe : 34828.

2013 : 6 novembre; 2014 : 9 mai.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges LeBel,
Abella, Rothstein, Cromwell, Karakatsanis et Wagner.

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

Access to information — Exemptions — Advice or recommendations of public servant — Government institution applying exemption for advice or recommendations at s. 13(1) of Freedom of Information and Protection of Privacy Act and denying access to information request — Information and Privacy Commissioner ordering disclosure — Whether Commissioner’s disclosure order reasonable — Whether s. 13(1) exemption for advice or recommendations applies to policy options that do not suggest course of action — Whether s. 13(1) exemption applies to information that is not communicated — Freedom of Information and Protection of Privacy Act, R.S.O. 1990, c. F.31, s. 13(1).

After the Ministry of Finance amended a provision of the *Corporations Tax Act*, R.S.O. 1990, c. C.40, John Doe made an access to information request for its records about the issue of retroactivity and the effective date of the amendments. The Ministry determined that disclosure of the records would reveal advice or recommendations of a public servant and denied John Doe access to them under s. 13(1) of the *Freedom of Information and Protection of Privacy Act* (“FIPPA”). An Adjudicator in the Office of the Information and Privacy Commissioner of Ontario (“IPC”), however, ordered their disclosure and denied the Ministry’s application for reconsideration. While the Superior Court later dismissed the Ministry’s subsequent application for judicial review, the Court of Appeal found the disclosure order was unreasonable, allowed the appeal and remitted the matter to the IPC.

Held: The appeal should be dismissed.

The records in this case present the opinions of public servants on the advantages and the disadvantages of alternative effective dates of legislative amendments. The records served the Ministry in making a decision between the dates. These policy options, whether communicated or not to anyone, constitute “advice” within the meaning of s. 13(1), and thus qualify for exemption from disclosure.

The Adjudicator’s disclosure order was based on the fact that most of the records’ contents did not reveal a suggested course of action. However, this definition only applies to “recommendations”. In exempting “advice or recommendations” from disclosure, the legislative intention must be that advice has a broader meaning than recommendations. Otherwise, it would be redundant. By

Accès à l’information — Exceptions — Conseils ou recommandations d’un fonctionnaire — Sur le fondement de l’exception à la communication prévue à l’égard des conseils ou des recommandations à l’art. 13(1) de la Loi sur l’accès à l’information, refus d’une institution gouvernementale de communiquer des documents — Ordonnance de la Commissaire à l’information et à la protection de la vie privée de communiquer les documents — L’ordonnance était-elle raisonnable? — L’exception prévue à l’art. 13(1) à l’égard des conseils ou des recommandations vaut-elle pour le choix de politiques qui ne recommande aucune mesure? — Vaut-elle pour l’information qui n’est pas transmise? — Loi sur l’accès à l’information et la protection de la vie privée, L.R.O. 1990, ch. F.31, art. 13(1).

Après que le ministère des Finances eut modifié une disposition de la *Loi sur l’imposition des sociétés*, L.R.O. 1990, ch. C.40, M. Untel a présenté une demande d’accès à l’information afin d’obtenir des documents du ministère portant sur la rétroactivité et la date d’entrée en vigueur des modifications. Le ministère a déterminé que les documents demandés renfermaient des conseils ou des recommandations d’un fonctionnaire, de sorte qu’il a refusé leur communication à M. Untel par application du par. 13(1) de la *Loi sur l’accès à l’information et la protection de la vie privée* (« LAIPVP »). Une arbitre du bureau de la Commissaire à l’information et à la protection de la vie privée de l’Ontario (« Commissaire ») a cependant ordonné au ministère de communiquer les documents et rejeté sa demande de réexamen. La Cour supérieure a par la suite rejeté la demande de contrôle judiciaire du ministère, mais la Cour d’appel a jugé l’ordonnance de communication déraisonnable, a accueilli l’appel et renvoyé le dossier à la Commissaire.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

En l’espèce, les documents font état du point de vue de fonctionnaires sur les avantages et les inconvénients de différentes dates d’entrée en vigueur possibles de modifications législatives. Ils ont servi au ministère dans le choix de l’une ou l’autre des dates. Qu’il ait été transmis ou non à quiconque, ce choix de politiques constitue des « conseils » au sens du par. 13(1) et peut donc faire l’objet de l’exception à la communication.

L’arbitre a ordonné la communication des documents au motif que la teneur de la plupart d’entre eux ne révélait aucune mesure préconisée. Or, cette caractéristique ne vaut que pour les « recommandations ». Par sa décision de soustraire à la communication les « conseils ou les recommandations », le législateur a dû vouloir que les conseils aient un sens plus général que les

leaving no room for advice to have a distinct meaning from recommendations, the Adjudicator's decision was unreasonable.

Interpreting s. 13(1) in its entire context and according to its grammatical and ordinary sense, harmoniously with the scheme and object of the *FIPPA* and the intention of the legislature reveals that "advice" includes policy options. One cannot infer that policy options are excluded simply because the Ontario legislature did not amend the section when other provinces subsequently chose to draft their access to information legislation to include policy options. Nor can one assume that the Williams Commission Report accurately reflects the legislative intent as to the scope of "advice" in s. 13(1), given the substantive and contextual differences, as well as intervening events, between that report and the *FIPPA*. Indeed, had the legislature intended to exclude policy options from the s. 13(1) exemption, it could have included them in the s. 13(2) exceptions.

Interpreting "advice" as including opinions of a public servant as to the range of alternative policy options accords with the balance struck by the legislature between the goal of preserving an effective and neutral public service capable of producing full, free and frank advice and the goal of providing a meaningful right of access.

The nature of the deliberative process is to draft and redraft advice or recommendations until the writer is sufficiently satisfied that he is prepared to communicate the results to someone else. All of those drafts inform the end result even if the content of any one draft is not included in the final version. Protection from disclosure would be illusory if only a communicated document was protected and not prior drafts.

Further, in order to achieve the goal of providing for full, free and frank advice, the applicability of s. 13(1) must be ascertainable at the time the public servant prepares the advice. At that time, there will not have been communication. Accordingly, evidence of actual communication cannot be a requirement for the invocation of s. 13(1), nor can evidence of an intention to communicate as that intention is inherent to the job.

recommandations. Sinon, il y aurait redondance. Parce qu'elle ne permet pas de distinguer les conseils des recommandations, la décision de l'arbitre est déraisonnable.

Il appert des termes employés au par. 13(1), considérés dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'économie et l'objet de la *LAIPVP* et l'intention du législateur, que les « conseils » englobent le choix de politiques. On ne peut inférer le contraire du seul fait que le législateur ontarien n'a pas modifié la disposition lorsque d'autres ressorts ont subséquemment rédigé leurs dispositions en matière d'accès à l'information de manière que les « conseils » englobent le choix de politiques. On ne saurait non plus présumer que le rapport de la commission Williams permet de bien cerner l'intention du législateur quant à la portée du mot « conseils » employé au par. 13(1), étant donné les différences de nature substantielle et contextuelle entre le rapport et la *LAIPVP*, ainsi que les événements survenus entre la publication du premier et l'adoption de la seconde. En effet, si le législateur avait voulu que l'exception prévue au par. 13(1) ne s'applique pas au choix de politiques, il aurait pu mentionner celui-ci parmi les exceptions du par. 13(2).

L'interprétation selon laquelle le mot « conseils » s'entend notamment du point de vue d'un fonctionnaire sur les différentes politiques possibles est conforme à l'équilibre établi par le législateur entre l'objectif d'une fonction publique efficace et neutre, apte à donner des conseils de manière complète, ouverte et franche, et l'objectif de conférer un véritable droit d'accès à l'information.

La nature du processus délibératif suppose la rédaction et la reformulation de conseils ou de recommandations jusqu'à ce que l'auteur s'estime suffisamment prêt à transmettre le résultat de son travail à une autre personne. Toutes les ébauches antérieures contribuent au résultat final, même si la teneur de l'une ou l'autre ne figure pas dans la version définitive. La protection serait illusoire si seul le document transmis était soustrait à la communication, pas ses ébauches.

Qui plus est, pour respecter l'objectif de la formulation complète, ouverte et franche de conseils, l'applicabilité du par. 13(1) doit être susceptible de détermination au moment où le fonctionnaire prépare les conseils. À ce stade, il n'y aura pas eu transmission à quiconque. Par conséquent, la preuve de la transmission ne saurait constituer un préalable à l'application du par. 13(1), non plus que l'intention de transmettre les conseils puisqu'elle est inhérente à la fonction.

Cases Cited

Approved: 3430901 *Canada Inc. v. Canada (Minister of Industry)*, 2001 FCA 254, [2002] 1 F.C. 421; *Canadian Council of Christian Charities v. Canada (Minister of Finance)*, [1999] 4 F.C. 245; **referred to:** *Ontario (Minister of Transportation) v. Cropley* (2005), 202 O.A.C. 379; *Ontario (Minister of Northern Development and Mines) v. Information and Privacy Commissioner* (2005), 203 O.A.C. 30; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654; *Newfoundland and Labrador Nurses' Union v. Newfoundland and Labrador (Treasury Board)*, 2011 SCC 62, [2011] 3 S.C.R. 708; *Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 53, [2011] 3 S.C.R. 471; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *Ontario (Public Safety and Security) v. Criminal Lawyers' Association*, 2010 SCC 23, [2010] 1 S.C.R. 815; *Osborne v. Canada (Treasury Board)*, [1991] 2 S.C.R. 69; *OPSEU v. Ontario (Attorney General)*, [1987] 2 S.C.R. 2.

Statutes and Regulations Cited

Access to Information Act, R.S.C. 1985, c. A-1, ss. 2, 21(1)(a), (b).
Corporations Tax Act, R.S.O. 1990, c. C.40.
Freedom of Information Act, 5 U.S.C. § 552 (1970).
Freedom of Information and Protection of Privacy Act, R.S.O. 1990, c. F.31, ss. 1, 10(2), 12, 13, 15(a), 18(1)(d), 23.

Authors Cited

Ontario. Commission on Freedom of Information and Individual Privacy. *Public Government for Private People: The Report of the Commission on Freedom of Information and Individual Privacy*. Toronto: The Commission, 1980.
 Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2008.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Rosenberg and Feldman JJ.A. and Swinton J. (*ad hoc*)), 2012 ONCA 125, 109 O.R. (3d) 757, 289 O.A.C. 61, 347 D.L.R. (4th) 740, [2012] O.J. No. 815 (QL), 2012 CarswellOnt 2498, setting aside a decision of Aston, Linhares de Sousa and Lederer JJ., 2011 ONSC 2030, [2011] O.J. No. 1464 (QL), 2011 CarswellOnt 2204, affirming a decision of the Information and Privacy

Jurisprudence

Arrêts approuvés : 3430901 *Canada Inc. c. Canada (Ministre de l'Industrie)*, 2001 CAF 254, [2002] 1 C.F. 421; *Conseil canadien des œuvres de charité chrétiennes c. Canada (Ministre des Finances)*, [1999] 4 C.F. 245; **arrêts mentionnés :** *Ontario (Minister of Transportation) c. Cropley* (2005), 202 O.A.C. 379; *Ontario (Minister of Northern Development and Mines) c. Information and Privacy Commissioner* (2005), 203 O.A.C. 30; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654; *Newfoundland and Labrador Nurses' Union c. Terre-Neuve-et-Labrador (Conseil du Trésor)*, 2011 CSC 62, [2011] 3 R.C.S. 708; *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 53, [2011] 3 R.C.S. 471; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *Ontario (Sûreté et Sécurité publique) c. Criminal Lawyers' Association*, 2010 CSC 23, [2010] 1 R.C.S. 815; *Osborne c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1991] 2 R.C.S. 69; *SEFPO c. Ontario (Procureur général)*, [1987] 2 R.C.S. 2.

Lois et règlements cités

Freedom of Information Act, 5 U.S.C. § 552 (1970).
Loi sur l'accès à l'information, L.R.C. 1985, ch. A-1, art. 2, 21(1)a), b).
Loi sur l'accès à l'information et la protection de la vie privée, L.R.O. 1990, ch. F.31, art. 1, 10(2), 12, 13, 15a), 18(1)d), 23.
Loi sur l'imposition des sociétés, L.R.O. 1990, ch. C.40.

Doctrine et autres documents cités

Ontario. Commission on Freedom of Information and Individual Privacy. *Public Government for Private People : The Report of the Commission on Freedom of Information and Individual Privacy*. Toronto : The Commission, 1980.
 Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed. Markham, Ont. : LexisNexis, 2008.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Rosenberg et Feldman, et la juge Swinton (*ad hoc*)), 2012 ONCA 125, 109 O.R. (3d) 767, 289 O.A.C. 61, 347 D.L.R. (4th) 740, [2012] O.J. No. 815 (QL), 2012 CarswellOnt 2498, qui a annulé une décision des juges Aston, Linhares de Sousa et Lederer, 2011 ONSC 2030, [2011] O.J. No. 1464 (QL), 2011 CarswellOnt 2204, qui a confirmé une décision de la Commissaire à

Commissioner, Order PO-2872, 2010 CanLII 7691. Appeal dismissed.

Alex D. Cameron, Alan M. Schwartz, Q.C., and Kevin H. Yip, for the appellant John Doe.

William S. Challis, for the appellant the Information and Privacy Commissioner of Ontario.

Sara Blake, Malliha Wilson and Kisha Chatterjee, for the respondent.

Sharlene M. Telles-Langdon, for the intervener the Attorney General of Canada.

Richard M. Butler and John Tuck, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

Jillian Harker, for the interveners the Information and Privacy Commissioner of Alberta, the Freedom of Information and Protection of Privacy Commissioner [Review Officer] for Nova Scotia and the Information and Privacy Commissioner of Prince Edward Island.

Brent B. Olthuis and Andrea A. Glen, for the intervener the British Columbia Freedom of Information and Privacy Association.

Nitya Iyer, for the intervener the Information and Privacy Commissioner of British Columbia.

Ryder Gilliland and Nickolas Tzoulas, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

The judgment of the Court was delivered by

ROTHSTEIN J. —

I. Introduction

[1] Access to information legislation serves an important public interest: accountability of

l'information et à la protection de la vie privée, ordonnance PO-2872, 2010 CanLII 7691. Pourvoi rejeté.

Alex D. Cameron, Alan M. Schwartz, c.r., et Kevin H. Yip, pour l'appelant M. Untel.

William S. Challis, pour l'appelante la Commissaire à l'information et à la protection de la vie privée de l'Ontario.

Sara Blake, Malliha Wilson et Kisha Chatterjee, pour l'intimé.

Sharlene M. Telles-Langdon, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Richard M. Butler et John Tuck, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Jillian Harker, pour les intervenants Information and Privacy Commissioner of Alberta, Freedom of Information and Protection of Privacy Commissioner [Review Officer] for Nova Scotia et Information and Privacy Commissioner of Prince Edward Island.

Brent B. Olthuis et Andrea A. Glen, pour l'intervenante British Columbia Freedom of Information and Privacy Association.

Nitya Iyer, pour l'intervenant Information and Privacy Commissioner of British Columbia.

Ryder Gilliland et Nickolas Tzoulas, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE ROTHSTEIN —

I. Introduction

[1] Les lois sur l'accès à l'information servent un intérêt public important, à savoir faire en sorte que

government to the citizenry. An open and democratic society requires public access to government information to enable public debate on the conduct of government institutions.

[2] However, as with all rights recognized in law, the right of access to information is not unbounded. All Canadian access to information statutes balance access to government information with the protection of other interests that would be adversely affected by otherwise unbridled disclosure of such information.

[3] The present appeal centers on a limitation of the right of access to government information in Ontario. Section 13(1) of the 1988 *Freedom of Information and Protection of Privacy Act*, R.S.O. 1990, c. F.31 (“Act” or “FIPPA”), provides that a head of a government institution “may refuse to disclose a record where the disclosure would reveal advice or recommendations of a public servant”. The Court is now called upon to determine whether a record containing policy options falls within the terms “advice” or “recommendations” in s. 13(1) and qualifies for exemption from disclosure. An Adjudicator in the Office of the Information and Privacy Commissioner of Ontario (“IPC”) ordered disclosure of the government records at issue in this appeal. The Adjudicator found that they did not qualify as advice or recommendations under s. 13(1). In my respectful opinion, the Adjudicator’s decision was unreasonable and cannot stand.

II. Factual Background

[4] John Doe is a lawyer practising in the area of tax law. He made an access to information request after the Ministry of Finance (“Ministry”) amended a provision of the *Ontario Corporations Tax Act*, R.S.O. 1990, c. C.40, to eliminate the loophole created by Ontario’s legislation for tax haven corporations. The legislation was partially retroactive. On behalf of certain taxpayers concerned

l’État rend des comptes aux citoyens. Une société ouverte et démocratique commande l’accès des citoyens aux documents de l’État afin de permettre le débat public sur la conduite des institutions gouvernementales.

[2] Toutefois, comme tous les droits reconnus, le droit d’accès à l’information n’est pas illimité. Toutes les lois canadiennes sur l’accès à l’information établissent un équilibre entre l’accès aux documents de l’État et la protection d’autres droits auxquels la communication inconditionnelle de ces documents risquerait de porter atteinte.

[3] Le présent pourvoi porte sur une restriction apportée au droit d’accès aux documents de l’État en Ontario. Suivant le par. 13(1) de la *Loi sur l’accès à l’information et la protection de la vie privée* de 1988, L.R.O. 1990, ch. F.31 (« Loi » ou « LAIPVP »), la personne responsable d’une institution gouvernementale « peut refuser de divulguer un document qui aurait pour effet de révéler les conseils ou les recommandations émanant d’un fonctionnaire ». La Cour est aujourd’hui appelée à décider si le document qui relate un choix de politiques équivaut à des « conseils » ou à des « recommandations » au sens du par. 13(1) et peut faire l’objet d’un refus de communication. Une arbitre du bureau de la Commissaire à l’information et à la protection de la vie privée de l’Ontario (« Commissaire ») a ordonné la communication des documents de l’État visés par le pourvoi. Elle a conclu que ces documents ne constituent ni des conseils, ni des recommandations au sens du par. 13(1). J’estime en toute déférence que sa décision n’est pas raisonnable et doit être annulée.

II. Contexte factuel

[4] M. Untel est avocat et exerce en droit fiscal. Il a présenté une demande d’accès à l’information après que le ministère des Finances (« ministère ») eut modifié une disposition de la *Loi sur l’imposition des sociétés* de l’Ontario, L.R.O. 1990, ch. C.40, afin d’éliminer l’échappatoire créée par la loi ontarienne pour les sociétés établies dans des paradis fiscaux. Les nouvelles dispositions avaient un

about the impact of such retroactivity on their tax liability, Mr. Doe requested

[all] records or parts of records in the Ministry of Finance and the Ministry of Revenue which consider the issue of retroactivity and the effective date of the amendments to subsections 2(1) and (2) of the *Corporations Tax Act*, which was effective May 11, 2005, including all records which provide the reasons for not deciding to make subsections 2(1) and (2) retroactive.

(Commissioner’s decision, Order PO-2872, 2010 CanLII 7691 (“IPC Order”), at p. 1)

[5] The Ministry located six records, five of which are at issue in the present appeal (“Records”). The Records are undated drafts of a policy options paper examining the possible effective dates of the amendments. Records I through IV are entitled “Draft Option Paper: Tax Haven Corporations — Timing of Implementation” and set out options regarding when the amendments could take effect. All the Records except Record IV include express statements regarding which options are not recommended. Record V, entitled “Note on Tax Avoidance Strategy”, lists three options and contains a statement from which the author’s recommended option can be easily inferred (Court of Appeal decision, 2012 ONCA 125, 109 O.R. (3d) 757, at paras. 4-5; IPC Order, at p. 5).

[6] According to the Ministry, the Records were versions of a paper that formed part of the briefings of the Minister, Deputy Minister, Assistant Deputy Minister of Finance and the Office of Budget and Taxation. One of the options was eventually enacted, resulting in the amendments that imposed partially retroactive tax liability (C.A. decision, at para. 7; IPC Order, at p. 5).

effet partiellement rétroactif. Au nom de certains contribuables inquiets des conséquences de cette rétroactivité sur leur obligation fiscale, M. Untel a demandé l’accès à ce qui suit :

[TRADUCTION] [Tous] les documents ou parties des documents des ministères des Finances et du Revenu portant sur la rétroactivité et sur la date d’entrée en vigueur des modifications apportées aux paragraphes 2(1) et (2) de la *Loi sur l’imposition des sociétés*, qui se sont appliquées dès le 11 mai 2005, y compris tous les documents faisant état de motifs de ne pas rendre rétroactive l’application des paragraphes 2(1) et (2).

(Décision de la Commissaire, ordonnance PO-2872, 2010 CanLII 7691 (« ordonnance de la Commissaire »), p. 1)

[5] Le ministère a trouvé six documents, dont cinq sont visés par le pourvoi (les « documents »). Il s’agit d’ébauches non datées d’un exposé de choix de politiques concernant les dates d’entrée en vigueur possibles des modifications. Les documents I à IV ont pour titre « Draft Option Paper : Tax Haven Corporations — Timing of Implementation » (Ébauche d’exposé sur une option : Sociétés établies dans des paradis fiscaux — Calendrier de mise en œuvre) et exposent les différentes possibilités quant à la date de prise d’effet des modifications. Tous les documents, sauf le document IV, renferment des indications explicites quant aux options qui ne sont pas recommandées. Intitulé « Note on Tax Avoidance Strategy » (Stratégie d’évitement de l’impôt), le document V fait état de trois options et renferme des indications dont on peut facilement inférer l’option que recommande l’auteur (arrêt de la Cour d’appel, 2012 ONCA 125, 109 O.R. (3d) 767, par. 4-5; ordonnance de la Commissaire, p. 5).

[6] Selon le ministère, il s’agissait de versions d’un document utilisé lors de séances d’information du ministre, du sous-ministre et du sous-ministre adjoint, Finances et Bureau du budget et de la fiscalité. L’une des options a finalement été retenue, de sorte que les modifications ont emporté une obligation fiscale partiellement rétroactive (arrêt de la C.A., par. 7; ordonnance de la Commissaire, p. 5).

[7] The Ministry located and denied access to Records I through V on the basis of the s. 13(1) exemption:

13. (1) [Advice to government] A head may refuse to disclose a record where the disclosure would reveal advice or recommendations of a public servant, any other person employed in the service of an institution or a consultant retained by an institution.

Access to Records I through IV was denied also on the basis of the exemption to disclosure under ss. 15(a) (prejudice to intergovernmental relations) and 18(1)(d) (injury to financial interests or management of the economy). These provisions are not at issue in this appeal. Record VI was disclosed in part.

III. Procedural History

A. *Information and Privacy Commissioner of Ontario, Order PO-2872, 2010 CanLII 7691*

[8] IPC Adjudicator Diane Smith ordered disclosure of the requested records. She concluded, based on the decisions of the Ontario Court of Appeal in *Ontario (Minister of Transportation) v. Cropley* (2005), 202 O.A.C. 379 (“*MOT*”), at para. 29, and *Ontario (Minister of Northern Development and Mines) v. Information and Privacy Commissioner* (2005), 203 O.A.C. 30, at para. 8, that to qualify for the advice or recommendations exemption under s. 13(1), “the information in the record must suggest a course of action that will ultimately be accepted or rejected by the person being advised” (p. 4). Further, she found that there was no “clear” evidence that the information in the Records was communicated to any other person. The Ministry’s search revealed no final version, suggesting to her that the information was never used in its deliberative or decision-making process (p. 8).

[7] Le ministère a mis la main sur les documents I à V, mais il a refusé leur communication en invoquant l’exception prévue au par. 13(1) :

13. (1) [Conseils au gouvernement] La personne responsable peut refuser de divulguer un document qui aurait pour effet de révéler les conseils ou les recommandations émanant d’un fonctionnaire, d’une personne employée par une institution ou d’un expert-conseil dont les services ont été retenus par cette institution.

L’accès aux documents I à IV a été également refusé sur le fondement des exceptions à la communication prévues aux al. 15a) (effet de nuire à la poursuite des rapports intergouvernementaux) et 18(1)d) (effet de nuire aux intérêts financiers ou à la gestion de l’économie). Ces dispositions ne sont pas en cause dans le présent pourvoi. Le document VI a été communiqué en partie.

III. Historique des procédures

A. *Commissaire à l’information et à la protection de la vie privée de l’Ontario, ordonnance PO-2872, 2010 CanLII 7691*

[8] L’arbitre Diane Smith du bureau de la Commissaire a ordonné la communication des documents demandés. S’appuyant sur les arrêts *Ontario (Minister of Transportation) c. Cropley* (2005), 202 O.A.C. 379 (« *MOT* »), par. 29, et *Ontario (Minister of Northern Development and Mines) c. Information and Privacy Commissioner* (2005), 203 O.A.C. 30, par. 8, elle conclut que pour faire l’objet de l’exception prévue au par. 13(1) relativement aux conseils ou aux recommandations, [TRADUCTION] « l’information contenue dans le document doit correspondre à une mesure qui sera finalement acceptée ou rejetée par la personne conseillée » (p. 4). De plus, l’arbitre estime qu’aucun élément de preuve n’établit « clairement » que l’information contenue dans les documents a été transmise à une autre personne. La recherche effectuée par le ministère n’a permis de découvrir aucune version définitive, ce qui donne à penser que l’information n’a jamais servi dans le cadre de ses délibérations ou de son processus décisionnel (p. 8).

[9] For these two reasons, the s. 13(1) exemption was found not to apply. Even if the information in the Records had been communicated to a person being advised, the Adjudicator found that only the portions indicating which option was not preferred would be exempted from disclosure. The remaining information had to be disclosed as it did not reveal a preferred course of action either expressly or by inference (p. 9).

B. *Information and Privacy Commissioner of Ontario, Reconsideration Order PO-2899-R, 2010 CanLII 38808*

[10] The Ministry applied for reconsideration of the IPC Order on the basis that it was unable to make full representations at the initial proceeding. Adjudicator Smith denied this application. She found no fundamental defect in the adjudication process. Moreover, even if she did reconsider her decision in light of additional evidence presented by the Ministry regarding communication of the information in the Records, she stated that she would have reached the same conclusion. The Ministry did not seek judicial review of the Reconsideration Order.

C. *Ontario Superior Court of Justice, 2011 ONSC 2030 (CanLII)*

[11] In brief reasons, the Divisional Court dismissed the Ministry's application for judicial review of the initial IPC Order. The Divisional Court agreed with the Adjudicator that the information contained in the record — not the record itself — must have been communicated at some point to the decision maker. The Adjudicator's conclusion that the Ministry did not demonstrate that the information in the Records was ever communicated, and thus was not part of the deliberative process, was held to be reasonable (paras. 6 and 8). It also held that the Adjudicator's conclusion that the Records contained no recommended course of action was reasonable (para. 7).

[9] Pour ces deux motifs, l'exception prévue au par. 13(1) est jugée inapplicable. Selon l'arbitre, même si l'information contenue dans les documents a été communiquée à la personne conseillée, seules les parties qui précisent les options non privilégiées échappent à la communication. Le reste de l'information doit être communiqué puisqu'il ne révèle ni explicitement ni implicitement une mesure privilégiée (p. 9).

B. *Commissaire à l'information et à la protection de la vie privée de l'Ontario, ordonnance PO-2899-R, 2010 CanLII 38808*

[10] Le ministère a demandé le réexamen de l'ordonnance de la Commissaire au motif qu'il n'avait pu présenter d'observations complètes lors de l'instance initiale. L'arbitre Smith a refusé. Elle n'a relevé aucun vice fondamental dans la procédure d'arbitrage. De plus, même si elle avait réexaminé sa décision au vu des éléments de preuve supplémentaires présentés par le ministère quant à la transmission de l'information contenue dans les documents, elle estime qu'elle serait arrivée à la même conclusion. Le ministère n'a pas demandé le contrôle judiciaire de cette ordonnance.

C. *Cour supérieure de justice de l'Ontario, 2011 ONSC 2030 (CanLII)*

[11] Dans de brefs motifs, la Cour divisionnaire rejette la demande de contrôle judiciaire du ministère visant l'ordonnance initiale de la Commissaire. Elle convient avec l'arbitre que l'information contenue dans le document, et non le document lui-même, doit avoir été transmise à quelque moment au décideur. Elle juge raisonnable la conclusion de l'arbitre selon laquelle le ministère n'a pas démontré que l'information contenue dans les documents a été transmise, de sorte qu'elle n'a pas fait partie du processus délibératif (par. 6 et 8). La Cour divisionnaire conclut aussi au caractère raisonnable de la conclusion de l'arbitre portant que les documents ne recommandent aucune mesure (par. 7).

D. *Ontario Court of Appeal, 2012 ONCA 125, 109 O.R. (3d) 757*

[12] The Court of Appeal found the IPC Order to be unreasonable, allowed the appeal and ordered the matter remitted to the IPC.

[13] In Rosenberg J.A.'s opinion, the Adjudicator made two fundamental errors in her interpretation of s. 13(1): first, that s. 13(1) requires evidence that the information in the Records actually went to the final decision maker, and second, that s. 13(1) only applies to information that recommends a *single* course of action to the decision maker (para. 25).

[14] In his opinion, s. 13(1) does not require the Ministry to prove that the document at issue went to the ultimate decision maker (para. 26). The advice or recommendations contained in draft policy papers will invariably form a part of the deliberative process leading to a final decision, and are thus protected by s. 13(1) (para. 27).

[15] Further, limiting s. 13(1) to situations where only a single course of action is considered would be unreasonable, and would “all but denude s. 13(1) of any real meaning” (para. 29). It therefore applies to advice on a range of different options, even if it does not include a specific recommendation on which option to take. For these reasons, the appeal was allowed.

IV. Issues

[16] There are two issues:

1. Was the interpretation by the IPC of advice and recommendations in s. 13(1) reasonable?
2. Was it reasonable for the IPC to require communication of the Records to qualify for the s. 13(1) exemption?

D. *Cour d'appel de l'Ontario, 2012 ONCA 125, 109 O.R. (3d) 767*

[12] La Cour d'appel estime que l'ordonnance de la Commissaire est déraisonnable, elle accueille l'appel et elle ordonne le renvoi du dossier à la Commissaire.

[13] Selon le juge Rosenberg, l'arbitre commet deux erreurs fondamentales dans son interprétation du par. 13(1) : premièrement, elle conclut que la disposition exige la preuve que l'information contenue dans les documents a effectivement été transmise au décideur ultime et, deuxièmement, que le par. 13(1) ne s'applique qu'à l'information qui recommande une *seule* mesure au décideur (para. 25).

[14] Selon lui, le par. 13(1) n'exige pas du ministre qu'il établisse que le document en cause est parvenu au décideur final (para. 26). Les conseils ou les recommandations contenus dans l'ébauche d'un énoncé de politique font invariablement partie des délibérations préalables à la décision définitive et sont donc protégés au par. 13(1) (para. 27).

[15] Qui plus est, limiter l'application du par. 13(1) aux situations où l'adoption d'une seule mesure est considérée serait déraisonnable et [TRANSDUCTION] « dépouillerait presque entièrement le par. 13(1) de toute signification réelle » (para. 29). La disposition s'applique donc aux conseils qui portent sur différentes options, même si aucune en particulier n'est préconisée. Tels sont les motifs pour lesquels l'appel est accueilli.

IV. Questions en litige

[16] Le pourvoi soulève deux questions :

1. L'interprétation par la Commissaire des termes « conseils » et « recommandations » employés au par. 13(1) est-elle raisonnable?
2. La Commissaire pouvait-elle raisonnablement conclure que les documents devaient avoir été transmis pour faire l'objet de l'exception prévue au par. 13(1)?

V. Analysis

A. *Standard of Review*

[17] The parties agree, and the case law supports, that the applicable standard of review is reasonableness. The IPC is owed deference in interpreting and applying its enabling statute (*Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; see also *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654, at paras. 30 and 39; *Newfoundland and Labrador Nurses' Union v. Newfoundland and Labrador (Treasury Board)*, 2011 SCC 62, [2011] 3 S.C.R. 708, at para. 13; and *Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 53, [2011] 3 S.C.R. 471, at para. 24).

B. *Interpretation of Section 13(1): Advice and Recommendations*

[18] The modern approach to statutory interpretation requires the words of s. 13(1) to be read in their entire context and according to their grammatical and ordinary sense, harmoniously with the scheme and object of the Act and the intention of the legislature (R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (5th ed. 2008), at p. 1; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at para. 21).

[19] The Records in question constitute drafts of policy options for purposes of a decision as to when amendments to Ontario legislation to eliminate a loophole for tax haven corporations should take effect — in particular, to what extent the amendment should have retroactive effect. The question is whether policy options such as these constitute advice or recommendations, and thus qualify for exemption from disclosure under s. 13(1).

(1) Text

[20] “[A]dvice” and “recommendations” are not defined in the Act.

V. Analyse

A. *Norme de contrôle*

[17] Les parties conviennent — et la jurisprudence confirme — que la norme de contrôle applicable est celle de la raisonabilité. La Commissaire a droit à la déférence lorsqu’elle interprète et applique sa loi constitutive (*Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; voir également *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654, par. 30 et 39; *Newfoundland and Labrador Nurses' Union c. Terre-Neuve-et-Labrador (Conseil du Trésor)*, 2011 CSC 62, [2011] 3 R.C.S. 708, par. 13; *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 53, [2011] 3 R.C.S. 471, par. 24).

B. *Interprétation du par.13(1) — Conseils et recommandations*

[18] Selon la méthode moderne d’interprétation des lois, il faut considérer les termes employés au par. 13(1) dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s’harmonise avec l’économie de la loi, l’objet de la loi et l’intention du législateur (R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (5^e éd. 2008), p. 1; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, par. 21).

[19] Les documents en cause correspondent aux ébauches d’un choix de politiques en vue d’une décision quant au moment de l’entrée en vigueur de modifications apportées à une loi ontarienne afin d’éliminer une échappatoire dont se prévalaient les sociétés établies dans des paradis fiscaux, à savoir dans quelle mesure ces modifications devaient avoir un effet rétroactif. La question est celle de savoir si un tel choix constitue des conseils ou des recommandations et fait ainsi l’objet de l’exception à la communication prévue au par. 13(1).

(1) Texte

[20] Les termes « conseils » et « recommandations » ne sont pas définis dans la Loi.

[21] In *MOT*, the Court of Appeal was confronted with the same issue as is now before this Court. In that case, it canvassed various dictionary definitions of the terms “advice” and “recommendations”. As it noted, the term “advice” could be defined as a “recommendation regarding a decision, as well as simply information or intelligence” (para. 24). However, it concluded that interpreting the term “advice” as information or intelligence would be so broad as to be inconsistent with the purpose of the *FIPPA*. Nonetheless, it did recognize that room should be left for the terms “advice” and “recommendations” to have distinct meanings (para. 29).

[22] The Court of Appeal also found that “[a]dvice’ may be construed more broadly than ‘recommendation’” (para. 29). However, it distinguished these terms by finding that “‘recommendation’ may be understood to ‘relate to a suggested course of action’ more explicitly and pointedly than ‘advice’”, while “[a]dvice’ . . . encompass[es] material that permits the drawing of inferences with respect to a suggested course of action, but which does not itself make a specific recommendation” (*ibid.*). In oral argument in this Court, the Information and Privacy Commissioner of British Columbia and the Canadian Civil Liberties Association made a similar distinction: that while “recommendation” is an express suggestion, “advice” is simply an implied recommendation (transcript, at pp. 52 and 57).

[23] In this case, the IPC Adjudicator applied *MOT*. She found that to qualify as “advice” and “recommendations” under s. 13(1), “the information in the record must suggest a course of action that will ultimately be accepted or rejected by the person being advised” (p. 4). I accept that material that relates to a suggested course of action that will ultimately be accepted or rejected by the person being advised falls into the category of “recommendations” in s. 13(1).

[21] Dans l’arrêt *MOT*, la Cour d’appel se prononce sur la même question que celle dont notre Cour est aujourd’hui saisie. Elle examine diverses définitions lexicographiques des termes « conseils » et « recommandations ». Selon elle, les « conseils » peuvent être définis comme des [TRADUCTION] « recommandations en vue d’une décision, ainsi que de simples renseignements » (par. 24). Elle estime toutefois que voir dans les « conseils » des renseignements en général conférerait un sens si large à ce terme que l’objet de la *LAIPVP* en serait contrecarré. Elle reconnaît néanmoins qu’on doit pouvoir attribuer aux termes « conseils » et « recommandations » des sens différents (par. 29).

[22] La Cour d’appel conclut en outre que [TRADUCTION] « le terme “conseils” peut être interprété d’une manière plus large que le terme “recommandations” » (par. 29). Elle établit cependant une distinction entre eux en concluant que « les “recommandations” peuvent être assimilées à ce qui “touche à une mesure préconisée” de manière plus explicite et précise par rapport aux “conseils” », alors que le terme « “conseils” [. . .] comprend tout élément qui permet de tirer des inférences quant à une mesure recommandée, mais qui ne constitue pas en soi une recommandation précise » (*ibid.*). Lors de leurs plaidoiries devant notre Cour, la Commissaire à l’information et à la protection de la vie privée de la Colombie-Britannique et l’Association canadienne des libertés civiles ont établi une distinction semblable, à savoir que la « recommandation » constituerait une proposition expresse, alors que le « conseil » équivaldrait simplement à une recommandation implicite (transcription, p. 52 et 57).

[23] En l’espèce, l’arbitre du bureau de la Commissaire a appliqué l’arrêt *MOT*. Selon elle, pour constituer des « conseils » et des « recommandations » au sens du par. 13(1), [TRADUCTION] « l’information contenue dans le document doit proposer une mesure qui sera finalement acceptée ou rejetée par la personne conseillée » (p. 4). Je conviens que l’élément qui touche une mesure préconisée qui sera en fin de compte acceptée ou rejetée par la personne conseillée entre dans la catégorie des « recommandations » au sens du par. 13(1).

[24] However, it appears to me that the approach taken in *MOT* and by the Adjudicator left no room for “advice” to have a distinct meaning from “recommendation”. A recommendation, whether express or inferable, is still a recommendation. “[A]dvice” must have a distinct meaning. I agree with Evans J.A. in *3430901 Canada Inc. v. Canada (Minister of Industry)*, 2001 FCA 254, [2002] 1 F.C. 421 (“*Telezone*”), that in exempting “advice or recommendations” from disclosure, the legislative intention must be that the term “advice” has a broader meaning than the term “recommendations” (para. 50 (emphasis deleted)). Otherwise, it would be redundant. By leaving no room for “advice” to have a distinct meaning from “recommendation”, the Adjudicator’s decision was unreasonable.

(2) Context

[25] The question remains: should the term “advice” in s. 13(1) be construed as including or excluding a record containing policy options prepared by a public servant, any other person employed in the service of an institution or a consultant retained by an institution? Answering this question requires that policy options be defined before turning to the context of s. 13(1) and the *FIPPA*, followed by their legislative history and purpose.

[26] Policy options are lists of alternative courses of action to be accepted or rejected in relation to a decision that is to be made. They would include matters such as the public servant’s identification and consideration of alternative decisions that could be made. In other words, they constitute an evaluative analysis as opposed to objective information.

[27] Records containing policy options can take many forms. They might include the full range of policy options for a given decision, comprising all conceivable alternatives, or may only list a subset of alternatives that in the public servant’s opinion are most worthy of consideration. They can also include the advantages and disadvantages of each

[24] Or, il me semble que l’approche adoptée dans l’arrêt *MOT* et par l’arbitre ne permet pas d’attribuer des sens différents aux termes « conseils » et « recommandations ». Une recommandation, qu’elle soit explicite ou inférée, demeure une recommandation. Le « conseil » doit avoir un sens différent. Je conviens avec le juge Evans que, dans l’affaire *3430901 Canada Inc. c. Canada (Ministre de l’Industrie)*, 2001 CAF 254, [2002] 1 C.F. 421 (« *Telezone* »), par sa décision de soustraire « avis [le terme employé dans le contexte fédéral] ou recommandations » à la communication, le législateur a dû vouloir que le terme « avis » ait un sens plus général que le terme « recommandations » (par. 50 (soulignement supprimé)). Sinon, il y aurait redondance. Parce qu’elle ne permet pas de distinguer les « conseils » des « recommandations », la décision de l’arbitre est déraisonnable.

(2) Contexte

[25] La question demeure : le terme « conseils » figurant au par. 13(1) doit-il être interprété de manière à inclure ou à exclure un document qui relate un choix de politiques établi par un fonctionnaire, une personne employée par une institution ou un expert-conseil dont une institution retient les services? Pour trancher, il faut définir le terme « choix de politiques » avant d’examiner le contexte du par. 13(1) et de la *LAIPVP*, ainsi que leur historique législatif et leur objet.

[26] Un choix de politiques consiste dans l’énumération des différentes mesures susceptibles d’être acceptées ou rejetées aux fins d’une décision. Il s’agit, par exemple, pour le fonctionnaire, de recenser et d’examiner les décisions possibles. En d’autres termes, c’est de l’analyse critique, et non de l’information objective.

[27] Le document qui relate un choix de politiques peut revêtir plusieurs formes. Il peut offrir un choix complet de politiques aux fins d’une décision donnée, y compris toutes les avenues concevables, ou faire état seulement des solutions que le fonctionnaire juge les plus valables. Il peut également présenter les avantages et les inconvénients

option, as do the Records here. But the list can also be less fulsome and still constitute policy options. For example, a public servant may prepare a list of all alternatives and await further instructions from the decision maker for which options should be considered in depth. Or, if the advantages and disadvantages of the policy options are either perceived as being obvious or have already been canvassed orally or in a prior draft, the policy options might appear without any additional explanation. As long as a list sets out alternative courses of action relating to a decision to be made, it will constitute policy options.

[28] In *Telezone*, Evans J.A. found that policy options constitute advice under the analogous provision in the federal *Access to Information Act*, R.S.C. 1985, c. A-1 (paras. 61-64).

[29] Some guidance as to whether policy options constitute advice in Ontario under s. 13(1) is provided by ss. 13(2) and (3). (The relevant statutory provisions are set forth in the Appendix.) The opening words of s. 13(2) state: “Despite subsection (1), a head shall not refuse under subsection (1) to disclose a record that contains . . .” followed by a list of 12 types of information. These opening words indicate that the potentially broad scope of the term “advice” under s. 13(1) was in the mind of the legislature and was the reason for s. 13(2). I do not suggest that the opening words of s. 13(2) provide proof that “advice” in s. 13(1) includes all conceivable information not listed in s. 13(2). But they are an indication that the legislature was aware that “advice” was open to being broadly construed.

[30] Greater insight into what the legislature intended with the term “advice” in s. 13(1) is provided by considering the nature of some of the exceptions listed in s. 13(2). The exceptions in s. 13(2) can be divided into two categories: objective

de chacune des politiques, comme c’est le cas des documents visés en l’espèce. Un exposé moins exhaustif peut néanmoins constituer un choix de politiques. Par exemple, un fonctionnaire peut dresser la liste de toutes les solutions possibles, puis attendre que le décideur lui indique quelles solutions justifient un examen approfondi. Ou encore, lorsque les avantages et les inconvénients d’un choix de politiques sont tenus pour évidents ou ont déjà été débattus de vive voix ou examinés dans une version antérieure, le choix de politiques peut se passer d’explications supplémentaires. Dans la mesure où l’énumération fait état de différentes mesures possibles aux fins d’une décision, il s’agit d’un choix de politiques.

[28] Dans l’arrêt *Telezone*, le juge Evans conclut que la formulation d’options de politiques constitue un avis [le terme employé dans le contexte fédéral] au sens de la disposition analogue de la *Loi sur l’accès à l’information*, L.R.C. 1985, ch. A-1 (par. 61-64).

[29] Les paragraphes 13(2) et (3) de la loi ontarienne offrent des pistes quant à savoir si un choix de politiques équivaut à des conseils au sens du par. 13(1). (Les dispositions législatives pertinentes sont reproduites en annexe.) La partie introductive du par. 13(2) dispose que, « [m]algré le paragraphe (1), la personne responsable ne doit pas refuser, en vertu de ce paragraphe, de divulguer un document qui comporte l’un des éléments suivants », à savoir les 12 éléments d’information énumérés ensuite. Elle indique que le législateur a envisagé que le terme « conseils » employé au par. 13(1) puisse avoir une portée générale, d’où le par. 13(2). Je ne dis pas que ce libellé introductif prouve que le terme « conseils » employé au par. 13(1) s’entend de toute information non mentionnée au par. 13(2), mais bien qu’il indique que le législateur était conscient du fait que le terme « conseils » pouvait être interprété largement.

[30] L’examen de la nature des exceptions énumérées au par. 13(2) permet de mieux cerner l’intention du législateur quant au sens qu’il a voulu donner au terme « conseils » employé au par. 13(1). On peut poser deux catégories d’exceptions : celle

information, and specific types of records that could contain advice and recommendations.

[31] The first four paragraphs in s. 13(2) are (a) factual material, (b) a statistical survey, (c) an evaluator's report, and (d) an environmental impact statement. These are examples of what might be considered objective information. In *Telezone*, Evans J.A. distinguished this type of objective information seen in s. 13(2) from a public servant's opinion pertaining to a decision that is to be made, which he concluded would fall within the scope of "advice" in the analogous federal exemption. At paragraph 63, he stated:

. . . a memorandum to the Minister stating that something needs to be decided, identifying the most salient aspects of an application, or presenting a range of policy options on an issue, implicitly contains the writer's view of what the Minister should do, how the Minister should view a matter, or what are the parameters within which a decision should be made. . . . They cannot be characterized as merely informing the Minister of matters that are largely factual in nature.

The fact that the legislature saw fit to include four categories of objective information in s. 13(2) suggests that it was aware that "advice" could otherwise be construed as covering such materials, and should therefore be expressly limited.

[32] The remaining exceptions in s. 13(2), paragraphs (e) to (l), require reports, plans, studies and decisions that fit into very specific and precisely defined categories to be disclosed even if they contain advice or recommendations. For example, (i) final plans to establish or change a program, (j) and (k) reports of committees if the purpose of the committee was to prepare such reports, and (l) reasons supporting a final decision based on an exercise of discretionary power, are some of the

visant les documents qui renferment une information objective et celle visant certains types de documents susceptibles de renfermer des conseils et des recommandations.

[31] Les quatre premiers alinéas du par. 13(2) visent le document qui comporte a) de la documentation portant sur des faits, b) un sondage statistique, c) le rapport d'un estimateur et d) un rapport sur d'éventuelles répercussions sur l'environnement. Ce sont là des exemples de ce qui pourrait constituer des éléments d'information objective. Dans l'arrêt *Telezone*, le juge Evans établit une distinction entre ce genre d'information objective et le point de vue d'un fonctionnaire sur la prise d'une décision, lequel entre selon lui dans la catégorie des « avis » [le terme employé dans le contexte fédéral] qui bénéficient de l'exception analogue prévue par la loi fédérale. Il dit ce qui suit au par. 63 :

. . . une note de service à l'intention du ministre indiquant qu'une décision doit être prise sur une question, précisant les points saillants d'une demande ou présentant une gamme d'options de politique sur une question comporte implicitement le point de vue de l'auteur sur ce que devrait faire le ministre, la manière dont il devrait envisager une question ou les paramètres de la décision à prendre. [. . .] On ne peut pas dire [que ces éléments] servent simplement à informer le ministre de questions qui, par leur nature, sont largement factuelles.

Le fait que le législateur a jugé bon d'énumérer quatre types d'information objective au par. 13(2) donne à penser qu'il était conscient de la possibilité que, sinon, le terme « conseils » puisse être interprété de façon à englober ces éléments, de sorte que la portée de ce terme devait être expressément restreinte.

[32] Les autres exceptions prévues aux al. 13(2)e) à l) visent des rapports, des plans, des études et des décisions qui relèvent de catégories bien définies et qui doivent être communiqués même s'ils renferment des conseils ou des recommandations. Il s'agit, par exemple, i) de plans définitifs en vue de la modification d'un programme existant ou de l'établissement d'un nouveau programme, j) et k) des rapports de comités mis sur pied pour établir de tels rapports et l) des motifs à l'appui d'une décision

records that must be disclosed. Such records will not always contain advice or recommendations, but when they do, s. 13(2) ensures that they are not protected from disclosure by s. 13(1).

[33] The implication of these precisely defined exceptions to the s. 13(1) exemption is that the legislature had regard for the circumstances under which advice or recommendations might be included in such records but should nevertheless be disclosed. It is telling that the legislature, having turned its mind in s. 13(2) to the specific types of records that should be disclosed even though they might contain “advice or recommendations”, did not include policy options as a discrete category.

[34] Section 13(3) provides that despite s. 13(1), disclosure shall not be refused “where the head [of the institution] has publicly cited the record as the basis for making a decision or formulating a policy”. The necessary implication is that where a record that does contain “the basis for making a decision or formulating a policy” has not been publicly cited, disclosure may be refused under s. 13(1). The basis for making a decision or formulating a policy is the foundation or support for the decision or policy. It is not necessarily an express or implied recommendation but could include policy options. This suggests that “advice” in s. 13(1) would include the public servant’s view of policy options to be considered by the decision maker.

[35] The appellants argue that since the term “policy options” is expressly included in the s. 12(1)(b) exemption for Cabinet records, the absence of that term in s. 13(1) means that policy options, such as the Records at issue here, were not intended to be included in the s. 13(1) exemption. With respect, I cannot agree. The term “advice” is broad enough to include “policy options”. I find it more significant that “policy options” was *not* included in the s. 13(2) exceptions to s. 13(1) than that it *was* included in s. 12(1)(b). Had the legislature wanted to

définitive fondée sur l’exercice d’un pouvoir discrétionnaire. Ces documents ne renferment pas toujours des conseils ou des recommandations, mais lorsque c’est le cas, le par. 13(2) fait en sorte que le par. 13(1) ne les soustraie pas à la communication.

[33] Il appert des exceptions bien circonscrites du par. 13(1) que le législateur a tenu compte des circonstances dans lesquelles les documents, même s’ils pouvaient comporter des conseils ou des recommandations, devaient néanmoins être communiqués. Il est révélateur que, après s’être penché, au par. 13(2), sur les types de documents qui devaient être communiqués même s’ils renfermaient des « conseils ou [d]es recommandations », le législateur n’a pas fait du choix de politiques une catégorie distincte.

[34] Le paragraphe 13(3) prévoit que, malgré le par. 13(1), la communication d’un document ne doit pas être refusée « si la personne responsable [de l’institution] l’a publiquement cité comme ayant servi de fondement à une décision ou à la formulation d’une politique ». Il s’ensuit nécessairement que la communication d’un document qui a « servi de fondement à une décision ou à la formulation d’une politique », mais qui n’a pas été publiquement cité à ce titre, peut être refusée en application du par. 13(1). Le fondement d’une décision ou de la formulation d’une politique s’entend de ce sur quoi repose ou s’appuie la décision ou la politique. Il ne s’agit pas forcément d’une recommandation expresse ou implicite, mais il peut s’agir d’un choix de politiques. Dès lors, le terme « conseils » employé au par. 13(1) peut englober le point de vue d’un fonctionnaire sur un choix de politiques soumis à l’examen du décideur.

[35] Les appelants font valoir que, le terme « choix de politiques » faisant expressément l’objet de l’exception prévue à l’al. 12(1)b) pour les documents du Conseil exécutif, on peut conclure de son absence au par. 13(1) que le législateur n’a pas voulu que le document qui relate un choix de politiques, tels les documents considérés en l’espèce, fasse l’objet de l’exception prévue au par. 13(1). Je ne peux malheureusement pas faire droit à leur prétention. Le terme « conseils » a une portée assez large pour englober le « choix de politiques ». J’estime

exclude records containing policy options from the s. 13(1) exemption, it could have included them in the s. 13(2) exceptions. Mere use of the term “policy options” in s. 12(1)(b) does not preclude the broader term “advice” in s. 13(1) from including policy options.

(3) Legislative History

[36] The IPC argues that the Williams Commission Report indicates that policy options were not intended to qualify for exclusion from disclosure under s. 13(1) (Ontario, *Public Government for Private People: The Report of the Commission on Freedom of Information and Individual Privacy* (1980) (“Williams Commission Report”). The report was prepared by a commission established in 1977 by the government of Ontario to study and make recommendations concerning access to information and personal privacy in the governmental context (p. 53). Although the report is admissible as legislative history, I would assign it limited weight with respect to defining the scope of s. 13(1) (Sullivan, at pp. 612-14).

[37] This Court has recognized that the *FIPPA* is based on the Williams Commission Report (*Ontario (Public Safety and Security) v. Criminal Lawyers’ Association*, 2010 SCC 23, [2010] 1 S.C.R. 815 (“*Ontario v. CLA*”), at para. 55). However, the enacted words of s. 13 were not proposed in that report. Nor did the report recommend what was enacted as ss. 13(2) and 23 (*Ontario v. CLA*, at paras. 26-27 and 55; Williams Commission Report, at pp. 289-93). Both of these provisions affect the application of s. 13(1). As discussed above, s. 13(2) provides numerous exceptions to the s. 13(1) exemption. With respect to s. 23, by providing that the s. 13(1) exemption can be overridden “where a compelling public interest in the disclosure of the record clearly outweighs the purpose of the exemption”, s. 23 limits the application of the s. 13(1) exemption in a manner not discussed or otherwise recommended

que l’*omission* du « choix de politiques » parmi les exceptions à l’application du par. 13(1) prévues au par. 13(2) est encore plus significative que sa *mention* à l’al. 12(1)b). Si le législateur avait voulu que l’exception prévue au par. 13(1) ne s’applique pas au document qui relate un choix de politiques, il aurait pu mentionner celui-ci parmi les exceptions énumérées au par. 13(2). L’emploi du terme « choix de politiques » à l’al. 12(1)b) ne saurait à lui seul empêcher le terme général « conseils » employé au par. 13(1) de s’entendre d’un choix de politiques.

(3) Historique législatif

[36] La Commissaire soutient qu’il appert du rapport de la commission Williams que l’exception à la communication prévue au par. 13(1) ne devait pas s’appliquer au choix de politiques (Ontario, *Public Government for Private People : The Report of the Commission on Freedom of Information and Individual Privacy* (1980) (« rapport de la commission Williams »)). Ce rapport a été rédigé par une commission établie en 1977 par le gouvernement de l’Ontario pour se pencher sur l’accès à l’information et la protection de la vie privée au sein de l’État et formuler des recommandations sur le sujet (p. 53). Le rapport est admissible comme preuve de l’historique législatif, mais je lui accorde peu de poids aux fins de déterminer la portée du par. 13(1) (Sullivan, p. 612-614).

[37] Dans l’arrêt *Ontario (Sûreté et Sécurité publique) c. Criminal Lawyers’ Association*, 2010 CSC 23, [2010] 1 R.C.S. 815 (« *Ontario c. CLA* »), par. 55, notre Cour reconnaît que la *LAIPVP* s’inscrit dans la foulée du rapport de la commission Williams. Or, la commission n’a pas proposé le libellé de l’art. 13 déterminé par le législateur. Elle n’a pas non plus recommandé l’adoption de ce qui correspond au par. 13(2) et à l’art. 23 (*Ontario c. CLA*, par. 26-27 et 55; rapport de la commission Williams, p. 289-293), deux dispositions qui ont une incidence sur l’application du par. 13(1). Rappelons que le par. 13(2) prévoit de nombreuses exceptions à l’application du par. 13(1). Quant à l’art. 23, qui précise que l’exception visée au par. 13(1) ne s’applique pas « si la nécessité manifeste de divulguer le document dans l’intérêt public l’emporte sans conteste sur la fin visée par

by the Williams Commission Report. I would infer that the balance chosen by the legislature between the right of access and the exemption for “advice” was achieved by the inclusion of ss. 13(2) and 23 rather than by some unstated limitation on the term “advice” in s. 13(1).

[38] In addition to the substantive differences between the Act and the Williams Commission Report, the context in which the report was written and intervening events between the issuance of the report and the enactment of the *FIPPA* also cause me to be hesitant to assign it much weight in determining the legislative intent regarding the scope of s. 13(1). The report was submitted in 1980, eight years before enactment of the *FIPPA*. In the early 1980s, an access to information bill had been introduced into the legislature but was never enacted. The *FIPPA* was brought in by a different government some years later.

[39] Further, at the time the report was written, the U.S. federal *Freedom of Information Act*, 5 U.S.C. § 552 (1970), was the main enacted freedom of information statute available for consideration. The Williams Commission Report discusses the American experience at length in its section on the advice or recommendations exemption. It only briefly mentions the Canadian Parliament’s bill that was a precursor to the federal *Access to Information Act*. It is significant that s. 13(1) does not resemble any U.S. provision considered by the Williams Commission Report (pp. 290 and 292-93). Instead, it is substantively similar to the advice or recommendations provision in both the earlier federal bill and the federal Act enacted after the report was published (*Access to Information Act*, s. 21(1)(b)). Accordingly, in my respectful view, the report cannot be assumed to accurately reflect the legislative intent with respect to the scope of “advice” in s. 13(1) of the *FIPPA*.

l’exception », il a pour effet de limiter l’application de l’exception prévue au par. 13(1) d’une manière qui n’a pas fait l’objet d’un examen par la commission, ni n’a par ailleurs été recommandée dans son rapport. J’en infère que l’équilibre voulu par le législateur entre le droit d’accès à l’information et l’exception applicable aux « conseils » a été établi par l’inclusion du par. 13(2) et de l’art. 23, plutôt que par quelque limitation non énoncée de la portée du mot « conseils » employé au par. 13(1).

[38] Outre les différences de nature substantielle entre la Loi et le rapport de la commission Williams, le contexte dans lequel le rapport a été rédigé et les événements survenus entre sa publication et l’adoption de la *LAIPVP* me font également hésiter à lui accorder beaucoup d’importance aux fins de la détermination de l’intention du législateur quant à la portée du par. 13(1). Le rapport a été déposé en 1980, soit huit ans avant l’adoption de la *LAIPVP*. Au début des années 1980, un projet de loi sur l’accès à l’information a été présenté à l’assemblée législative, mais il n’a jamais été adopté. On doit la *LAIPVP* à un autre gouvernement, qui l’a adoptée quelques années plus tard.

[39] De plus, au moment de la rédaction du rapport, la loi fédérale américaine *Freedom of Information Act*, 5 U.S.C. § 552 (1970), était le principal modèle de loi sur l’accès à l’information dont disposait la commission. Dans son rapport, cette dernière examine le régime américain en détail à la rubrique portant sur l’exception relative aux conseils ou aux recommandations. Elle ne fait que brièvement état du projet de loi canadien qui a précédé la *Loi sur l’accès à l’information*. Il est révélateur que le par. 13(1) ne ressemble à aucune disposition de la loi américaine examinée par la commission Williams (p. 290, 292-293). Il s’apparente plutôt en substance à la disposition sur les conseils ou les recommandations du projet de loi fédéral antérieur et de la loi fédérale adoptée après la publication du rapport (*Loi sur l’accès à l’information*, al. 21(1)b)). En toute déférence, j’estime donc qu’on ne saurait présumer que le rapport permet de bien cerner l’intention du législateur quant à la portée du mot « conseils » employé au par. 13(1) de la *LAIPVP*.

[40] It was argued that the access to information statutes of eight other provinces have provisions that are similar to s. 13(1) but that explicitly exempt “policy options” from disclosure (see citations for provincial provisions in John Doe factum, at para. 80). Mr. Doe submits that inclusion of policy options in the legislation of these other provinces indicates that “advice” as used in the Ontario statute must be interpreted to exclude policy options. Although interpretation of a statute may be informed by reference to similar statutes in other jurisdictions, such comparative analysis is not conclusive (Sullivan, at p. 419). This is particularly true here where the inclusion of the term “policy options” in the statutes of the other provinces occurred after the enactment of s. 13(1) of the *FIPPA*. I cannot infer that policy options are excluded from “advice” in s. 13(1) simply because the Ontario legislature did not amend the section in response to how other provinces subsequently chose to draft their access to information legislation.

(4) Purpose

[41] Section 1 sets forth the purpose of the *FIPPA*. Reflecting the public interest in access to information, it establishes a presumption in favour of granting access. Chief Justice McLachlin and Justice Abella explain in *Ontario v. CLA*:

Access to information in the hands of public institutions can increase transparency in government, contribute to an informed public, and enhance an open and democratic society.

. . . Open government requires that the citizenry be granted access to government records when it is necessary to meaningful public debate on the conduct of government institutions. [Emphasis added; paras. 1 and 37.]

[40] On allègue que les lois sur l'accès à l'information de huit autres provinces comprennent des dispositions semblables au par. 13(1), mais que celles-ci soustraient explicitement à la communication les documents qui font état d'« un choix de politiques » (se reporter au par. 80 du mémoire de M. Untel pour les renvois aux dispositions provinciales). M. Untel fait valoir que la mention des documents contenant un choix de politiques dans les dispositions de ces autres ressorts permet de conclure que le mot « conseils » employé dans la loi ontarienne doit être interprété de façon à exclure de tels documents. Même si, pour interpréter une loi, il peut être utile de consulter les lois apparentées d'autres ressorts, la comparaison n'est pas déterminante (Sullivan, p. 419). La démarche est d'autant moins pertinente que le terme « choix de politiques » a été ajouté aux dispositions des autres provinces après l'adoption du par. 13(1) de la *LAIPVP*. Je ne peux inférer que le choix de politiques échappe à la portée du mot « conseils » employé au par. 13(1) du seul fait que le législateur ontarien n'a pas modifié cette disposition pour s'aligner sur le texte subséquent des dispositions des autres ressorts en matière d'accès à l'information.

(4) Objet

[41] L'article premier de la *LAIPVP* énonce son objet. Conformément à l'intérêt public lié à l'accès à l'information, il établit une présomption en faveur de l'accès à l'information. Dans *Ontario c. CLA*, la juge en chef McLachlin et la juge Abella expliquent :

L'accès à l'information détenue par les institutions publiques peut accroître la transparence du gouvernement, aider le public à se former une opinion éclairée et favoriser une société ouverte et démocratique.

. . . Pour que le gouvernement œuvre de manière transparente, il faut que l'ensemble des citoyens puisse avoir accès aux documents gouvernementaux lorsque cela est nécessaire pour la tenue d'un débat public significatif sur la conduite d'institutions gouvernementales. [Je souligne; par. 1 et 37.]

However, s. 1 also recognizes that the presumption must be rebuttable in a limited number of specific circumstances according to the mandatory or optional exemptions provided for in the Act.

[42] The scheme of the Act reflects its purpose. The head of the institution that controls or has custody of the requested records, and who has knowledge of their content and the impact of their release, has the primary responsibility for determining whether one of the exemptions applies to the requested records. In the case of a discretionary exemption, he also has the responsibility of determining whether that exemption should be invoked. However, the Act gives the ultimate power over releasing the information to the IPC, subject to judicial review.

[43] The purpose of exempting advice or recommendations within government institutions was addressed in the Williams Commission Report and later jurisprudence. It is to preserve an effective and neutral public service so as to permit public servants to provide full, free and frank advice. The report discussed the concern that failing to exempt such material risks having advice or recommendations that are less candid and complete, and the public service no longer being perceived as neutral. Although the report suggested that some of these concerns were exaggerated, it acknowledged that “it is difficult to weigh accurately the force of these arguments and predict with confidence the precise results of greater openness with respect to the deliberative decision-making processes of government” (pp. 289-90). Although I would not give the report much weight in defining the scope of s. 13(1), I accept that its discussion of the purpose of s. 13(1) is accurate.

[44] In my opinion, Evans J. (as he then was) in *Canadian Council of Christian Charities v. Canada (Minister of Finance)*, [1999] 4 F.C. 245, persuasively explained the rationale for the exemption for advice given by public servants. Although written about the equivalent federal exemption, the purpose

Cependant, l’article premier reconnaît également que la présomption est réfutable dans un certain nombre de cas précis, selon les exceptions obligatoires ou facultatives prévues par la Loi.

[42] L’économie de la Loi reflète son objet. C’est à la personne responsable de l’institution qui a la garde ou le contrôle des documents demandés et qui connaît leur teneur et les répercussions de leur communication qu’il incombe au premier chef de déterminer si l’une ou l’autre des exceptions s’applique. Dans le cas d’une exception discrétionnaire, il lui incombe également de décider s’il convient ou non de l’invoquer pour refuser la communication. Toutefois, la Loi confère à la Commissaire le pouvoir final de communiquer ou non l’information, sous réserve d’un contrôle judiciaire.

[43] L’objet de l’exception visant les conseils ou les recommandations au sein des institutions gouvernementales a été examiné dans le rapport de la commission Williams et dans la jurisprudence ultérieure. L’exception a pour objet de garantir l’efficacité et la neutralité de la fonction publique afin que les fonctionnaires puissent donner des conseils de manière complète, ouverte et franche. Le rapport mentionne le risque que l’omission de soustraire ces éléments à la communication compromette l’exhaustivité des conseils ou des recommandations formulés et la sincérité de leurs auteurs et porte ainsi atteinte à l’image de neutralité de la fonction publique. Même s’il indique que certaines craintes sont exagérées à cet égard, le rapport reconnaît qu’[TRADUCTION] « il est difficile de déterminer avec précision la valeur de ces prétentions et de prévoir avec certitude les résultats précis d’une transparence accrue des processus de délibération et de prise de décision de l’État » (p. 289-290). J’accorde peu d’importance au rapport aux fins de définir la portée du par. 13(1), mais je reconnais la justesse de son analyse de l’objet du par. 13(1).

[44] À mon avis, dans *Conseil canadien des œuvres de charité chrétiennes c. Canada (Ministre des Finances)*, [1999] 4 C.F. 245, le juge Evans (plus tard juge de la Cour d’appel fédérale) explique de façon convaincante la raison d’être de l’exception relative aux conseils des fonctionnaires.

and function of the federal and Ontario advice and recommendations exemptions are the same. I cannot improve upon the language of Evans J. and his explanation and I adopt them as my own:

To permit or to require the disclosure of advice given by officials, either to other officials or to ministers, and the disclosure of confidential deliberations within the public service on policy options, would erode government's ability to formulate and to justify its policies.

It would be an intolerable burden to force ministers and their advisors to disclose to public scrutiny the internal evolution of the policies ultimately adopted. Disclosure of such material would often reveal that the policy-making process included false starts, blind alleys, wrong turns, changes of mind, the solicitation and rejection of advice, and the re-evaluation of priorities and the re-weighing of the relative importance of the relevant factors as a problem is studied more closely. In the hands of journalists or political opponents this is combustible material liable to fuel a fire that could quickly destroy governmental credibility and effectiveness. [paras. 30-31]

[45] Political neutrality, both actual and perceived, is an essential feature of the civil service in Canada (*Osborne v. Canada (Treasury Board)*, [1991] 2 S.C.R. 69, at p. 86; *OPSEU v. Ontario (Attorney General)*, [1987] 2 S.C.R. 2, at pp. 44-45). The advice and recommendations provided by a public servant who knows that his work might one day be subject to public scrutiny is less likely to be full, free and frank, and is more likely to suffer from self-censorship. Similarly, a decision maker might hesitate to even request advice or recommendations in writing concerning a controversial matter if he knows the resulting information might be disclosed. Requiring that such advice or recommendations be disclosed risks introducing actual or perceived partisan considerations into public servants' participation in the decision-making process.

Même s'il se prononce sur l'exception prévue par la loi fédérale, l'objet et la fonction des exceptions relatives aux conseils et aux recommandations prévues par la loi fédérale et par la loi ontarienne sont les mêmes. Je ne saurais m'exprimer avec plus d'éloquence, et je fais mienne l'explication du juge Evans :

Autoriser ou exiger la communication [de conseils] donnés par des fonctionnaires, soit à d'autres fonctionnaires, soit à des ministres, et la communication de délibérations confidentielles au sein de la fonction publique concernant [certains choix de] politiques, éroderaient la capacité du gouvernement de formuler et de justifier ses politiques.

Cela constituerait un fardeau intolérable que de forcer les ministres et leurs conseillers à soumettre à l'examen du public l'évolution interne des politiques qui sont finalement adoptées. La communication de ces renseignements révélerait souvent que le processus d'élaboration des politiques s'accompagne de faux départs, d'impasses, de mauvais virages, de changements d'orientation, de demandes [de conseils] ultérieurement rejetés, de réévaluations des priorités et de repondération de l'importance relative des facteurs pertinents au fur et à mesure de l'analyse du problème. Si ce matériau hautement inflammable tombait entre les mains de journalistes ou d'opposants politiques, il pourrait facilement alimenter un brasier capable de détruire rapidement la crédibilité et l'efficacité du gouvernement. [par. 30-31]

[45] La neutralité politique, qu'elle soit réelle ou apparente, est une caractéristique essentielle de la fonction publique au Canada (*Osborne c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1991] 2 R.C.S. 69, p. 86; *SEFPO c. Ontario (Procureur général)*, [1987] 2 R.C.S. 2, p. 44-45). Le fonctionnaire qui sait que son travail pourrait un jour être soumis à l'examen du public pourrait donner des conseils et faire des recommandations de manière moins complète, ouverte et franche, et serait en même temps davantage susceptible de recourir à l'auto-censure. Aussi, un décideur pourrait même hésiter à demander des conseils ou des recommandations écrits sur un sujet controversé s'il sait que l'information ainsi créée pourrait être divulguée. Exiger la communication de tels conseils ou recommandations risque de faire intervenir des considérations réellement ou apparemment intéressées dans la participation des fonctionnaires au processus décisionnel.

[46] Interpreting “advice” in s. 13(1) as including opinions of a public servant as to the range of alternative policy options accords with the balance struck by the legislature between the goal of preserving an effective public service capable of producing full, free and frank advice and the goal of providing a meaningful right of access.

(5) Application: the Information in the Records Constitutes “Advice”

[47] The policy options in the Records in this case present both an express recommendation against some options and advice regarding all the options. Although only a small section of each Record recommends a preferred course of action for the decision maker to accept or reject, the remaining information in the Records sets forth considerations to take into account by the decision maker in making the decision. The information consists of the opinion of the author of the Record as to advantages and disadvantages of alternative effective dates of the amendments. It was prepared to serve as the basis for making a decision between the presented options. These constitute policy options and are part of the decision-making process. They are “advice” within the meaning of s. 13(1).

C. Advice or Recommendations Do Not Have To Be Communicated

[48] The second issue in the present appeal is whether a record must be communicated in order for s. 13(1) to apply. The IPC Adjudicator answered this question in the affirmative. She found there was “no clear evidence of communication of the information in Records I to V from one person to another” (p. 8). She concluded that it was “not apparent that the information in these five records . . . was communicated to the person being advised and, therefore, used in the Ministry’s deliberative processes” (*ibid.*).

[49] Rosenberg J.A. found that the requirement of the Adjudicator for communication was unreasonable. In his view there was no requirement “that

[46] L’interprétation selon laquelle le mot « conseils » employé au par. 13(1) s’entend notamment du point de vue d’un fonctionnaire sur les différentes politiques possibles est conforme à l’équilibre établi par le législateur entre l’objectif d’une fonction publique efficace, apte à donner des conseils de manière complète, ouverte et franche, et l’objectif de conférer un véritable droit d’accès à l’information.

(5) Application : l’information contenue dans les documents constitue des « conseils »

[47] Le choix de politiques figurant dans les documents visés en l’espèce comporte la recommandation expresse de ne pas retenir certaines solutions et des conseils sur toutes celles envisagées. Bien que seule une petite partie de chacun des documents comporte une recommandation qui privilégie une mesure, que le décideur adoptera ou non, le reste de l’information porte sur les éléments à considérer pour prendre la décision. Cette information comprend le point de vue de l’auteur sur les avantages et les inconvénients des différentes dates d’entrée en vigueur possibles des modifications. Elle a été établie afin de jeter les bases du choix opéré par le décideur. Il s’agit d’un choix de politiques inhérent au processus décisionnel, de « conseils » au sens du par. 13(1).

C. Les conseils ou recommandations n’ont pas à parvenir au destinataire

[48] La seconde question en litige dans le pourvoi est celle de savoir si un document doit avoir été transmis pour que le par. 13(1) s’applique. L’arbitre du bureau de la Commissaire répond par l’affirmative. Elle conclut que [TRADUCTION] « la preuve n’établit pas clairement que l’information contenue dans les documents I à V a été transmise d’une personne à une autre » (p. 8). Selon elle, il n’est « pas évident que l’information contenue dans ces cinq documents [. . .] a été transmise à la personne à qui s’adressaient les conseils et qu’elle a donc servi d’assise à la délibération du ministère » (*ibid.*).

[49] Le juge Rosenberg conclut qu’il était déraisonnable d’exiger que l’information ait été transmise. À son avis, il n’y a nulle exigence que

the information in the records actually went to the final decision-maker” (para. 25). He explained by way of example that it would be “absurd and unreasonable” to protect a record from disclosure because there was evidence it was communicated to the decision maker but to not protect earlier drafts of similar content. Protecting the communicated version would provide an “illusory and meaningless” protection if earlier drafts were not also protected, whether there was evidence they were communicated or not (para. 28). In any event, he found that “[t]he circumstantial evidence in this case [was] overwhelming that all six records were part of the deliberative process that led to a decision by the Minister” (para. 27).

[50] No words in s. 13(1) express a requirement that the advice or recommendations be communicated in order to qualify for exemption from disclosure. A public servant may engage in writing any number of drafts before communicating part or all of their content to another person. The nature of the deliberative process is to draft and redraft advice or recommendations until the writer is sufficiently satisfied that he is prepared to communicate the results to someone else. All the information in those earlier drafts informs the end result even if the content of any one draft is not included in the final version.

[51] Protection from disclosure would indeed be illusory if only a communicated document was protected and not prior drafts. It would also be illusory if drafts were only protected where there is evidence that they led to a final, communicated version. In order to achieve the purpose of the exemption, to provide for the full, free and frank participation of public servants or consultants in the deliberative process, the applicability of s. 13(1) must be ascertainable as of the time the public servant or consultant prepares the advice or recommendations. At that point, there will not have been communication. Accordingly, evidence of actual communication cannot be a requirement for the invocation of s. 13(1). Further, it is implicit in the job of policy development, whether by a public

[TRADUCTION] « l’information des documents a effectivement été remise à la personne ultime » (par. 25). Il explique, à l’aide d’un exemple, qu’il serait « absurde et déraisonnable » de soustraire un document à la communication parce que, selon la preuve, il a été transmis au décideur, et de ne pas protéger une version antérieure au contenu similaire. Il serait « illusoire et dépourvu de sens » de protéger la version transmise si les versions antérieures ne l’étaient pas, peu importe que leur transmission soit établie ou non (par. 28). Quoi qu’il en soit, il statue que, « [e]n l’espèce, une preuve circonstancielle très convaincante établit que les six documents s’inscrivaient dans le processus de délibération qui a mené à la décision du Ministre » (par. 27).

[50] Aucun élément du par. 13(1) n’exige la transmission des conseils ou des recommandations pour que ceux-ci puissent bénéficier de l’exception qui les soustrait à la communication. Un fonctionnaire peut entreprendre la rédaction d’un nombre illimité d’ébauches avant de transmettre leur contenu, en partie ou en totalité, à une autre personne. La nature du processus délibératif suppose la rédaction et la reformulation de conseils ou de recommandations jusqu’à ce que l’auteur s’estime suffisamment prêt à transmettre le résultat de son travail à une autre personne. Toute l’information contenue dans ces ébauches antérieures contribue au résultat final, même si celle que renferme l’une ou l’autre d’entre elles ne figure pas dans la version finale.

[51] La protection serait en effet illusoire si seul le document transmis était soustrait à la communication, pas ses ébauches. Elle serait également illusoire si une ébauche n’était protégée que s’il était démontré qu’elle a mené à la version finale transmise. Pour respecter l’objet de l’exception — faire en sorte que les fonctionnaires ou les experts-conseils participent de manière complète, ouverte et franche au processus délibératif —, l’applicabilité du par. 13(1) doit être susceptible de détermination au moment où ces personnes préparent leurs conseils ou leurs recommandations. À ce stade, il n’y aura pas eu transmission à quiconque. Par conséquent, la preuve de la transmission ne saurait constituer un préalable à l’application du par. 13(1). De plus, la tâche qui consiste à élaborer des politiques,

servant or any other person employed in the service of an institution or a consultant retained by the institution, that there is an intention to communicate any resulting advice or recommendations that may be produced. Accordingly, evidence of an intention to communicate is not required for s. 13(1) to apply as that intention is inherent to the job or retainer.

D. *Exercise of Discretion*

[52] It is important to emphasize that s. 13(1) is a discretionary decision and that heads of institutions must be careful to exercise their discretion lawfully (*Telezone*, at paras. 45, 100, 102, 107-9 and 112-16; *Ontario v. CLA*, at paras. 66, 69 and 71). The Court noted in *Ontario v. CLA*:

The Commissioner may quash the decision not to disclose and return the matter for reconsideration where: the decision was made in bad faith or for an improper purpose; the decision took into account irrelevant considerations; or, the decision failed to take into account relevant considerations. [para. 71]

There is no suggestion here that the exercise of discretion by the head of the institution was questionable.

VI. Conclusion

[53] It was unreasonable for the IPC Order to require disclosure of the Records on the basis that most of their contents did not reveal a suggested course of action. This decision was based on definitions of “advice” and “recommendations” that left no room for the terms to have distinct meanings. It was also unreasonable for the IPC Order to require that there be evidence that information in the Records at issue in this case had been communicated in order to qualify for the s. 13(1) exemption. Policy options prepared in the course of the decision-making process such as those contained in the Records here, whether communicated or not, are within the meaning of “advice or recommendations” in s. 13(1) and qualify for exemption from disclosure.

qu’elle soit confiée à un fonctionnaire ou à une autre personne employée par une institution ou un expert-conseil dont l’institution retient les services, suppose implicitement l’intention de transmettre tous conseils ou recommandations susceptibles d’en résulter. Partant, l’application du par. 13(1) ne requiert pas la preuve de la transmission, celle-ci étant l’objectif inhérent à la fonction ou au mandat.

D. *Exercice du pouvoir discrétionnaire*

[52] Il importe de souligner que la décision visée au par. 13(1) est de nature discrétionnaire et que le responsable de l’institution doit exercer son pouvoir conformément à la loi (*Telezone*, par. 45, 100, 102, 107-109 et 112-116; *Ontario c. CLA*, par. 66, 69 et 71). Comme le signale la Cour dans *Ontario c. CLA* :

La Commissaire peut annuler la décision de ne pas [communiquer] et renvoyer l’affaire pour réexamen lorsque : la décision a été prise de mauvaise foi ou était mal fondée; la décision a pris en compte des considérations non pertinentes; ou la décision a été prise en omettant de tenir compte de facteurs pertinents. [par. 71]

Rien ne laisse croire en l’espèce que l’exercice du pouvoir discrétionnaire de la personne responsable de l’institution était contestable.

VI. Conclusion

[53] Il était déraisonnable que, dans son ordonnance, la Commissaire exige la communication des documents au motif que la teneur de la plupart d’entre eux ne révélait aucune mesure préconisée. La décision reposait sur des définitions des termes « conseils » et « recommandations » qui ne permettraient pas que ceux-ci aient des portées différentes. Il était également déraisonnable d’exiger la preuve que l’information contenue dans les documents en cause ait été transmise pour que ceux-ci puissent bénéficier de l’exception prévue au par. 13(1). Un choix de politiques préparé dans le cadre d’un processus décisionnel comme celui contenu dans les documents en cause, qu’il ait été transmis ou non, répond à la définition des mots « conseils ou [...] recommandations » employés au par. 13(1). Il bénéficie donc de l’exception à la communication.

[54] Under s. 10(2) of the *FIPPA*, “as much of the record as can reasonably be severed without disclosing the information that falls under one of the exemptions” *must* be disclosed. In the IPC Order, the Adjudicator noted that had the Records been communicated, she would have severed the Records and only exempted “information which suggests a course of action that will ultimately be accepted or rejected by the person being advised” (p. 9). However, the Adjudicator was applying an unreasonable definition of “advice”. These reasons have interpreted “advice” as including policy options. Because the Records constitute policy options in their entirety, they are not amenable to being severed. Accordingly, they qualify for exemption from disclosure in their entirety.

[55] The Records contain “recommendations” and “advice” and are eligible for exemption under s. 13(1) of the *FIPPA*. The appeal should be dismissed. No useful purpose would be served by remitting the matter to the IPC for redetermination. As agreed by the parties, no costs are awarded.

APPENDIX

Freedom of Information and Protection of Privacy Act, R.S.O. 1990, c. F.31

1. [Purposes] The purposes of this Act are,
 - (a) to provide a right of access to information under the control of institutions in accordance with the principles that,
 - (i) information should be available to the public,
 - (ii) necessary exemptions from the right of access should be limited and specific, and
 - (iii) decisions on the disclosure of government information should be reviewed independently of government; and
 - (b) to protect the privacy of individuals with respect to personal information about themselves held

[54] Suivant le par. 10(2) de la *LAIPVP*, « la partie du document qui peut raisonnablement en être extraite sans divulguer [l’information faisant l’objet de l’une des exceptions] » *doit* être communiquée. Dans l’ordonnance de la Commissaire, l’arbitre signale que, si les documents avaient été transmis, elle les aurait caviardés et n’aurait soustrait à la communication que [TRADUCTION] « l’information qui préconise une mesure qui sera finalement acceptée ou rejetée par la personne conseillée » (p. 9). Or, l’arbitre applique une définition déraisonnable du terme « conseils ». Les présents motifs assimilent un choix de politiques à des « conseils ». Les documents constituant dans leur ensemble un choix de politiques, ils ne se prêtent pas au caviardage. Ils sont donc entièrement visés par l’exception à la communication.

[55] Les documents renferment des « recommandations » et des « conseils » et peuvent faire l’objet de l’exception prévue au par. 13(1) de la *LAIPVP*. Le pourvoi doit être rejeté. Il serait inutile de renvoyer l’affaire à la Commissaire pour qu’elle rende une nouvelle décision. Avec l’accord des parties, nuls dépens ne sont adjugés.

ANNEXE

Loi sur l’accès à l’information et la protection de la vie privée, L.R.O. 1990, ch. F.31

1. [Objets] La présente loi a pour objets :
 - a) de procurer un droit d’accès à l’information régie par une institution conformément aux principes suivants :
 - (i) l’information doit être accessible au public,
 - (ii) les exceptions au droit d’accès doivent être limitées et précises,
 - (iii) les décisions relatives à la divulgation de l’information ayant trait au gouvernement devraient faire l’objet d’un examen indépendant du gouvernement;
 - b) de protéger la vie privée des particuliers que concernent les renseignements personnels détenus

by institutions and to provide individuals with a right of access to that information.

par une institution et accorder à ces particuliers un droit d'accès à ces renseignements.

. . .

. . .

PART II

PARTIE II

FREEDOM OF INFORMATION

ACCÈS À L'INFORMATION

ACCESS TO RECORDS

ACCÈS AUX DOCUMENTS

10. . . .

10. . . .

(2) [Severability of record] If an institution receives a request for access to a record that contains information that falls within one of the exemptions under sections 12 to 22 and the head of the institution is not of the opinion that the request is frivolous or vexatious, the head shall disclose as much of the record as can reasonably be severed without disclosing the information that falls under one of the exemptions.

(2) [Extrait du document] Si une institution reçoit une demande d'accès à un document qui contient des renseignements faisant l'objet d'une exception aux termes des articles 12 à 22 et que la personne responsable de l'institution n'est pas d'avis que la demande est frivole ou vexatoire, elle divulgue la partie du document qui peut raisonnablement en être extraite sans divulguer ces renseignements.

. . .

. . .

EXEMPTIONS

EXCEPTIONS

12. — (1) [Cabinet records] A head shall refuse to disclose a record where the disclosure would reveal the substance of deliberations of the Executive Council or its committees, including,

12. (1) [Documents du Conseil exécutif] La personne responsable refuse de divulguer un document qui aurait pour effet de révéler l'objet des délibérations du Conseil exécutif ou de ses comités, notamment :

. . .

. . .

- (b) a record containing policy options or recommendations submitted, or prepared for submission, to the Executive Council or its committees;
- (c) a record that does not contain policy options or recommendations referred to in clause (b) and that does contain background explanations or analyses of problems submitted, or prepared for submission, to the Executive Council or its committees for their consideration in making decisions, before those decisions are made and implemented;

- b) le document qui relate un choix de politiques ou des recommandations qui ont été ou qui seront présentées au Conseil exécutif ou à ses comités;
- c) le document qui ne relate pas le choix de politiques ou les recommandations visées à l'alinéa b) mais qui contient les données de base ou les études menées sur certaines questions qui ont été ou qui seront présentées au Conseil exécutif ou à ses comités comme guides dans l'élaboration de leurs décisions avant que ces décisions ne soient prises ou mises à effet;

. . .

. . .

(2) [Exception] Despite subsection (1), a head shall not refuse under subsection (1) to disclose a record where,

(2) [Exception] Malgré le paragraphe (1), la personne responsable ne doit pas refuser de divulguer un document en vertu de ce paragraphe si, selon le cas :

- (a) the record is more than twenty years old; or
- (b) the Executive Council for which, or in respect of which, the record has been prepared consents to access being given.

13. — (1) [Advice to government] A head may refuse to disclose a record where the disclosure would reveal advice or recommendations of a public servant, any other person employed in the service of an institution or a consultant retained by an institution.

(2) [Exception] Despite subsection (1), a head shall not refuse under subsection (1) to disclose a record that contains,

- (a) factual material;
- (b) a statistical survey;
- (c) a report by a valuator, whether or not the valuator is an officer of the institution;
- (d) an environmental impact statement or similar record;
- (e) a report of a test carried out on a product for the purpose of government equipment testing or a consumer test report;
- (f) a report or study on the performance or efficiency of an institution, whether the report or study is of a general nature or is in respect of a particular program or policy;
- (g) a feasibility study or other technical study, including a cost estimate, relating to a government policy or project;
- (h) a report containing the results of field research undertaken before the formulation of a policy proposal;
- (i) a final plan or proposal to change a program of an institution, or for the establishment of a new program, including a budgetary estimate for the program, whether or not the plan or proposal is subject to approval, unless the plan or proposal is to be submitted to the Executive Council or its committees;
- (j) a report of an interdepartmental committee task force or similar body, or of a committee or task

- a) le document date de plus de vingt ans;
- b) le Conseil exécutif concerné donne son consentement à la divulgation.

13. (1) [Conseils au gouvernement] La personne responsable peut refuser de divulguer un document qui aurait pour effet de révéler les conseils ou les recommandations émanant d'un fonctionnaire, d'une personne employée par une institution ou d'un expert-conseil dont les services ont été retenus par cette institution.

(2) [Exceptions] Malgré le paragraphe (1), la personne responsable ne doit pas refuser, en vertu de ce paragraphe, de divulguer un document qui comporte l'un des éléments suivants :

- a) de la documentation portant sur des faits;
- b) un sondage statistique;
- c) le rapport d'un estimateur, que ce dernier soit ou non un dirigeant de l'institution;
- d) un rapport sur d'éventuelles répercussions sur l'environnement ou un document semblable;
- e) le rapport qui porte sur l'essai d'un produit relié à la mise à l'épreuve de pièces d'équipement appartenant au gouvernement ou le résultat d'un test mené à l'intention des consommateurs;
- f) le rapport ou le résultat d'une étude relative au rendement ou à l'efficacité d'une institution, que ce rapport ou cette étude soient d'ordre général ou portent sur un programme ou une politique en particulier;
- g) une étude de faisabilité ou autre étude technique, y compris une estimation des coûts, reliée à une politique ou à un projet gouvernementaux;
- h) le rapport qui comporte les résultats d'une recherche effectuée sur le terrain préalablement à la formulation d'une politique proposée;
- i) la proposition ou le plan définitifs en vue de la modification d'un programme existant ou de l'établissement d'un nouveau programme d'une institution, y compris son estimation budgétaire, que cette proposition ou ce plan soient subordonnés ou non à une approbation quelconque, sauf s'ils doivent être présentés au Conseil exécutif ou à ses comités;
- j) le rapport du groupe de travail d'un comité interministériel ou d'une entité semblable ou

force within an institution, which has been established for the purpose of preparing a report on a particular topic, unless the report is to be submitted to the Executive Council or its committees;

- (k) a report of a committee, council or other body which is attached to an institution and which has been established for the purpose of undertaking inquiries and making reports or recommendations to the institution;
- (l) the reasons for a final decision, order or ruling of an officer of the institution made during or at the conclusion of the exercise of discretionary power conferred by or under an enactment or scheme administered by the institution, whether or not the enactment or scheme allows an appeal to be taken against the decision, order or ruling, whether or not the reasons,
 - (i) are contained in an internal memorandum of the institution or in a letter addressed by an officer or employee of the institution to a named person, or
 - (ii) were given by the officer who made the decision, order or ruling or were incorporated by reference into the decision, order or ruling.

(3) [Idem] Despite subsection (1), a head shall not refuse under subsection (1) to disclose a record where the record is more than twenty years old or where the head has publicly cited the record as the basis for making a decision or formulating a policy.

23. [Exemptions not to apply] An exemption from disclosure of a record under sections 13, 15, 17, 18, 20, 21 and 21.1 does not apply where a compelling public interest in the disclosure of the record clearly outweighs the purpose of the exemption.

Access to Information Act, R.S.C. 1985, c. A-1

2. (1) [Purpose] The purpose of this Act is to extend the present laws of Canada to provide a right of access to information in records under the control of a government institution in accordance with the principles that

celui d'un comité ou d'un groupe de travail internes d'une institution chargés de dresser un rapport sur une question précise, sauf si ce rapport doit être présenté au Conseil exécutif ou à ses comités;

- k) le rapport d'un comité, d'un conseil ou d'une autre entité liés à une institution et constitués dans le but de mener des enquêtes suivies de rapports ou de recommandations destinés à cette institution;
- l) les motifs à l'appui de la décision, de l'arrêté, de l'ordonnance, de l'ordre ou de la directive définitifs du dirigeant d'une institution et rendus à la fin ou au cours de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire conféré par un texte législatif ou un projet mis en application par cette institution, ou en vertu de ceux-ci, qu'il soit permis ou non aux termes du texte législatif ou du projet d'interjeter appel de ces décisions, arrêtés, ordonnances, ordres ou directives. Ce qui précède s'applique, que ces motifs :
 - (i) figurent ou non dans une note de service qui émane de l'institution ou dans la lettre d'un dirigeant ou d'un employé de cette institution, destinée à une personne donnée,
 - (ii) aient été ou non exposés par le dirigeant qui a rendu cette décision ou directive ou cet ordre que ces motifs y soient incorporés par renvoi ou non.

(3) [Idem] Malgré le paragraphe (1), la personne responsable ne doit pas refuser, en vertu de ce paragraphe, de divulguer un document si le document date de plus de vingt ans ou si la personne responsable l'a publiquement cité comme ayant servi de fondement à une décision ou à la formulation d'une politique.

23. [Non-application des exceptions] L'exception à la divulgation visée aux articles 13, 15, 17, 18, 20, 21 et 21.1 ne s'applique pas si la nécessité manifeste de divulguer le document dans l'intérêt public l'emporte sans conteste sur la fin visée par l'exception.

Loi sur l'accès à l'information, L.R.C. 1985, ch. A-1

2. (1) [Objet] La présente loi a pour objet d'élargir l'accès aux documents de l'administration fédérale en consacrant le principe du droit du public à leur communication, les exceptions indispensables à ce droit

government information should be available to the public, that necessary exceptions to the right of access should be limited and specific and that decisions on the disclosure of government information should be reviewed independently of government.

21. (1) [Advice, etc.] The head of a government institution may refuse to disclose any record requested under this Act that contains

- (a) advice or recommendations developed by or for a government institution or a minister of the Crown,

. . .

if the record came into existence less than twenty years prior to the request.

Freedom of Information Act, 5 U.S.C. § 552 (1970)

- (a) Each agency shall make available to the public information as follows:

. . .

- (b) This section does not apply to matters that are—

. . .

(5) inter-agency or intra-agency memorandums or letters which would not be available by law to a party other than an agency in litigation with the agency . . .

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellant John Doe: Fasken Martineau DuMoulin, Toronto.

Solicitor for the appellant the Information and Privacy Commissioner of Ontario: Information and Privacy Commissioner of Ontario, Toronto.

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

étant précises et limitées et les décisions quant à la communication étant susceptibles de recours indépendants du pouvoir exécutif.

21. (1) [Avis, etc.] Le responsable d'une institution fédérale peut refuser la communication de documents datés de moins de vingt ans lors de la demande et contenant :

- a) des avis ou recommandations élaborés par ou pour une institution fédérale ou un ministre . . .

Freedom of Information Act, 5 U.S.C. § 552 (1970)

[TRADUCTION]

- a) Chaque organisme met à la disposition du public l'information suivante

. . .

- b) Le présent article ne s'applique pas :

. . .

(5) aux notes de service ou lettres échangées au sein d'un organisme ou entre des organismes et dont la loi n'autoriserait pas la communication à une autre personne qu'un organisme qui est partie à un litige qui l'oppose à l'organisme . . .

Pourvoi rejeté.

Procureurs de l'appellant M. Untel : Fasken Martineau DuMoulin, Toronto.

Procureur de l'appelante la Commissaire à l'information et à la protection de la vie privée de l'Ontario : Commissaire à l'information et à la protection de la vie privée de l'Ontario, Toronto.

Procureur de l'intimé : Procureur général de l'Ontario, Toronto.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: Attorney General of Canada, Winnipeg.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada : Procureur général du Canada, Winnipeg.

Solicitor for the intervener the Attorney General of British Columbia: Attorney General of British Columbia, Victoria.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique : Procureur général de la Colombie-Britannique, Victoria.

Solicitor for the interveners the Information and Privacy Commissioner of Alberta, the Freedom of Information and Protection of Privacy Commissioner [Review Officer] for Nova Scotia and the Information and Privacy Commissioner of Prince Edward Island: Office of the Information and Privacy Commissioner of Alberta, Edmonton.

Procureur des intervenants Information and Privacy Commissioner of Alberta, Freedom of Information and Protection of Privacy Commissioner [Review Officer] for Nova Scotia et Information and Privacy Commissioner of Prince Edward Island : Office of the Information and Privacy Commissioner of Alberta, Edmonton.

Solicitors for the intervener the British Columbia Freedom of Information and Privacy Association: Hunter Litigation Chambers, Vancouver.

Procureurs de l'intervenante British Columbia Freedom of Information and Privacy Association : Hunter Litigation Chambers, Vancouver.

Solicitors for the intervener the Information and Privacy Commissioner of British Columbia: Lovett Westmacott, Vancouver.

Procureurs de l'intervenant Information and Privacy Commissioner of British Columbia : Lovett Westmacott, Vancouver.

Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Blake, Cassels & Graydon, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : Blake, Cassels & Graydon, Toronto.

Minister of Citizenship and Immigration and Minister of Public Safety and Emergency Preparedness *Appellants/ Respondents on cross-appeal*

v.

Mohamed Harkat *Respondent/Appellant on cross-appeal*

and

Attorney General of Ontario, British Columbia Civil Liberties Association, Canadian Council of Criminal Defence Lawyers, Canadian Civil Liberties Association, Canadian Bar Association, Canadian Association of Refugee Lawyers, Canadian Council for Refugees, International Civil Liberties Monitoring Group, Canadian Council on American-Islamic Relations (now known as National Council of Canadian Muslims), Amnesty International and Criminal Lawyers' Association (Ontario) *Interveners*

INDEXED AS: CANADA (CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) v. HARKAT

2014 SCC 37

File No.: 34884.

2013: October 10, 11; 2014: May 14.

Present: McLachlin C.J. and LeBel, Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis and Wagner JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Constitutional law — Charter of Rights — Right to life, liberty and security of person — Certificate issued against foreign national stating that he is inadmissible to Canada on national security grounds for allegedly engaging in terrorism — Named person challenging

Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration et Ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile *Appellants/ Intimés au pourvoi incident*

c.

Mohamed Harkat *Intimé/Appelant au pourvoi incident*

et

Procureur général de l'Ontario, Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique, Conseil canadien des avocats de la défense, Association canadienne des libertés civiles, Association du barreau canadien, Association canadienne des avocats et avocates en droit des réfugiés, Conseil canadien pour les réfugiés, Coalition pour la surveillance internationale des libertés civiles, Canadian Council on American-Islamic Relations (maintenant connu sous le nom de Conseil national des musulmans canadiens), Amnistie internationale et Criminal Lawyers' Association (Ontario) *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : CANADA (CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION) c. HARKAT

2014 CSC 37

N° du greffe : 34884.

2013 : 10, 11 octobre; 2014 : 14 mai.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges LeBel, Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis et Wagner.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne — Certificat délivré contre un étranger attestant que cette personne est interdite de territoire au Canada pour raison de sécurité nationale parce qu'elle se serait livrée

constitutionality of security certificate scheme on grounds that it prevents full disclosure and personal participation in hearings — Whether scheme under which security certificate issued deprives named person of right to life, liberty and security of person in accordance with principles of fundamental justice — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7 — Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, ss. 77(2), 83(1)(c), (d), (e), (h), (i), 85.4(2), 85.5(b).

Immigration — Inadmissibility and removal — National security — Certificate issued against foreign national stating that he is inadmissible to Canada on national security grounds for allegedly engaging in terrorism — Judge reviewing reasonableness of certificate finding sufficient evidence to demonstrate that certificate was reasonable and upholding certificate — Whether designated judge erred in concluding that certificate was reasonable.

Evidence — Privilege — Informer privilege — Information used against named person obtained by CSIS from human sources — Whether CSIS human sources are covered by class privilege — Whether CSIS human sources can be cross-examined.

Constitutional law — Charter of Rights — Procedural fairness — Duty to disclose — Remedy — Summaries of intercepted conversations tendered as evidence against named person — Source materials for summaries destroyed in accordance with internal policy of CSIS — Whether destruction of source materials breached named person's right to procedural fairness — Whether designated judge erred in refusing to exclude summaries of intercepted conversations — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 24(1).

Stay of proceedings — Duties of candour and utmost good faith — Fairness of process — Ex parte proceedings — Review of reasonableness of security certificate — Whether ministers made reasonable efforts to obtain information sought by special advocates — Whether ministers breached duties of candour and utmost good faith — Whether proceedings against named person were fair — Whether named person entitled to stay of proceedings.

à des activités terroristes — Constitutionnalité du régime des certificats de sécurité contestée par la personne visée au motif qu'il empêche la divulgation complète et sa participation personnelle aux audiences — Le régime en vertu duquel sont délivrés les certificats de sécurité prive-t-il la personne visée de son droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne d'une manière conforme aux principes de justice fondamentale? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7 — Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 77(2), 83(1)c), d), e), h), i), 85.4(2), 85.5b).

Immigration — Interdiction de territoire et renvoi — Sécurité nationale — Certificat délivré contre un étranger atteste que cette personne est interdite de territoire au Canada pour raison de sécurité nationale parce qu'elle se serait livrée à des activités terroristes — Juge chargé de se prononcer sur le caractère raisonnable du certificat d'avis qu'il y a une preuve suffisante pour l'établir et confirme la validité du certificat en question — Le juge désigné a-t-il commis une erreur en concluant au caractère raisonnable du certificat?

Preuve — Privilège — Privilège relatif aux indicateurs — Renseignements utilisés contre la personne visée obtenus par le SCRS de sources humaines — Les sources humaines du SCRS sont-elles protégées par un privilège générique? — Les sources humaines du SCRS peuvent-elles être contre-interrogées?

Droit constitutionnel — Charte des droits — Équité procédurale — Obligation de divulgation — Réparation — Résumés de conversations interceptées produits en preuve contre la personne visée — Documents à l'origine des résumés détruits conformément à une politique interne du SCRS — La destruction des documents à l'origine des résumés a-t-elle porté atteinte au droit à l'équité procédurale de la personne visée? — Le juge désigné a-t-il commis une erreur en refusant d'exclure les résumés des conversations interceptées? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 24(1).

Arrêt des procédures — Obligations de franchise et de bonne foi la plus absolue — Équité du processus — Procédures ex parte — Examen du caractère raisonnable du certificat de sécurité — Les ministres ont-ils fourni des efforts raisonnables pour obtenir les renseignements demandés par les avocats spéciaux? — Les ministres ont-ils manqué à leurs obligations de franchise et de bonne foi la plus absolue? — Les procédures contre la personne visée étaient-elles équitables? — La personne visée a-t-elle droit à l'arrêt des procédures?

H is alleged to have come to Canada for the purpose of engaging in terrorism. In 2002, a security certificate was issued against H under the scheme then contained in the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (“*IRPA*”). The certificate declared H inadmissible to Canada on national security grounds. After a successful constitutional challenge of the then existing *IRPA* security certificate scheme and subsequent amendments to the *IRPA*, a second security certificate was issued against H and referred to the Federal Court for a determination as to its reasonableness. During the proceedings, the special advocates appointed to protect the interests of H in the closed hearings sought to obtain disclosure of the identity of human sources who provided information regarding H to the Canadian Security Intelligence Service (“*CSIS*”) as well as permission to interview and to cross-examine them. The designated judge rejected their request, finding that the common law police informer privilege should be extended to cover *CSIS* human sources. The designated judge also rejected their request to compel the ministers to obtain updated information from foreign intelligence agencies on several alleged terrorists with whom H was claimed to have associated. In addition, H’s request to exclude from the evidence summaries of intercepted conversations on the ground that the original recordings and notes of these conversations were destroyed pursuant to *CSIS* policy OPS-217 was refused by the designated judge. The designated judge found the security certificate scheme under the amended *IRPA* to be constitutional, and concluded that the certificate declaring H inadmissible to Canada was reasonable. On appeal, the Federal Court of Appeal upheld the constitutionality of the scheme but found that the identity of *CSIS* human sources is not protected by privilege. It also excluded from the evidence the summaries of intercepted conversations to which H had not been privy, and remitted the matter to the designated judge for redetermination on the basis of what remained of the record after the exclusion of the summaries.

Held (Abella and Cromwell JJ. dissenting in part on the appeal): The appeal should be allowed in part. The cross-appeal should be dismissed. The *IRPA* scheme is constitutional. *CSIS* human sources are not protected by a class privilege. The designated judge’s conclusion that the security certificate was reasonable is reinstated.

Selon les allégations, H serait entré au Canada pour se livrer à des activités terroristes. En 2002, un certificat de sécurité a été délivré contre lui conformément au régime alors établi par la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (« *LIPR* »). Selon ce certificat, H était interdit de territoire au Canada pour raison de sécurité nationale. Après la contestation constitutionnelle couronnée de succès du régime de la *LIPR* relatif aux certificats de sécurité qui était alors en vigueur et les modifications subséquentes de cette loi, un deuxième certificat de sécurité a été délivré contre H et déposé à la Cour fédérale pour que celle-ci décide de son caractère raisonnable. Au cours de la procédure, les avocats spéciaux nommés pour défendre les intérêts de H durant les audiences à huis clos ont tenté d’obtenir la divulgation de l’identité des sources humaines ayant fourni au Service canadien du renseignement de sécurité (« *SCRS* ») des renseignements relatifs à H, ainsi que l’autorisation de les questionner et de les contre-interroger. Le juge désigné a rejeté leur demande, concluant que le privilège de police devrait être élargi et s’appliquer également aux sources humaines du *SCRS*. Il a également rejeté leur demande visant à contraindre les ministres à obtenir d’organismes étrangers de renseignement des informations à jour sur plusieurs présumés terroristes avec lesquels H se serait associé. Il a aussi rejeté la demande de H pour faire exclure de la preuve les résumés des conversations interceptées au motif que les enregistrements originaux et les notes concernant ces conversations avaient été détruits conformément à la politique OPS-217 du *SCRS*. Selon le juge désigné, le régime des certificats de sécurité établi par la *LIPR* modifiée est constitutionnel et le certificat attestant que H est interdit de territoire au Canada est raisonnable. En appel, la Cour d’appel fédérale a confirmé la constitutionnalité du régime, mais a conclu que l’identité des sources humaines du *SCRS* n’était pas protégée par un privilège. Elle a également exclu de la preuve les résumés des conversations interceptées auxquelles H n’avait pas participé, et elle a renvoyé l’affaire au juge désigné pour que celui-ci rende un nouveau jugement en se fondant sur ce qu’il restait du dossier après l’exclusion des résumés.

Arrêt (les juges Abella et Cromwell sont dissidents en partie quant au pourvoi) : Le pourvoi est accueilli en partie. Le pourvoi incident est rejeté. Le régime établi par la *LIPR* est constitutionnel. Les sources humaines du *SCRS* ne sont pas protégées par un privilège générique. La conclusion du juge désigné selon laquelle le certificat de sécurité est raisonnable est rétablie.

Per McLachlin C.J. and LeBel, Rothstein, Moldaver, Karakatsanis and Wagner JJ.:

Constitutionality of IRPA Scheme

The impugned provisions of the *IRPA* scheme are constitutional. They do not violate the named person's right to know and meet the case against him, or the right to have a decision made on the facts and the law. The alleged defects of the *IRPA* scheme must be assessed in light of the scheme's overall design and of the two central principles that guide the scheme: (1) the designated judge is intended to play a gatekeeper role, is vested with broad discretion and must ensure not only that the record supports the reasonableness of the ministers' finding of inadmissibility but also that the overall process is fair; and (2) participation of the special advocates in closed hearings is intended to be a substantial substitute for personal participation by the named person in those hearings. However, the scheme remains an imperfect substitute for full disclosure in an open court, and the designated judge has an ongoing responsibility to assess the overall fairness of the process and to grant remedies under s. 24(1) of the *Charter* where appropriate.

The *IRPA* scheme provides sufficient disclosure to the named person to be constitutionally compliant, since the designated judge has a statutory duty to ensure that the named person is reasonably informed of the case against him or her throughout the proceedings. However, the *IRPA* scheme's requirement that the named person be "reasonably informed" of the case should be read as a recognition that the named person must receive an incompressible minimum amount of disclosure. A named person is "reasonably informed" if he or she has personally received sufficient disclosure to be able to give meaningful instructions to his public counsel and meaningful guidance and information to his or her special advocates which will allow them to challenge the information and evidence presented in the closed hearings. The level of disclosure required for a named person to be reasonably informed is case-specific, depending on the allegations and evidence against him or her. Ultimately, the designated judge is the arbiter of whether this standard has been met.

Only information and evidence that raises a serious risk of injury to national security or danger to the safety of a person can be withheld from the named person. The designated judge must be vigilant and skeptical with

La juge en chef McLachlin et les juges LeBel, Rothstein, Moldaver, Karakatsanis et Wagner :

Constitutionnalité du régime établi par la LIPR

Les dispositions contestées du régime établi par la *LIPR* sont constitutionnelles. Elles n'enfreignent pas le droit de la personne visée de connaître et de contester la preuve qui pèse contre elle, ni son droit à ce qu'une décision soit rendue compte tenu des faits et du droit. Les vices dont serait entaché le régime établi par la *LIPR* doivent être examinés à la lumière de la structure globale du régime et des deux principes fondamentaux autour desquels il s'articule : (1) le juge désigné est censé jouer le rôle de gardien, il est investi d'un large pouvoir discrétionnaire et il doit s'assurer non seulement que le dossier était le caractère raisonnable de la conclusion d'interdiction de territoire tirée par les ministres, mais aussi que l'ensemble du processus est équitable; et (2) la participation des avocats spéciaux aux audiences à huis clos vise à remplacer, pour l'essentiel, la participation personnelle de la personne visée à ces audiences. Toutefois, ce régime demeure un substitut imparfait à la divulgation complète en audience publique, et le juge désigné a la responsabilité tout au long de l'instance d'évaluer l'équité globale du processus et d'accorder des réparations en application du par. 24(1) de la *Charte* lorsqu'il est approprié de le faire.

Le régime établi par la *LIPR* prévoit la divulgation à la personne visée de suffisamment de renseignements pour respecter la Constitution, puisque le juge désigné a l'obligation légale de veiller à ce que cette personne soit suffisamment informée de la thèse contre elle durant l'instance. Cependant, l'exigence du régime établi par la *LIPR* voulant que la personne visée soit « suffisamment informée » de cette thèse doit être considérée comme une reconnaissance de l'obligation de lui fournir une quantité minimale incompressible de renseignements. La personne visée est « suffisamment informée » si elle a reçu elle-même suffisamment de renseignements pour pouvoir donner à ses avocats spéciaux des renseignements qui leur permettront de contester l'information et la preuve présentées aux audiences à huis clos. L'étendue de la divulgation requise pour que la personne visée soit suffisamment informée varie d'une affaire à l'autre, selon les allégations et la preuve contre elle. En dernier ressort, c'est au juge désigné qu'il appartient de décider si cette norme a été respectée.

Seuls les renseignements et les éléments de preuve qui soulèvent un risque sérieux d'atteinte à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui peuvent être soustraits à la connaissance de la personne visée. Le juge désigné

respect to the claims of national security confidentiality and must ensure that only information or evidence which would injure national security or endanger the safety of a person is withheld from the named person. Systematic overclaiming would infringe the named person's right to a fair process or undermine the integrity of the judicial system, requiring a remedy under s. 24(1) of the *Charter*.

The *IRPA* scheme's approach to disclosure, which fails to provide for a balancing of countervailing interests, does not render the scheme unconstitutional. Section 7 of the *Charter* does not require a balancing approach to disclosure; rather, it requires a fair process. Parliament's choice to adopt a categorical prohibition against disclosure of sensitive information, as opposed to a balancing approach, does not as such constitute a breach of the right to a fair process.

The communications restrictions imposed on special advocates do not render the scheme unconstitutional. They are not absolute and can be lifted with judicial authorization, subject to conditions deemed appropriate by the designated judge. The judicial authorization process gives the designated judge a sufficiently broad discretion to allow all communications that are necessary for the special advocates to perform their duties. This broad discretion averts unfairness as the designated judge can ensure that the special advocates function as closely as possible to ordinary counsel in a public hearing. The judge should take a liberal approach in authorizing communications and only refuse authorization where the Minister has demonstrated, on a balance of probabilities, a real risk of injurious disclosure. In addition, the named person and his public counsel can send an unlimited amount of one-way communications to the special advocates at any time throughout the proceedings.

The admission of hearsay evidence or the denial of the opportunity for special advocates to cross-examine sources do not render the *IRPA* scheme unconstitutional. The *IRPA* scheme achieves the purpose of excluding unreliable evidence by alternative means to the rule against hearsay evidence and the right to cross-examine witnesses — it provides the designated judge with broad

doit être vigilant et sceptique quant aux réclamations de confidentialité fondées sur la sécurité nationale et doit garantir que seuls les renseignements ou les éléments de preuve qui porteraient atteinte à la sécurité nationale ou à celle d'autrui sont soustraits à la connaissance de la personne visée. La multiplication systématique des réclamations peut porter atteinte au droit de la personne visée à un processus équitable ou miner l'intégrité du système judiciaire, exigeant ainsi l'octroi d'une réparation en application du par. 24(1) de la *Charte*.

L'approche prévue par le régime établi par la *LIPR* en matière de divulgation — qui ne prévoit pas la mise en balance des intérêts contraires — ne rend pas le régime inconstitutionnel. L'article 7 de la *Charte* n'exige pas l'existence d'une approche de mise en balance quant à la divulgation; il exige plutôt que le processus soit équitable. Le choix du législateur d'une interdiction totale de divulguer les renseignements sensibles — plutôt qu'une approche qui prévoit une mise en balance — ne constitue donc pas une atteinte au droit à un processus équitable.

Les restrictions aux communications auxquelles doivent se conformer les avocats spéciaux ne rendent pas le régime inconstitutionnel. Elles ne sont pas absolues et peuvent être levées par une autorisation judiciaire, aux conditions que le juge désigné estime indiquées. Le recours à l'autorisation judiciaire donne au juge désigné un pouvoir discrétionnaire suffisamment vaste pour autoriser toutes les communications nécessaires pour que les avocats spéciaux s'acquittent de leurs fonctions. Ce vaste pouvoir discrétionnaire prévient l'iniquité parce que le juge désigné peut s'assurer que les avocats spéciaux agissent autant que possible comme le feraient des avocats ordinaires au cours d'audiences publiques. Le juge devrait adopter une approche libérale lorsqu'il est question d'autoriser les communications et ne refuser son autorisation que dans les cas où le ministre a fait la preuve, selon la prépondérance des probabilités, d'un risque réel de préjudice en cas de divulgation. En outre, la personne visée et ses avocats publics peuvent, eux, transmettre aux avocats spéciaux, à tout moment durant les procédures, une quantité illimitée de communications à sens unique.

Admettre des éléments de preuve par ouï-dire ou ne pas donner aux avocats spéciaux la possibilité de contre-interroger certaines sources ne rendent pas le régime établi par la *LIPR* inconstitutionnel. Ce régime atteint l'objectif consistant à écarter les éléments de preuve indignes de foi par d'autres moyens que la règle interdisant le ouï-dire et le droit de contre-interroger

discretion to exclude evidence that is not “reliable and appropriate”, which allows the judge to exclude not only evidence that he or she finds, after a searching review, to be unreliable, but also evidence whose probative value is outweighed by its prejudicial effect against the named person.

Privilege for CSIS Human Sources

CSIS human sources are not protected by a class privilege. First, police informer privilege does not attach to CSIS human sources. The differences between traditional policing and modern intelligence gathering preclude automatically applying traditional police informer privilege to CSIS human sources. While evidence gathered by the police is traditionally used in criminal trials that provide the accused with significant evidentiary safeguards, the intelligence gathered by CSIS may be used to establish criminal conduct in proceedings that have relaxed rules of evidence and allow for the admission of hearsay evidence. Second, this Court should not create a new privilege for CSIS human sources. If Parliament deems it desirable that CSIS human sources’ identities and related information be privileged, it can enact appropriate protections. The *IRPA* scheme already affords broad protection to human sources by precluding the public disclosure of information that would injure national security or endanger a person.

Although the identity of CSIS human sources is not privileged, special advocates do not have an unlimited ability to interview and cross-examine human sources. The discretion of the designated judge to allow the special advocates to interview and cross-examine human sources in a closed hearing should be exercised as a last resort. A generalized practice of calling CSIS human sources before a court, even if only in closed hearings, may have a chilling effect on potential sources and hinder CSIS’s ability to recruit new sources. In this case, there is no need to authorize the exceptional measure of interviewing and cross-examining human sources.

les témoins; il confère au juge désigné le vaste pouvoir discrétionnaire d’exclure des éléments de preuve qui ne seraient pas « dignes de foi et utiles », ce qui lui permet d’exclure non seulement les éléments de preuve qu’il juge, après examen, indignes de foi, mais également ceux dont l’effet préjudiciable à l’endroit de la personne visée l’emporte sur leur valeur probante.

Privilège pour les sources humaines du SCRS

Les sources humaines du SCRS ne sont pas protégées par un privilège générique. Premièrement, le privilège relatif aux indicateurs de police ne vaut pas pour les sources humaines du SCRS. Les différences entre le travail classique des policiers et la collecte moderne de renseignements empêchent d’appliquer systématiquement le privilège d’indicateur de police traditionnel aux sources humaines du SCRS. Les éléments de preuve recueillis par les policiers sont traditionnellement utilisés lors de procès criminels où l’accusé dispose de garanties importantes en matière de preuve, tandis que les renseignements obtenus par le SCRS peuvent servir à établir l’existence d’une conduite criminelle dans une instance où les règles de preuve sont souples et permettent d’admettre une preuve par oui-dire. Deuxièmement, la Cour ne devrait pas créer un nouveau privilège pour les sources humaines du SCRS. Si le législateur juge souhaitable de protéger au moyen d’un privilège l’identité des sources humaines du SCRS et les renseignements connexes, il peut adopter les mesures de protection voulues. Le régime établi par la *LIPR* accorde déjà aux sources humaines une grande protection en interdisant de rendre publics des renseignements dont la divulgation porterait atteinte à la sécurité nationale ou à la sécurité d’autrui.

Même si l’identité des sources humaines du SCRS n’est pas protégée par un privilège, les avocats spéciaux n’ont pas pour autant un droit illimité de questionner et de contre-interroger ces sources. Le pouvoir discrétionnaire du juge désigné d’autoriser les avocats spéciaux à questionner et à contre-interroger les sources humaines lors d’audiences à huis clos devrait être exercé en dernier recours. Une pratique qui consisterait à assigner systématiquement les sources humaines du SCRS à témoigner devant un tribunal, même uniquement lors d’audience à huis clos, pourrait refroidir les ardeurs de sources potentielles et nuire à la capacité du SCRS d’en recruter de nouvelles. Il est inutile en l’espèce que la Cour autorise la mesure exceptionnelle qui consiste à questionner et à contre-interroger les sources humaines.

Summaries

The appropriate remedy for the destruction of materials pursuant to CSIS policy OPS-217 must be assessed on a case-by-case basis and must be tailored to address the prejudicial effect on the named person's case. The summaries of materials destroyed pursuant to policy OPS-217 should only be excluded under s. 24(1) of the *Charter* if their admission would result in an unfair trial or would otherwise undermine the integrity of the justice system. In this case, the designated judge did not err in refusing to exclude the summaries of intercepted conversations that were tendered as evidence by the ministers. Although the destruction of the original CSIS operational materials caused the ministers to fail to meet their disclosure obligations towards H and therefore to breach s. 7 of the *Charter*, the exclusion of the summaries is not necessary to remedy the prejudice to H's ability to know and meet the case against him, or to safeguard the integrity of the justice system. The disclosure of the summaries in an abridged version to H and in an unredacted form to his special advocates was sufficient to prevent significant prejudice to H's ability to know and meet the case against him.

Duties of Candour and Utmost Good Faith and Fairness of Process

The duties of candour and utmost good faith apply when a party relies upon evidence in *ex parte* proceedings. They require an ongoing effort to update, throughout the proceedings, the information and evidence regarding the named person. What constitutes reasonable efforts will turn on the facts of each case; however, the ministers have no general obligation to provide disclosure of evidence or information that is beyond their control. In this case, reasonable efforts were made by the ministers and they did not breach those duties. The proceedings against H were fair and a stay of proceedings should not be granted.

Reasonableness of Certificate

The designated judge committed no reviewable errors in finding that the ministers' decision to declare H inadmissible to Canada was reasonable. The designated judge's weighing of the factual evidence on the record is entitled to appellate deference and should only be

Résumés

La réparation qu'il convient d'accorder pour la destruction des documents en application de la politique OPS-217 du SCRS doit être évaluée au cas par cas et doit être conçue pour remédier à l'effet préjudiciable qu'elle a eu sur la cause de la personne visée. Les résumés des documents détruits en application de la politique OPS-217 ne devraient être exclus en application du par. 24(1) de la *Charte* que lorsque leur utilisation rendrait le procès inéquitable ou minerait autrement l'intégrité du système de justice. En l'espèce, le juge désigné n'a pas commis d'erreur en refusant d'exclure les résumés des conversations interceptées produits en preuve par les ministres. Bien que, en raison de la destruction des documents opérationnels originaux du SCRS, les ministres n'aient pas satisfait à leurs obligations en matière de communication envers H et aient donc contrevenu à l'art. 7 de la *Charte*, l'exclusion des résumés n'est pas nécessaire pour remédier à l'atteinte à la capacité de H de connaître la preuve qui pèse contre lui et d'y répondre ou pour sauvegarder l'intégrité du système de justice. La communication d'une version caviardée des résumés à M. Harkat et d'une version intégrale à ses avocats spéciaux était suffisante pour empêcher qu'il soit porté atteinte de manière importante à la capacité de M. Harkat de connaître la preuve qui pèse contre lui et d'y répondre.

Obligations de franchise et de bonne foi la plus absolue, et équité du processus

Les obligations de franchise et de bonne foi la plus absolue s'appliquent lorsqu'une partie se fonde sur des éléments de preuve durant des procédures *ex parte*. Elles supposent que la partie qui y est tenue fasse des efforts constants pour mettre à jour les renseignements et la preuve relatifs à la personne visée et ce, tout au long des procédures. Ce qui équivaut à des efforts raisonnables dépendra des faits de chaque cas; toutefois, les ministres n'ont aucune obligation générale de communiquer des éléments de preuve ou des renseignements dont ils n'ont pas le contrôle. En l'espèce, les ministres ont fait des efforts raisonnables et n'ont pas manqué à ces obligations. La procédure contre H a été équitable et il n'y a pas lieu d'accorder un arrêt des procédures.

Caractère raisonnable du certificat

Le juge désigné n'a commis aucune erreur susceptible de contrôle en concluant au caractère raisonnable de la décision des ministres d'interdire H de territoire au Canada. Les tribunaux d'appel doivent faire preuve de déférence lorsqu'ils sont appelés à se prononcer sur la

interfered with if he committed a palpable and overriding error. There is no palpable and overriding error in his weighing of the evidence or in his assessment of H's credibility, both of which in his view provided reasonable grounds to establish H's inadmissibility.

Per Abella and Cromwell JJ. (dissenting in part on the appeal): Individuals who come forward with information about a potential terrorist threat, often risk their lives in doing so if their identity is disclosed. Offering only the possibility of anonymity if a court subsequently agrees to protect an informer's identity, requires informers to choose between risk of personal harm if their identity is not protected, or risk of harm to the public if the information is not disclosed.

CSIS informants who provide national security information based on a promise of confidentiality are entitled to the assurance that their confidentiality will be protected. This can only be guaranteed by a class privilege, as is done in criminal law cases. A case-by-case approach results in an informant not knowing whether the promise will be kept until a judge engages in a retrospective assessment. This is hardly conducive to encouraging informants to risk their lives by coming forward to offer highly sensitive information in terrorism cases.

Informer privilege has been judicially recognized for more than two centuries and has a dual purpose: protection of a channel of information and the safety of those supplying it. It has been applied in settings other than criminal prosecutions, including commissions of inquiry. The privilege for informers in the context of state officials investigating matters of national security is a well-established one. Before CSIS was created as an independent agency, the intelligence function it now carries out was performed by the RCMP Security Service, and informer privilege applied to RCMP Security Service informants. While the functions of CSIS and the RCMP are distinct, the rationale for the informer privilege applies equally to the work of both. The transfer of functions from the RCMP Security Service to CSIS should have no bearing on whether the privilege continues to exist.

mise en balance de la preuve factuelle par le juge désigné et n'intervenir à cet égard que si ce dernier a commis une erreur manifeste et dominante. Le juge désigné n'a commis aucune erreur manifeste et dominante lorsqu'il a soupesé les éléments de preuve ou évalué la crédibilité de H, deux éléments qui, à ses yeux, donnaient des motifs raisonnables de conclure à l'interdiction de territoire de H.

Les juges Abella et Cromwell (dissidents en partie quant au pourvoi) : La personne qui offre des renseignements au sujet d'une menace terroriste le fait souvent au péril de sa vie si son identité est dévoilée. Lui offrir la possibilité de garder l'anonymat uniquement si un tribunal accepte par la suite de protéger son identité, c'est l'obliger à choisir entre courir le risque de subir un préjudice personnel si son identité n'est pas protégée et risquer de mettre en danger la population en s'abstenant de divulguer les renseignements.

Les indicateurs du SCRS qui fournissent des renseignements relatifs à la sécurité nationale après avoir reçu une promesse d'anonymat ont droit à l'assurance que leur identité sera protégée. Seul un privilège générique peut offrir une telle garantie, comme c'est le cas dans le contexte des causes en matière criminelle. Avec une approche au cas par cas, l'indicateur ignore si la promesse sera tenue jusqu'à ce qu'un juge procède à un examen rétrospectif. Cela ne concourt guère à encourager les indicateurs à risquer leur vie en offrant des renseignements hautement sensibles dans des causes relatives au terrorisme.

Le privilège relatif aux indicateurs est reconnu par la jurisprudence depuis plus de deux siècles et vise un double objectif : la protection d'un canal d'information, d'une part, et la sécurité de ceux qui fournissent les renseignements, d'autre part. Ce privilège a été appliqué dans d'autres contextes que les poursuites criminelles, dont celui des commissions d'enquête. Le privilège qui protège les indicateurs dans le contexte d'enquêtes menées par des représentants de l'État quant à des questions de sécurité nationale est bien établi. Avant que le SCRS ne soit créé à titre d'organisme indépendant, la fonction en matière de renseignement dont il s'acquitte maintenant était assumée par le Service de sécurité de la GRC, et le privilège relatif aux indicateurs s'appliquait aux indicateurs de ce service. Bien que les fonctions du SCRS et celles de la GRC soient distinctes, le fondement de l'existence du privilège relatif aux indicateurs s'applique tout autant au travail de l'un qu'à celui de l'autre. Le transfert des fonctions du Service de sécurité de la GRC au SCRS ne devrait avoir aucune incidence sur la poursuite ou non de l'existence du privilège.

The CSIS informer privilege is not abrogated by statute. In order to abrogate a common law privilege, Parliament must clearly express an intention to do so. *IRPA* makes no reference to informer privilege and does not evince a clear intention to deprive CSIS informants of its benefit.

Given the intensity of the interests at stake in the security certificate context, it would be appropriate to recognize a limited exception specifically crafted for the security certificate process which would address only disclosure to the special advocate, not to the subject of the proceedings. Identity should be disclosed only if the reviewing judge is satisfied that other measures, including withdrawing the substance of the informant's evidence from consideration in support of the certificate, are not sufficient to ensure a just outcome. Even when disclosure of identity is ordered, there should be no cross-examination of the source by the special advocate. Requiring a human source to testify will have a profound chilling effect on the willingness of other sources to come forward, and will undoubtedly damage the relationship between CSIS and the source compelled to testify. CSIS operatives must be able to provide confident assurances to their sources that their identities will not be revealed, not vague assurances hedged with qualifications. Moreover, the human sources themselves, who are not subject to the necessary security clearance, may learn sensitive material in the closed proceedings which CSIS will then be unable to control.

We would therefore allow the ministers' appeal on the informant privilege issue and restore the designated judge's disposition of this issue.

Cases Cited

By McLachlin C.J.

Referred to: *Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2007 SCC 9, [2007] 1 S.C.R. 350; *Vancouver Sun (Re)*, 2004 SCC 43, [2004] 2 S.C.R. 332; *Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney General)*, [1996] 3 S.C.R. 480; *Bank Mellat v. H. M. Treasury*, [2013] UKSC 38, [2013] 4 All E.R. 495; *Almrei (Re)*, 2008 FC 1216, [2009] 3 F.C.R. 497; *Ruby v. Canada (Solicitor General)*, 2002 SCC 75, [2002] 4 S.C.R. 3; *R. v. Ahmad*, 2011 SCC 6, [2011] 1 S.C.R. 110; *Secretary of State for the Home Department*

Le privilège relatif aux indicateurs du SCRS n'a pas été abrogé par la loi. Pour abroger un privilège reconnu par la common law, le législateur doit exprimer clairement son intention de le faire. La *LIPR* ne fait pas référence au privilège relatif aux indicateurs et elle n'exprime pas une intention claire de priver les indicateurs du SCRS des avantages qu'il procure.

Compte tenu de l'importance des intérêts en jeu dans le contexte des certificats de sécurité, il serait approprié de reconnaître l'existence d'une exception limitée, conçue spécifiquement pour le processus applicable aux certificats de sécurité et dont la portée se limiterait à la divulgation à l'avocat spécial et ne viserait pas le sujet des procédures. L'identité ne devrait être communiquée que si le juge siégeant en révision est convaincu que d'autres mesures, y compris le retrait de l'essentiel du témoignage de l'indicateur des éléments pris en compte au soutien du certificat, ne sont pas suffisantes pour garantir une issue équitable. Même lorsque la communication de l'identité est ordonnée, la source ne devrait pas être contre-interrogée par l'avocat spécial. Exiger qu'une source humaine témoigne refroidirait considérablement la volonté d'autres sources de collaborer avec les autorités et mettrait sans aucun doute à mal la relation entre le SCRS et la source assignée à témoigner. Les agents du SCRS doivent pouvoir donner à leurs sources l'assurance ferme que leur identité ne sera pas divulguée et non pas des assurances vagues assorties de conditions. En outre, les sources humaines elles-mêmes, qui ne sont pas assujetties à l'habilitation de sécurité obligatoire, pourraient prendre connaissance d'information sensible durant les procédures à huis clos et le SCRS serait dès lors incapable d'en assurer le contrôle.

Nous sommes donc d'avis d'accueillir le pourvoi des ministres en ce qui a trait à la question du privilège relatif à l'indicateur et de rétablir la décision du juge désigné à cet égard.

Jurisprudence

Citée par la juge en chef McLachlin

Arrêts mentionnés : *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CSC 9, [2007] 1 R.C.S. 350; *Vancouver Sun (Re)*, 2004 CSC 43, [2004] 2 R.C.S. 332; *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 480; *Bank Mellat c. H. M. Treasury*, [2013] UKSC 38, [2013] 4 All E.R. 495; *Almrei (Re)*, 2008 CF 1216, [2009] 3 R.C.F. 497; *Ruby c. Canada (Solliciteur général)*, 2002 CSC 75, [2002] 4 R.C.S. 3; *R. c. Ahmad*, 2011 CSC 6, [2011] 1 R.C.S. 110; *Secretary of State for the Home Department c. A.F.*

v. *A.F. (No. 3)*, [2009] UKHL 28, [2009] 3 All E.R. 643; *Jaballah, Re*, 2009 FC 279, 340 F.T.R. 43; *Canada (Attorney General) v. Almalki*, 2010 FC 1106, [2012] 2 F.C.R. 508; *Khadr v. Canada (Attorney General)*, 2008 FC 549, 329 F.T.R. 80; *Almrei, Re*, 2009 FC 322, 342 F.T.R. 11; *Smith v. Jones*, [1999] 1 S.C.R. 455; *R. v. L. (D.O.)*, [1993] 4 S.C.R. 419; *R. v. Khelawon*, 2006 SCC 57, [2006] 2 S.C.R. 787; *Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2008 SCC 38, [2008] 2 S.C.R. 326; *R. v. Y. (N.)*, 2012 ONCA 745, 113 O.R. (3d) 347; *R. v. National Post*, 2010 SCC 16, [2010] 1 S.C.R. 477; *Canada (Attorney General) v. Almalki*, 2011 FCA 199, [2012] 2 F.C.R. 594; *R. v. La*, [1997] 2 S.C.R. 680; *R. v. Bjelland*, 2009 SCC 38, [2009] 2 S.C.R. 651; *R. v. Bero* (2000), 137 O.A.C. 336; *R. v. J.G.B.* (2001), 139 O.A.C. 341; *Almrei (Re)*, 2009 FC 1263, [2011] 1 F.C.R. 163; *R. v. Chaplin*, [1995] 1 S.C.R. 727; *R. v. Stinchcombe*, [1995] 1 S.C.R. 754; *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411; *R. v. Babos*, 2014 SCC 16, [2014] 1 S.C.R. 309; *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235.

By Abella and Cromwell JJ. (dissenting in part on the appeal)

Bisaillon v. Keable, [1983] 2 S.C.R. 60; *Rice v. National Parole Board* (1985), 16 Admin. L.R. 157; *Wilson v. National Parole Board* (1985), 10 Admin. L.R. 171; *Cadieux v. Director of Mountain Institution*, [1985] 1 F.C. 378; *A. v. Drapeau*, 2012 NBCA 73, 393 N.B.R. (2d) 76; *R. v. Leipert*, [1997] 1 S.C.R. 281; *Named Person v. Vancouver Sun*, 2007 SCC 43, [2007] 3 S.C.R. 253; *R. v. Basi*, 2009 SCC 52, [2009] 3 S.C.R. 389; *R. v. Y. (N.)*, 2012 ONCA 745, 113 O.R. (3d) 347; *Central Intelligence Agency v. Sims*, 471 U.S. 159 (1985); *Solicitor General of Canada v. Royal Commission of Inquiry into the Confidentiality of Health Records in Ontario*, [1981] 2 S.C.R. 494; *Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2008 SCC 38, [2008] 2 S.C.R. 326; *R. v. Ahmad*, 2009 CanLII 84776; *R. v. Debot*, [1989] 2 S.C.R. 1140; *R. v. Garofoli*, [1990] 2 S.C.R. 1421; *Canada (Privacy Commissioner) v. Blood Tribe Department of Health*, 2008 SCC 44, [2008] 2 S.C.R. 574.

Statutes and Regulations Cited

Act to amend the Immigration and Refugee Protection Act (certificate and special advocate) and to make a consequential amendment to another Act, S.C. 2008, c. 3.
Canada Evidence Act, R.S.C. 1985, c. C-5, ss. 37, 38, 38.06(1), (2).

(*No. 3*), [2009] UKHL 28, [2009] 3 All E.R. 643; *Jaballah (Re)*, 2009 CF 279 (CanLII); *Canada (Procureur général) c. Almalki*, 2010 CF 1106, [2012] 2 R.C.F. 508; *Khadr c. Canada (Procureur général)*, 2008 CF 549 (CanLII); *Almrei (Re)*, 2009 CF 322 (CanLII); *Smith c. Jones*, [1999] 1 R.C.S. 455; *R. c. L. (D.O.)*, [1993] 4 R.C.S. 419; *R. c. Khelawon*, 2006 CSC 57, [2006] 2 R.C.S. 787; *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2008 CSC 38, [2008] 2 R.C.S. 326; *R. c. Y. (N.)*, 2012 ONCA 745, 113 O.R. (3d) 347; *R. c. National Post*, 2010 CSC 16, [2010] 1 R.C.S. 477; *Canada (Procureur général) c. Almalki*, 2011 CAF 199, [2012] 2 R.C.F. 594; *R. c. La*, [1997] 2 R.C.S. 680; *R. c. Bjelland*, 2009 CSC 38, [2009] 2 R.C.S. 651; *R. c. Bero* (2000), 137 O.A.C. 336; *R. c. J.G.B.* (2001), 139 O.A.C. 341; *Almrei (Re)*, 2009 CF 1263, [2011] 1 R.C.F. 163; *R. c. Chaplin*, [1995] 1 R.C.S. 727; *R. c. Stinchcombe*, [1995] 1 R.C.S. 754; *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411; *R. c. Babos*, 2014 CSC 16, [2014] 1 R.C.S. 309; *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235.

Citée par les juges Abella et Cromwell (dissidents en partie quant au pourvoi)

Bisaillon c. Keable, [1983] 2 R.C.S. 60; *Rice c. National Parole Board* (1985), 16 Admin. L.R. 157; *Wilson c. National Parole Board* (1985), 10 Admin. L.R. 171; *Cadieux c. Directeur de l'établissement Mountain*, [1985] 1 C.F. 378; *A. c. Drapeau*, 2012 NBCA 73, 393 R.N.-B. (2^e) 76; *R. c. Leipert*, [1997] 1 R.C.S. 281; *Personne désignée c. Vancouver Sun*, 2007 CSC 43, [2007] 3 R.C.S. 253; *R. c. Basi*, 2009 CSC 52, [2009] 3 R.C.S. 389; *R. c. Y. (N.)*, 2012 ONCA 745, 113 O.R. (3d) 347; *Central Intelligence Agency c. Sims*, 471 U.S. 159 (1985); *Solliciteur général du Canada c. Commission royale d'enquête sur la confidentialité des dossiers de santé en Ontario*, [1981] 2 R.C.S. 494; *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2008 CSC 38, [2008] 2 R.C.S. 326; *R. c. Ahmad*, 2009 CanLII 84776; *R. c. Debot*, [1989] 2 R.C.S. 1140; *R. c. Garofoli*, [1990] 2 R.C.S. 1421; *Canada (Commissaire à la protection de la vie privée) c. Blood Tribe Department of Health*, 2008 CSC 44, [2008] 2 R.C.S. 574.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 24(1).
Loi modifiant la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés (certificat et avocat spécial) et une autre loi en conséquence, L.C. 2008, ch. 3.
Loi sur l'immigration, L.R.C. 1985, ch. I-2 [rempl. 2001, ch. 27].

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 24(1).
Canadian Security Intelligence Service Act, R.S.C. 1985, c. C-23, s. 12.
Immigration Act, R.S.C. 1985, c. I-2 [repl. 2001, c. 27].
Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, Part 1, ss. 33, 34, Division 9, ss. 77, 78, 80, 81, 83(1), (1.1), 85.1, 85.2, 85.4, 85.5.

Authors Cited

Canada. Commission of Inquiry Concerning Certain Activities of the Royal Canadian Mounted Police. First Report. *Security and Information*. Ottawa: The Commission, 1979.

Canada. Commission of Inquiry Concerning Certain Activities of the Royal Canadian Mounted Police. Second Report. *Freedom and Security under the Law*, vols. 1 and 2. Ottawa: The Commission, 1981.

Canada. Commission of Inquiry into the Actions of Canadian Officials in Relation to Maher Arar. *Report of the Events Relating to Maher Arar: Analysis and Recommendations*. Ottawa: Public Works and Government Services, 2006.

Canada. Parliamentary Research Branch. “The Canadian Security Intelligence Service”, Current Issue Review 84-27E, revised January 24, 2000.

Forcese, Craig. “Canada’s National Security ‘Complex’: Assessing the Secrecy Rules” (2009), 15:5 *IRPP Choices* 3.

Forcese, Craig. *National Security Law: Canadian Practice in International Perspective*. Toronto: Irwin Law, 2008.

Forcese, Craig, and Lorne Waldman. “Seeking Justice in an Unfair Process: Lessons from Canada, the United Kingdom, and New Zealand on the Use of ‘Special Advocates’ in National Security Proceedings”, August 2007 (online: <http://aix1.uottawa.ca/~cforcese/other/sastudy.pdf>).

Paciocco, David M. “When Open Courts Meet Closed Government” (2005), 29 *S.C.L.R.* (2d) 385.

Roach, Kent. “Sources and Trends in Post-9/11 Anti-terrorism Laws”, in Benjamin J. Goold and Liora Lazarus, eds., *Security and Human Rights*. Portland, Or.: Hart, 2007, 227.

Roach, Kent. “The eroding distinction between intelligence and evidence in terrorism investigations”, in Nicola McGarrity, Andrew Lynch and George Williams, eds., *Counter-Terrorism and Beyond: The Culture of Law and Justice after 9/11*. New York: Routledge, 2010, 48.

Schiff, Stanley. *Evidence in the Litigation Process*, vol. 2, 4th ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1993.

Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, partie 1, art. 33, 34, section 9, art. 77, 78, 80, 81, 83(1), (1.1), 85.1, 85.2, 85.4, 85.5.
Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. 1985, ch. C-5, art. 37, 38, 38.06(1), (2).
Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité, L.R.C. 1985, ch. C-23, art. 12.

Doctrine et autres documents cités

Canada. Commission d’enquête sur certaines activités de la Gendarmerie royale du Canada. Deuxième rapport. *La liberté et la sécurité devant la loi*, vol. 1 et 2. Ottawa : La Commission, 1981.

Canada. Commission d’enquête sur certaines activités de la Gendarmerie royale du Canada. Premier rapport. *Sécurité et Information*. Ottawa : La Commission, 1979.

Canada. Commission d’enquête sur les actions des responsables canadiens relativement à Maher Arar. *Rapport sur les événements concernant Maher Arar : Analyse et recommandations*. Ottawa : Travaux publics et Services gouvernementaux, 2006.

Canada. Direction de la recherche parlementaire. « Le Service canadien du renseignement de sécurité », Bulletin d’actualité 84-27F, révisé le 24 janvier 2000.

Forcese, Craig. « Canada’s National Security “Complex” : Assessing the Secrecy Rules » (2009), 15:5 *IRPP Choices* 3.

Forcese, Craig. *National Security Law : Canadian Practice in International Perspective*. Toronto : Irwin Law, 2008.

Forcese, Craig, and Lorne Waldman. « Seeking Justice in an Unfair Process : Lessons from Canada, the United Kingdom, and New Zealand on the Use of “Special Advocates” in National Security Proceedings », August 2007 (online : <http://aix1.uottawa.ca/~cforcese/other/sastudy.pdf>).

Paciocco, David M. « When Open Courts Meet Closed Government » (2005), 29 *S.C.L.R.* (2d) 385.

Roach, Kent. « Sources and Trends in Post-9/11 Anti-terrorism Laws », in Benjamin J. Goold and Liora Lazarus, eds., *Security and Human Rights*. Portland, Or. : Hart, 2007, 227.

Roach, Kent. « The eroding distinction between intelligence and evidence in terrorism investigations », in Nicola McGarrity, Andrew Lynch and George Williams, eds., *Counter-Terrorism and Beyond : The Culture of Law and Justice after 9/11*. New York : Routledge, 2010, 48.

Schiff, Stanley. *Evidence in the Litigation Process*, vol. 2, 4th ed. Scarborough, Ont. : Carswell, 1993.

Sedley, Stephen. “Terrorism and security: back to the future?”, in David Cole, Federico Fabbrini and Arianna Vidaschi, eds., *Secrecy, National Security and the Vindication of Constitutional Law*. Cheltenham, U.K.: Edward Elgar, 2013, 13.

Stewart, Hamish. *Fundamental Justice: Section 7 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Toronto: Irwin Law, 2012.

Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 8. Revised by John T. McNaughton. Boston: Little, Brown, 1961.

APPEAL and CROSS-APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (Blais C.J. and Létourneau and Layden-Stevenson J.J.A.), 2012 FCA 122, [2012] 3 F.C.R. 635, 349 D.L.R. (4th) 519, 7 Imm. L.R. (4th) 175, 429 N.R. 1, 260 C.R.R. (2d) 290, [2012] F.C.J. No. 492 (QL), 2012 CarswellNat 1155, setting aside three decisions of Noël J., 2009 FC 204, [2009] 4 F.C.R. 370, 339 F.T.R. 65, 306 D.L.R. (4th) 269, 78 Imm. L.R. (3d) 303, [2008] F.C.J. No. 1823 (QL), 2008 CarswellNat 5335; 2010 FC 1241, [2012] 3 F.C.R. 251, 380 F.T.R. 61, [2010] F.C.J. No. 1426 (QL), 2010 CarswellNat 4699; and 2010 FC 1243, 380 F.T.R. 255, 224 C.R.R. (2d) 167, 95 Imm. L.R. (3d) 1, [2010] F.C.J. No. 1428 (QL), 2010 CarswellNat 5848; and affirming a decision of Noël J., 2010 FC 1242, [2012] 3 F.C.R. 432, 380 F.T.R. 163, 224 C.R.R. (2d) 93, 94 Imm. L.R. (3d) 179, [2010] F.C.J. No. 1427 (QL), 2010 CarswellNat 4714. Appeal allowed in part, Abella and Cromwell J.J. dissenting in part. Cross-appeal dismissed.

Urszula Kaczmarczyk, Q.C., Robert Frater, Marianne Zoric and André Séguin, for the appellants/respondents on cross-appeal.

Matthew C. Webber, Norman D. Boxall, Meaghan Thomas and Leo Russomanno, for the respondent/appellant on cross-appeal.

Robert W. Hubbard and Greg Skerkowski, for the intervener the Attorney General of Ontario.

Nader R. Hasan and Gerald Chan, for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association.

Sedley, Stephen. « Terrorism and security : back to the future? », in David Cole, Federico Fabbrini and Arianna Vidaschi, eds., *Secrecy, National Security and the Vindication of Constitutional Law*. Cheltenham, U.K. : Edward Elgar, 2013, 13.

Stewart, Hamish. *Fundamental Justice : Section 7 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Toronto : Irwin Law, 2012.

Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 8. Revised by John T. McNaughton. Boston : Little, Brown, 1961.

POURVOI et POURVOI INCIDENT contre un arrêt de la Cour d’appel fédérale (le juge en chef Blais et les juges Létourneau et Layden-Stevenson), 2012 CAF 122, [2012] 3 R.C.F. 635, 349 D.L.R. (4th) 519, 7 Imm. L.R. (4th) 175, 429 N.R. 1, 260 C.R.R. (2d) 290, [2012] A.C.F. n° 492 (QL), 2012 CarswellNat 1156, qui a infirmé trois décisions du juge Noël, 2009 CF 204, [2009] 4 R.C.F. 370, 339 F.T.R. 65, 306 D.L.R. (4th) 269, 78 Imm. L.R. (3d) 303, [2008] A.C.F. n° 1823 (QL), 2008 CarswellNat 5667; 2010 CF 1241, [2012] 3 R.C.F. 251, 380 F.T.R. 61, [2010] A.C.F. n° 1426 (QL), 2010 CarswellNat 4700; et 2010 CF 1243, 380 F.T.R. 255, 224 C.R.R. (2d) 167, 95 Imm. L.R. (3d) 1, [2010] A.C.F. n° 1428 (QL), 2010 CarswellNat 5849; et qui a confirmé une décision du juge Noël, 2010 CF 1242, [2012] 3 R.C.F. 432, 380 F.T.R. 163, 224 C.R.R. (2d) 93, 94 Imm. L.R. (3d) 179, [2010] A.C.F. n° 1427 (QL), 2010 CarswellNat 4715. Pourvoi accueilli en partie, les juges Abella et Cromwell sont dissidents en partie. Pourvoi incident rejeté.

Urszula Kaczmarczyk, c.r., Robert Frater, Marianne Zoric et André Séguin, pour les appelants/intimés au pourvoi incident.

Matthew C. Webber, Norman D. Boxall, Meaghan Thomas et Leo Russomanno, pour l’intimé/appelant au pourvoi incident.

Robert W. Hubbard et Greg Skerkowski, pour l’intervenant le procureur général de l’Ontario.

Nader R. Hasan et Gerald Chan, pour l’intervenante l’Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique.

John Norris and François Dadour, for the interveners the Canadian Council of Criminal Defence Lawyers.

Anil K. Kapoor and Lindsay Trevelyan, for the interveners the Canadian Civil Liberties Association.

Lorne Waldman, Peter Edelmann, Jacqueline Swaisland and Clare Crummey, for the interveners the Canadian Bar Association.

Marlys A. Edwardh and Adriel Weaver, for the interveners the Canadian Association of Refugee Lawyers.

Barbara Jackman, Sharryn J. Aiken and Andrew J. Brouwer, for the interveners the Canadian Council for Refugees and the International Civil Liberties Monitoring Group.

Faisal Bhabha and Khalid M. Elgazzar, for the interveners the Canadian Council on American-Islamic Relations (now known as National Council of Canadian Muslims).

Michael Bossin, Laïla Demirdache and Anna Shea, for the interveners Amnesty International.

Breese Davies and Erin Dann, for the interveners the Criminal Lawyers' Association (Ontario).

Paul J. J. Cavalluzzo and Paul D. Copeland, as Special Advocates.

The judgment of McLachlin C.J. and LeBel, Rothstein, Moldaver, Karakatsanis and Wagner JJ. was delivered by

[1] THE CHIEF JUSTICE — The Minister of Citizenship and Immigration and the Minister of Public Safety and Emergency Preparedness (collectively “the ministers”) seek to have Mohamed Harkat, a non-citizen, declared inadmissible to Canada. Mr. Harkat is alleged to have come to Canada for the purpose of engaging in terrorism. He has been detained, or living under strict conditions, for over a decade. He potentially faces deportation to a country where he may be at risk of torture

John Norris et François Dadour, pour l'intervenant le Conseil canadien des avocats de la défense.

Anil K. Kapoor et Lindsay Trevelyan, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

Lorne Waldman, Peter Edelmann, Jacqueline Swaisland et Clare Crummey, pour l'intervenante l'Association du barreau canadien.

Marlys A. Edwardh et Adriel Weaver, pour l'intervenante l'Association canadienne des avocats et avocates en droit des réfugiés.

Barbara Jackman, Sharryn J. Aiken et Andrew J. Brouwer, pour les intervenants le Conseil canadien pour les réfugiés et la Coalition pour la surveillance internationale des libertés civiles.

Faisal Bhabha et Khalid M. Elgazzar, pour l'intervenant Canadian Council on American-Islamic Relations (maintenant connu sous le nom de Conseil national des musulmans canadiens).

Michael Bossin, Laïla Demirdache et Anna Shea, pour l'intervenante l'Amnistie internationale.

Breese Davies et Erin Dann, pour l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario).

Paul J. J. Cavalluzzo et Paul D. Copeland, comme avocats spéciaux.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges LeBel, Rothstein, Moldaver, Karakatsanis et Wagner rendu par

[1] LA JUGE EN CHEF — Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration et le ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile (collectivement les « ministres ») tentent d'interdire de territoire Mohamed Harkat, un non-citoyen. Selon leurs allégations, M. Harkat serait entré au Canada pour se livrer à des activités terroristes. Il est détenu ou tenu de vivre sous de strictes conditions, depuis plus de 10 ans. Bien que nous ne soyons pas appelés en l'espèce à décider de la

or death, although the constitutionality of his deportation in such circumstances is not before us in the present appeal.

[2] The reasonableness of the ministers' decision to declare Mr. Harkat inadmissible to Canada is subject to judicial review, under Division 9 of Part 1 of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (the "IRPA scheme"). This scheme prevents Mr. Harkat from seeing some of the evidence and information tendered against him, because its public disclosure would harm national security.

[3] The issue in this appeal is whether the *IRPA* scheme complies with the Constitution, in particular the guarantee in the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* against unjustifiable intrusions on life, liberty, and security of the person. More specifically, this appeal asks whether the *IRPA* scheme gives Mr. Harkat a fair opportunity to defend himself against the allegations made by the ministers, despite the fact that national security considerations prevent him from seeing the entire record and from personally participating in all of the hearings. It requires us to determine how far the principle of full disclosure in an open court can be qualified in order to address the threat posed by non-citizens who may be involved in terrorism.

[4] I conclude that that the *IRPA* scheme is constitutional. Crafting a regime that achieves a fundamentally fair process while protecting confidential national security information is a difficult task. The scheme must apply to a broad range of cases, implicating a variety of national security concerns. Parliament's response to this challenge has been to confer on judges the discretion and flexibility to fashion a fair process, in the particular case before them. If this is impossible, judges must not hesitate to find a breach of the right to a fair process and to grant whatever remedies are appropriate, including a stay of proceedings.

constitutionnalité de son expulsion, M. Harkat pourrait être expulsé vers un pays où il risque la torture ou la mort.

[2] Le caractère raisonnable de la décision des ministres d'interdire M. Harkat de territoire est susceptible de contrôle judiciaire sous le régime de la section 9 de la partie 1 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (le « régime établi par la *LIPR* »). Ce régime empêche M. Harkat de voir certains éléments de preuve et renseignements présentés contre lui, parce que leur divulgation porterait atteinte à la sécurité nationale.

[3] La question à trancher en l'espèce est celle de savoir si le régime établi par la *LIPR* est conforme à la Constitution et, plus particulièrement, s'il respecte la garantie incluse dans la *Charte canadienne des droits et libertés* contre toute atteinte injustifiable à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne. Plus précisément, il s'agit en l'espèce de déterminer si le régime établi par la *LIPR* permet réellement à M. Harkat de se défendre contre les allégations formulées par les ministres, même si des considérations relatives à la sécurité nationale l'empêchent de voir l'ensemble du dossier et de participer personnellement à toutes les audiences. La Cour doit donc déterminer jusqu'à quel point le principe de la publicité des débats judiciaires peut être tempéré pour contrer le danger posé par des non-citoyens susceptibles de se livrer au terrorisme.

[4] Je conclus que le régime établi par la *LIPR* est constitutionnel. Il n'est pas facile de concevoir un régime qui instaure un processus fondamentalement équitable tout en protégeant les renseignements confidentiels touchant la sécurité nationale. Un tel régime doit s'appliquer à un large éventail de cas faisant intervenir toute une gamme de considérations liées à la sécurité nationale. La réponse du législateur fut de conférer aux juges le pouvoir discrétionnaire et la latitude nécessaires pour leur permettre d'établir un processus équitable dans chaque affaire particulière dont ils sont saisis. Si cela s'avère impossible, ces juges ne doivent pas hésiter à conclure à une violation du droit à un processus équitable et à accorder toute réparation jugée appropriée, y compris un arrêt des procédures.

[5] In the present case, the process was fair and the Federal Court judge committed no reviewable errors in finding that the ministers' decision to declare Mr. Harkat inadmissible to Canada was reasonable.

I. History of the Legislation and of the Proceedings

A. *The Legislation*

[6] The purpose of the *IRPA* scheme “is to permit the removal of non-citizens living in Canada — permanent residents and foreign nationals — on various grounds, including connection with terrorist activities”: *Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2007 SCC 9, [2007] 1 S.C.R. 350 (“*Charkaoui I*”), at para. 4. The ministers must decide whether the evidence against a non-citizen gives them reasonable grounds to declare him or her “inadmissible” to Canada — i.e. to issue a removal order. The resulting “certificate of inadmissibility” (also called a “security certificate”) is then referred to the Federal Court for a review of its reasonableness. If a Federal Court judge (the “designated judge”) finds the certificate to be reasonable, the non-citizen named in that certificate (the “named person”) becomes subject to a removal order.

[7] The *IRPA* scheme was adopted by Parliament in 2001, as a successor to an analogous scheme contained in the *Immigration Act*, R.S.C. 1985, c. I-2. In the wake of the attacks of September 11, 2001, it increasingly came to be used as a means of detaining suspected terrorists and eliminating the perceived threat posed by them: K. Roach, “Sources and Trends in Post-9/11 Anti-terrorism Laws”, in B. J. Goold and L. Lazarus, eds., *Security and Human Rights* (2007), 227, at p. 233. From a practical perspective, the *IRPA* scheme is in some respects more advantageous for the state than criminal proceedings. It has a lower standard of proof and is more protective of confidential national security information than the criminal law: *ibid.* As will be discussed further below, any information that would be injurious to national security or to the safety of

[5] En l'espèce, le processus a été équitable et le juge de la Cour fédérale n'a commis aucune erreur susceptible de contrôle en concluant au caractère raisonnable de la décision des ministres d'interdire M. Harkat de territoire au Canada.

I. Historique de la loi et des procédures

A. *La loi*

[6] Le régime établi par la *LIPR* « vis[e] à permettre le renvoi de non-citoyens qui vivent au Canada — résidents permanents et étrangers — pour divers motifs, y compris un lien avec des activités terroristes » : *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CSC 9, [2007] 1 R.C.S. 350 (« *Charkaoui I* »), par. 4. Les ministres doivent décider si la preuve accumulée contre un non-citoyen leur donne des motifs raisonnables de le déclarer « interdit de territoire » au Canada, c.-à-d. de prendre contre lui une mesure de renvoi. Le « certificat d'interdiction de territoire » qui en résulte (également appelé « certificat de sécurité ») est ensuite déposé à la Cour fédérale pour que celle-ci décide de son caractère raisonnable. Si le certificat est jugé raisonnable par un juge de cette cour (le « juge désigné »), la personne qui y est nommée (la « personne visée ») est dès lors assujettie à une mesure de renvoi.

[7] En 2001, le législateur a adopté le régime de la *LIPR*, qui succède au régime analogue anciennement établi par la *Loi sur l'immigration*, L.R.C. 1985, ch. I-2. À la suite des attaques du 11 septembre 2001, cette loi a de plus en plus servi de moyen pour détenir des personnes soupçonnées de terrorisme et éliminer le danger apparent qu'elles représentent : K. Roach, « Sources and Trends in Post-9/11 Anti-terrorism Laws », dans B. J. Goold et L. Lazarus, dir., *Security and Human Rights* (2007), 227, p. 233. D'un point de vue pratique, le régime établi par la *LIPR* est, à certains égards, plus avantageux pour l'État que celui applicable aux procédures criminelles. En effet, la norme de preuve qu'il prévoit est moins exigeante et les renseignements confidentiels liés à la sécurité nationale bénéficient, suivant ce régime,

any person is not disclosed to the named person. This information can nevertheless be presented to the designated judge in closed hearings and relied upon by her in assessing the security certificate's reasonableness.

[8] The constitutionality of the *IRPA* scheme was challenged by Mr. Harkat and other non-citizens named in security certificates. In *Charkaoui I*, this Court found that the *IRPA* scheme deprived named persons of their life, liberty, and security of the person in a manner that was not in accordance with principles of fundamental justice, contrary to s. 7 of the *Charter*. It found that the *IRPA* scheme precluded the judge from making a decision based on all the relevant facts and law, because it did not provide for representation of the named person in the closed portion of the proceedings. It also held that the *IRPA* scheme violated the principle that a person must have the ability to know and meet the case against him, because there was not full disclosure of the government's case to the named person or any substantial substitute for full disclosure.

[9] The Court concluded that these breaches could not be justified under s. 1 of the *Charter*, because the *IRPA* scheme did not minimally impair the named person's rights. Other types of closed proceedings, both in Canada and abroad, accomplished the goal of protecting confidential national security information less intrusively. For example, in the United Kingdom, special advocates were appointed to receive disclosure on an appellant's behalf and to defend his or her interests in closed hearings before the Special Immigration Appeals Commission. These special advocates were bound not to reveal confidential information to anyone or (subject to narrow exceptions) to communicate with the appellant. While that system was not without its drawbacks, this Court concluded that, "without

d'une meilleure protection qu'en matière criminelle : *ibid.* Comme nous le verrons plus loin, les renseignements susceptibles de porter atteinte à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui ne sont pas communiqués à la personne visée. Ils peuvent néanmoins être soumis à un juge désigné lors d'une audience tenue à huis clos, et être utilisés par celui-ci dans l'évaluation du caractère raisonnable du certificat de sécurité.

[8] M. Harkat et d'autres non-citoyens désignés dans des certificats de sécurité ont contesté la constitutionnalité du régime établi par la *LIPR*. Dans *Charkaoui I*, la Cour a conclu que ce régime portait atteinte au droit à la vie, à la liberté et à la sécurité des personnes visées d'une manière qui n'était pas conforme aux principes de justice fondamentale protégés par l'art. 7 de la *Charte*. Selon la Cour, le régime de la *LIPR* empêchait le juge de rendre une décision fondée sur l'ensemble des faits et du droit pertinents, parce qu'il ne permettait pas la représentation de la personne visée durant la partie de l'instance tenue à huis clos. De plus, comme la personne visée n'était pas pleinement informée ou informée pour l'essentiel de ce que lui reprochait le gouvernement, la Cour s'est dite d'avis que ce régime violait le principe selon lequel une personne doit être informée des allégations qui pèsent contre elle et avoir la possibilité d'y répondre.

[9] La Cour a conclu dans cet arrêt que ces violations ne pouvaient être justifiées au regard de l'article premier de la *Charte*, parce que le régime établi par la *LIPR* ne portait pas minimalement atteinte aux droits de la personne visée. D'autres types d'audiences à huis clos, tant au Canada qu'à l'étranger, assurent en effet de façon moins attentatoire la protection de renseignements confidentiels liés à la sécurité nationale. Au Royaume-Uni, par exemple, des représentants spéciaux sont nommés pour recevoir communication de ces renseignements au nom de l'appelant et défendre les intérêts de celui-ci lors des audiences à huis clos tenues devant la Special Immigration Appeals Commission. Ces représentants spéciaux ne peuvent révéler à qui que ce soit l'information confidentielle qu'ils

compromising security, it better protects the named person's s. 7 interests": *Charkaoui I*, at para. 86.

[10] In response to this Court's ruling, Parliament made several amendments to the *IRPA* scheme: *An Act to amend the Immigration and Refugee Protection Act (certificate and special advocate) and to make a consequential amendment to another Act*, S.C. 2008, c. 3; the amended *IRPA* scheme is reproduced in the Appendix to these reasons. In particular, it created a role for special advocates, who protect the interests of the named person in closed hearings after having received disclosure of the entire record.

B. *The Proceedings*

[11] In 2002, the Solicitor General of Canada and the Minister of Citizenship and Immigration issued a first security certificate declaring Mr. Harkat inadmissible to Canada on national security grounds. After the successful constitutional challenge and the amendment of the *IRPA* scheme, the ministers issued a second security certificate against Mr. Harkat and commenced new proceedings before the Federal Court.

[12] Disclosure issues arose during the proceedings with respect to the individuals (the "human sources") who secretly provided information regarding Mr. Harkat to the Canadian Security Intelligence Service ("CSIS"). The special advocates sought to obtain disclosure of the identity of the CSIS human sources, as well as permission to interview and to cross-examine them in a closed hearing. Noël J. rejected this request. He reasoned that the common law police informer privilege, which is a rule against the disclosure of any information that might identify a police informer, should be extended to cover CSIS human sources: 2009 FC 204, [2009] 4 F.C.R. 370.

reçoivent et ne peuvent pas non plus (sous réserve de rares exceptions) communiquer avec l'appelant. Selon la Cour, bien qu'il ne soit pas sans faille, un tel système « protège mieux les droits de la personne désignée garantis par l'art. 7 et ce, sans compromettre la sécurité » : *Charkaoui I*, par. 86.

[10] À la suite de cet arrêt, le législateur a apporté plusieurs modifications au régime établi par la *LIPR* : *Loi modifiant la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés (certificat et avocat spécial) et une autre loi en conséquence*, L.C. 2008, ch. 3; le régime de la *LIPR* modifié est reproduit en annexe. Plus particulièrement, il a donné un rôle à des avocats spéciaux, soit celui de défendre les intérêts de la personne visée lors des audiences à huis clos, après avoir reçu communication de l'ensemble du dossier.

B. *Les procédures*

[11] En 2002, le solliciteur général du Canada et le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration ont signé un premier certificat de sécurité attestant que M. Harkat était interdit de territoire au Canada pour raison de sécurité nationale. Après la contestation constitutionnelle couronnée de succès du régime établi par la *LIPR* et la modification de celui-ci, les ministres ont délivré un deuxième certificat de sécurité contre M. Harkat et intenté une nouvelle procédure en Cour fédérale.

[12] Des questions liées à la communication de renseignements sur les personnes (les « sources humaines ») ayant fourni secrètement au Service canadien du renseignement de sécurité (« SCRS ») des renseignements relatifs à M. Harkat ont été soulevées au cours de la procédure. Les avocats spéciaux ont tenté d'obtenir la divulgation de l'identité de ces sources, ainsi que l'autorisation de les questionner et de les contre-interroger lors d'une audience à huis clos. Le juge Noël a rejeté cette demande. Selon lui, le privilège de common law relatif aux indicateurs de police — qui interdit la divulgation de toute information susceptible de permettre l'identification d'un indicateur de police — devrait être élargi et s'appliquer également aux sources humaines du SCRS : 2009 CF 204, [2009] 4 R.C.F. 370.

[13] At a later point during the disclosure process, it was discovered that the judge and the special advocates had been provided with an incomplete and misleading document regarding one of the CSIS human sources. The document provided to Mr. Harkat's special advocates failed to disclose that a 2002 polygraph test conducted on the relevant source initially revealed him or her to be untruthful. As a remedy, Noël J. ordered the disclosure of unredacted human source files to the special advocates: 2009 FC 553, 345 F.T.R. 143; 2009 FC 1050, [2010] 4 F.C.R. 149.

[14] The special advocates also sought to compel the ministers to obtain updated information from foreign intelligence agencies on several alleged terrorists with whom Mr. Harkat was claimed to have associated. They were ultimately dissatisfied with the efforts undertaken by the ministers and sought a stay of proceedings. Noël J. rejected this request, finding that the ministers took reasonable steps to get updated information from foreign intelligence agencies: 2010 FC 1243, 380 F.T.R. 255, at Annex "A".

[15] Mr. Harkat also sought to have the summaries of intercepted conversations excluded from the evidence on the ground that the original recordings and notes of these conversations, in which he allegedly participated or in which he was allegedly a subject of conversation, were destroyed pursuant to CSIS policy OPS-217. Alternatively, he sought a stay of proceedings in consideration of a number of breaches. Noël J. found that Mr. Harkat suffered no prejudice from the destruction of those original operational materials: 2010 FC 1243. He reasoned that the summaries of the conversations were prepared in a way that ensured their accuracy, and that they were corroborated by the overall narrative about Mr. Harkat which emerged during the hearings. Consequently, he refused to exclude them from the evidence against Mr. Harkat.

[13] Plus tard durant le processus de divulgation, on a découvert que le juge et les avocats spéciaux avaient reçu un document incomplet et trompeur en ce qui concerne une des sources humaines du SCRS. Le document remis aux avocats spéciaux de M. Harkat ne mentionnait pas qu'un test polygraphique administré en 2002 à la source concernée avait tout d'abord indiqué que cette personne ne disait pas la vérité. En guise de réparation, le juge Noël a ordonné la communication aux avocats spéciaux de copies non expurgées des dossiers de sources humaines en question : 2009 CF 553 (CanLII); 2009 CF 1050, [2010] 4 R.C.F. 149.

[14] Les avocats spéciaux ont également essayé de contraindre les ministres à obtenir d'organismes étrangers de renseignement des informations à jour sur plusieurs présumés terroristes avec lesquels M. Harkat se serait associé. Insatisfaits des efforts déployés par les ministres, les avocats spéciaux ont sollicité un arrêt des procédures. Le juge Noël a rejeté cette demande, concluant que les ministres avaient pris des mesures raisonnables pour obtenir des informations à jour des organismes étrangers de renseignement : 2010 CF 1243 (CanLII), annexe « A ».

[15] M. Harkat a également sollicité l'exclusion des résumés des conversations interceptées de la preuve au motif que les enregistrements originaux et les notes concernant ces conversations — auxquelles il aurait participé ou durant lesquelles on aurait parlé de lui — ont été détruits conformément à la politique OPS-217 du SCRS. Subsidièrement, il a demandé l'arrêt des procédures compte tenu d'un grand nombre de violations. Le juge Noël a conclu que M. Harkat n'avait subi aucun préjudice par suite de la destruction de ces documents opérationnels originaux : 2010 CF 1243. Selon lui, les résumés des conversations avaient été préparés de manière à assurer leur exactitude, et étaient corroborés par le récit global concernant M. Harkat présenté lors des audiences. En conséquence, il a refusé d'exclure ces résumés de la preuve pesant contre M. Harkat.

[16] Finally, Mr. Harkat challenged the constitutionality of the amended *IRPA* scheme. Noël J. found the regime to be constitutional: 2010 FC 1242, [2012] 3 F.C.R. 432. In his view, the special advocates provided a substantial substitute for full disclosure to Mr. Harkat and vigorously defended his interests during the closed portion of the proceedings.

[17] After consideration of evidence tendered in both public and closed hearings, Noël J. came to the conclusion that the certificate declaring Mr. Harkat inadmissible to Canada was reasonable: 2010 FC 1241, [2012] 3 F.C.R. 251. He made adverse findings of credibility against Mr. Harkat and found that the evidence provided reasonable grounds to believe that Mr. Harkat had been involved with terrorist organizations. He held that Mr. Harkat's behaviour and lies were consistent with the theory that he had come to Canada as a "sleeper" agent for terrorist organizations.

[18] Mr. Harkat appealed Noël J.'s conclusions. The Federal Court of Appeal (*per* Létourneau J.A.) allowed the appeal in part: 2012 FCA 122, [2012] 3 F.C.R. 635. It agreed with Noël J.'s conclusion that the amended *IRPA* scheme is constitutional. However, it found that the identity of CSIS human sources is not protected by privilege. It also excluded from the evidence the summaries of intercepted conversations to which Mr. Harkat had not been privy. It remitted the matter to Noël J. for redetermination on the basis of what remained of the record after the exclusion of the summaries.

II. Issues

[19] The ministers appeal to this Court, seeking the reinstatement of Noël J.'s conclusion that the security certificate was reasonable. They also ask for recognition of the CSIS human source privilege.

[16] Enfin, M. Harkat a contesté la constitutionnalité du régime de la *LIPR* modifié. Le juge Noël a toutefois conclu que le régime était constitutionnel : 2010 CF 1242, [2012] 3 R.C.F. 432. À son avis, les avocats spéciaux avaient remplacé pour l'essentiel la divulgation totale à M. Harkat et avaient défendu vigoureusement ses intérêts durant la partie de l'instance s'étant déroulée à huis clos.

[17] Après avoir examiné la preuve soumise aux audiences tant publiques qu'à huis clos, le juge Noël a conclu que le certificat attestant que M. Harkat était interdit de territoire au Canada était raisonnable : 2010 CF 1241, [2012] 3 R.C.F. 251. Il a tiré des conclusions défavorables quant à la crédibilité de M. Harkat et conclu que la preuve fournie donnait des motifs raisonnables de croire que celui-ci avait participé aux activités d'organisations terroristes. Selon le juge Noël, le comportement et les mensonges de M. Harkat étaient compatibles avec la thèse voulant qu'il soit entré au Canada comme agent « dormant » agissant pour des organisations terroristes.

[18] M. Harkat a interjeté appel des conclusions du juge Noël. La Cour d'appel fédérale (sous la plume du juge Létourneau) a accueilli l'appel en partie : 2012 CAF 122, [2012] 3 R.C.F. 635. Elle a convenu avec le juge Noël que le régime de la *LIPR* modifié était constitutionnel. Cependant, elle a conclu que l'identité des sources humaines du SCRS n'était pas protégée par un privilège. Elle a également exclu de la preuve les résumés des conversations interceptées auxquelles M. Harkat n'avait pas participé. Elle a renvoyé l'affaire au juge Noël pour que celui-ci rende un nouveau jugement en se fondant sur ce qu'il restait du dossier après l'exclusion des résumés.

II. Les questions en litige

[19] Les ministres ont interjeté appel devant la Cour, sollicitant le rétablissement de la conclusion du juge Noël selon laquelle le certificat de sécurité était raisonnable. Ils demandent aussi la reconnaissance du privilège des sources humaines du SCRS.

[20] Mr. Harkat cross-appeals. He asks this Court to find the amended *IRPA* scheme unconstitutional. Alternatively, he seeks a new reasonableness hearing before a new designated judge, the exclusion of the summaries of all the intercepted conversations for which the original CSIS operational materials were destroyed, and permission for his special advocates to interview and cross-examine the human sources. He also takes issue with Noël J.'s weighing of "open source" evidence (such as books on terrorism and publications in political science periodicals), which led him to conclude that the individuals with whom Mr. Harkat associated were members of terrorist organizations.

[21] In addition, the special advocates contest Noël J.'s refusal to order a stay of proceedings. They contend that the ministers breached their duties of candour and utmost good faith, and that the proceedings did not allow them to meaningfully test the case brought against Mr. Harkat.

[22] This appeal raises the following issues:

- A. Does the *IRPA* scheme violate the *Charter*?
- B. Are CSIS human sources covered by privilege and can they be cross-examined?
- C. Did the designated judge err in refusing to exclude the summaries of intercepted conversations?
- D. Did the ministers breach their duties of candour and utmost good faith?
- E. Were the proceedings against Mr. Harkat fair?
- F. Did the designated judge err in concluding that the security certificate was reasonable?

[20] M. Harkat a formé un pourvoi incident et demande à la Cour de conclure à l'inconstitutionnalité du régime de la *LIPR* modifié. Subsidiairement, il sollicite la tenue d'une nouvelle audition sur le caractère raisonnable du certificat de sécurité devant un autre juge, l'exclusion des résumés de toutes les conversations interceptées tirées des documents opérationnels originaux du SCRS qui ont été détruits, et l'autorisation pour ses avocats spéciaux de questionner et de contre-interroger les sources humaines. Il conteste aussi la façon dont le juge Noël a évalué la preuve provenant de « sources ouvertes » (par exemple des livres sur le terrorisme et des articles publiés dans des périodiques de sciences politiques), preuve l'ayant amené à conclure que les personnes avec lesquelles M. Harkat s'était associé étaient membres d'organisations terroristes.

[21] Pour leur part, les avocats spéciaux contestent le refus du juge Noël d'ordonner l'arrêt des procédures. Ils font valoir que les ministres ont manqué à leurs obligations de franchise et de bonne foi la plus absolue, et que la procédure ne leur a pas permis de mettre en doute convenablement la preuve présentée contre M. Harkat.

[22] Le présent pourvoi soulève les questions suivantes :

- A. Le régime établi par la *LIPR* viole-t-il la *Charte*?
- B. Les sources humaines du SCRS sont-elles protégées par un privilège et peuvent-elles être contre-interrogées?
- C. Le juge désigné a-t-il commis une erreur en refusant d'exclure les résumés des conversations interceptées?
- D. Les ministres ont-ils manqué à leurs obligations de franchise et de bonne foi la plus absolue?
- E. Les procédures contre M. Harkat ont-elles été équitables?
- F. Le juge désigné a-t-il commis une erreur en concluant que le certificat de sécurité était raisonnable?

III. Analysis

Preliminary Comment

[23] At the request of the ministers, this Court conducted two distinct hearings on this appeal. One was open to the public, while the second was held behind closed doors. Having heard the confidential submissions, it is my view that it was unnecessary to conduct a portion of the appeal hearing behind closed doors.

[24] The open court principle is “a hallmark of a democratic society and applies to all judicial proceedings”: *Vancouver Sun (Re)*, 2004 SCC 43, [2004] 2 S.C.R. 332, at para. 23; see also D. M. Paciocco, “When Open Courts Meet Closed Government” (2005), 29 *S.C.L.R.* (2d) 385, at pp. 391-95; *Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney General)*, [1996] 3 S.C.R. 480, at para. 20. “National security does not negate the open court principle”: C. Forcese, *National Security Law: Canadian Practice in International Perspective* (2008), at p. 402. The Supreme Court of the United Kingdom recently commented unfavourably on a hearing that it held behind closed doors at the request of the government, which had raised national security concerns: *Bank Mellat v. H. M. Treasury*, [2013] UKSC 38, [2013] 4 All E.R. 495, at para. 60, *per* Lord Neuberger P.S.C. It noted that closed evidence is factual in nature, whereas the points debated before appellate courts are essentially legal: *ibid.* Consequently, the Supreme Court found that closed hearings before it would rarely, if ever, be necessary for the proper disposition of an appeal.

[25] The issues in this appeal do not turn on confidential information and could have been debated fully in public without any serious risk of disclosure, supplemented where necessary by brief closed written submissions and by the closed record. The special advocates could have been given judicial permission to make public submissions, so long

III. Analyse

Remarque préliminaire

[23] À la demande des ministres, la Cour a tenu deux audiences distinctes en l’espèce. Une d’entre elles s’est déroulée publiquement, l’autre à huis clos. Après avoir entendu les observations confidentielles, j’estime que le huis clos n’était pas nécessaire.

[24] Le principe de la publicité des débats en justice est « une caractéristique d’une société démocratique et s’applique à toutes les procédures judiciaires » : *Vancouver Sun (Re)*, 2004 CSC 43, [2004] 2 R.C.S. 332, par. 23; voir aussi D. M. Paciocco, « When Open Courts Meet Closed Government » (2005), 29 *S.C.L.R.* (2d) 385, p. 391-395; *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 480, par. 20. [TRADUCTION] « La sécurité nationale n’écarte pas le principe de la publicité des débats en justice » : C. Forcese, *National Security Law : Canadian Practice in International Perspective* (2008), p. 402. La Cour suprême du Royaume-Uni a récemment émis des commentaires défavorables relativement à une audience qu’elle avait tenue à huis clos à la demande du gouvernement, demande fondée sur des préoccupations liées à la sécurité nationale : *Bank Mellat c. H. M. Treasury*, [2013] UKSC 38, [2013] 4 All E.R. 495, par. 60, lord Neuberger P.C.S. Elle a souligné que les éléments de preuve confidentiels sont de nature factuelle, alors que les points débattus devant les tribunaux d’appel sont essentiellement des questions de droit : *ibid.* La Cour suprême du Royaume-Uni a donc conclu que des audiences à huis clos ne seraient que rarement, sinon jamais, nécessaires pour lui permettre de bien trancher un pourvoi.

[25] Les questions soulevées dans le présent pourvoi ne portent pas sur des renseignements confidentiels. Elles auraient donc pu être débattues totalement en public sans risque réel de divulgation, et ces débats être complétés, au besoin, de brèves observations confidentielles par écrit et du dossier confidentiel. Les avocats spéciaux auraient pu être autorisés à

as they refrained from disclosing confidential information: see s. 85.4(2) and (3) of the *Immigration and Refugee Protection Act* (“*IRPA*”).

[26] The content of the closed hearing overlapped significantly with the open hearing and did not assist this Court in deciding the issues before it. It served only to foster an appearance of opacity of these proceedings, which runs contrary to the fundamental principles of transparency and accountability.

[27] I now turn to the issues on appeal.

A. *Does the IRPA Scheme Violate the Charter?*

[28] Mr. Harkat and his special advocates contend that the *IRPA* scheme fails to provide a fair process to the named person, as required by s. 7 of the *Charter*. They argue that the regime is unconstitutional because it provides insufficient disclosure to the named person, does not allow the special advocates to communicate freely with the named person, and allows for the admission of hearsay evidence.

[29] After providing a brief overview of the *IRPA* scheme, I will address in turn Mr. Harkat’s rights under s. 7 of the *Charter*, the principles that guide the scheme, and the scheme’s alleged defects.

(1) Overview of the *IRPA* Scheme

(a) *Commencement of Proceedings*

[30] A security certificate may be issued by the ministers for the removal from Canada of a non-citizen (whether a permanent resident or a foreign national) who is inadmissible on security grounds. The grounds for inadmissibility include engaging in terrorism, being a danger to the security of Canada, engaging in acts of violence that would or might

présenter des observations en audience publique, à condition de ne révéler aucun renseignement confidentiel : voir par. 85.4(2) et (3) de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés* (« *LIPR* »).

[26] Les renseignements communiqués lors des audiences publiques et à huis clos se recoupaient considérablement et n’ont pas aidé la Cour à trancher les questions dont elle était saisie. L’audience à huis clos n’a servi qu’à entretenir l’apparente opacité de l’instance, ce qui contrevient aux principes fondamentaux de transparence et de responsabilisation.

[27] Je passe maintenant à l’examen des questions soulevées dans le présent pourvoi.

A. *Le régime établi par la LIPR viole-t-il la Charte?*

[28] M. Harkat et ses avocats spéciaux soutiennent que le régime établi par la *LIPR* n’offre pas un processus équitable à la personne visée comme l’exige l’art. 7 de la *Charte*. Selon eux, ce régime est inconstitutionnel parce qu’il n’autorise qu’une communication insuffisante à la personne visée, ne permet pas aux avocats spéciaux de communiquer librement avec celle-ci, et permet l’admission d’une preuve par oui-dire.

[29] Après avoir donné un aperçu du régime établi par la *LIPR*, j’examinerai successivement les droits garantis à M. Harkat par l’art. 7 de la *Charte*, les principes qui sous-tendent ce régime et les défauts qui lui sont reprochés.

(1) Aperçu du régime établi par la *LIPR*

a) *Introduction de l’instance*

[30] Les ministres peuvent délivrer un certificat de sécurité pour renvoyer du Canada un non-citoyen (qu’il soit un résident permanent ou un étranger) interdit de territoire pour raison de sécurité. Les motifs d’interdiction de territoire comprennent le fait de se livrer au terrorisme, de constituer un danger pour la sécurité du Canada, d’être l’auteur

endanger the lives or safety of persons in Canada, or being a member of an organization that engages in terrorism: s. 34, *IRPA*. The ministers must have reasonable grounds to believe that the facts giving rise to inadmissibility have occurred, are occurring, or may occur: s. 33, *IRPA*.

[31] As a practical matter, the process commences when CSIS presents a Security Intelligence Report (“SIR”) to the ministers. The SIR sets out in detail the allegations and evidence grounding inadmissibility. If the ministers conclude that the allegations in the SIR are reasonably grounded, they issue a security certificate.

[32] Once the certificate is issued, the ministers must refer it to the Federal Court: s. 77(1), *IRPA*. The Federal Court judge who is designated to hear the case “shall determine whether the certificate is reasonable and shall quash the certificate if he or she determines that it is not”: s. 78, *IRPA*. If the designated judge deems the certificate to be reasonable, the named person is inadmissible and the certificate becomes a removal order in force: s. 80, *IRPA*. The named person may be arrested and detained for the duration of the proceedings before the Federal Court: s. 81, *IRPA*.

(b) *The Disclosure of Summaries to the Named Person*

[33] The named person must be given summaries of the information and evidence which allow him to be reasonably informed of the case against him: ss. 77(2) and 83(1)(e), *IRPA*. The summaries must “not include anything that, in the judge’s opinion, would be injurious to national security or endanger the safety of any person if disclosed”: s. 83(1)(e), *IRPA*.

(c) *Special Advocates*

[34] The judge must appoint one or more special advocates to protect the interests of the named person in closed hearings: s. 83(1)(b), *IRPA*. These hearings are held *in camera* and *ex parte*, in order

de tout acte de violence susceptible de mettre en danger la vie ou la sécurité d’autrui au Canada, ou d’être membre d’une organisation qui se livre au terrorisme : art. 34 *LIPR*. Les ministres doivent avoir des motifs raisonnables de croire que les faits important interdiction de territoire sont survenus, surviennent ou peuvent survenir : art. 33 *LIPR*.

[31] En pratique, le processus s’amorce lorsque le SCRS remet aux ministres un rapport secret en matière de sécurité (« RSS »). Le RSS expose en détail les allégations et les éléments de preuve fondant l’interdiction de territoire. Si les ministres sont d’avis que les allégations contenues dans le RSS reposent sur un fondement raisonnable, ils délivrent un certificat de sécurité.

[32] Une fois le certificat délivré, les ministres doivent le déposer à la Cour fédérale : par. 77(1) *LIPR*. Le juge de la Cour fédérale désigné pour instruire l’affaire « décide du caractère raisonnable du certificat et l’annule s’il ne peut conclure qu’il est raisonnable » : art. 78 *LIPR*. Si le juge désigné estime le certificat raisonnable, la personne visée est interdite de territoire et le certificat devient une mesure de renvoi en vigueur : art. 80 *LIPR*. La personne visée peut être arrêtée et mise en détention pendant toute la durée de l’instance en Cour fédérale : art. 81 *LIPR*.

(b) *Communication de résumés à la personne visée*

[33] Il faut remettre à la personne visée des résumés des renseignements et des éléments de preuve qui lui permettent d’être suffisamment informée de la thèse contre elle : par. 77(2) et al. 83(1)(e) *LIPR*. Les résumés ne doivent « comporte[r] aucun élément dont la divulgation porterait atteinte, selon [le juge], à la sécurité nationale ou à la sécurité d’autrui » : al. 83(1)(e) *LIPR*.

(c) *Avocats spéciaux*

[34] Le juge nomme un ou plusieurs avocats spéciaux pour défendre les intérêts de la personne visée aux audiences à huis clos : al. 83(1)(b) *LIPR*. Ces audiences se déroulent à huis clos et *ex parte*

to permit the Minister to present information and evidence the public disclosure of which could be injurious to national security or endanger the safety of a person: s. 83(1)(c), *IRPA*.

[35] Special advocates are security-cleared lawyers whose role is to protect the interests of the named person and “to make up so far as possible for the [named person’s] own exclusion from the evidentiary process”: S. Sedley, “Terrorism and security: back to the future?”, in D. Cole, F. Fabbrini and A. Vidaschi, eds., *Secrecy, National Security and the Vindication of Constitutional Law* (2013), 13, at p. 16. During the closed hearings, they perform the functions that the named person’s counsel (the “public counsel”) performs in the open hearings. They do so by challenging the Minister’s claims that information or evidence should not be disclosed, and by testing the relevance, reliability, and sufficiency of the secret evidence: s. 85.1(1) and (2), *IRPA*. They are active participants in the closed hearings. They may make submissions and cross-examine witnesses who appear in those hearings: s. 85.2(a) and (b), *IRPA*. The *IRPA* scheme also provides that the special advocates may “exercise, with the judge’s authorization, any other powers that are necessary to protect the interests” of the named person: s. 85.2(c), *IRPA*.

[36] No solicitor-client relationship exists between the special advocates and the named person: s. 85.1(3), *IRPA*. However, solicitor-client privilege is deemed to apply to exchanges between the special advocates and the named person, provided that those exchanges would attract solicitor-client privilege at common law: s. 85.1(4), *IRPA*. As Lutfy C.J. put it, “[a]s between special advocates and named persons, Division 9 protects information and not relationships. . . . The information that passes between them, absent the solicitor and client relationship, is deemed to be protected”: *Almrei (Re)*, 2008 FC 1216, [2009] 3 F.C.R. 497, at paras. 56-57.

pour que le ministre puisse présenter des renseignements et éléments de preuve dont la divulgation publique pourrait porter atteinte à la sécurité nationale ou à la sécurité d’autrui : al. 83(1)c) *LIPR*.

[35] Les avocats spéciaux possèdent une habilitation de sécurité et ont pour rôle de défendre les intérêts de la personne visée et [TRADUCTION] « de compenser autant que possible l’exclusion de [la personne visée] elle-même du processus de présentation de la preuve » : S. Sedley, « Terrorism and security : back to the future? », dans D. Cole, F. Fabbrini et A. Vidaschi, dir., *Secrecy, National Security and the Vindication of Constitutional Law* (2013), 13, p. 16. Au cours des audiences à huis clos, les avocats spéciaux exercent les fonctions remplies par le conseil de la personne visée (l’« avocat public ») durant les audiences publiques. Ils s’acquittent de ces fonctions en contestant les affirmations du ministre voulant que des renseignements ou des éléments de preuve ne doivent pas être divulgués, et en évaluant la pertinence, la fiabilité et la suffisance de la preuve secrète : par. 85.1(1) et (2) *LIPR*. En somme, ils participent activement aux audiences à huis clos. Ils peuvent présenter des observations et contre-interroger les témoins qui comparaissent lors de ces audiences : al. 85.2a) et b) *LIPR*. Le régime établi par la *LIPR* leur permet aussi d’« exercer, avec l’autorisation du juge, tout autre pouvoir nécessaire à la défense des intérêts » de la personne visée : al. 85.2c) *LIPR*.

[36] Aucune relation avocat-client n’existe entre les avocats spéciaux et la personne visée : par. 85.1(3) *LIPR*. Le secret professionnel liant l’avocat à son client est toutefois réputé s’appliquer à leurs échanges, pourvu que ces derniers soient de ceux qui seraient protégés par ce secret en common law : par. 85.1(4) *LIPR*. Comme l’a dit le juge en chef Lutfy, « [e]ntre avocats spéciaux et personnes désignées, la section 9 protège les renseignements et non les relations. [. . .] Leurs communications, sans qu’il existe une relation entre avocat et client, sont réputées être protégées » : *Almrei (Re)*, 2008 FC 1216, [2009] 3 R.C.F. 497, par. 56-57.

[37] Strict communication rules apply to special advocates, in order to prevent the inadvertent disclosure of sensitive information. After the special advocates are provided with the confidential information and evidence, they “may, during the remainder of the proceeding, communicate with another person about the proceeding only with the judge’s authorization and subject to any conditions that the judge considers appropriate”: s. 85.4(2), *IRPA*. Read plainly, “this prohibition covers all information about the proceeding from both public and private sessions, including any testimony given in the absence of the public and the named person and their counsel”: *Almrei*, at para. 16. By contrast, any other person — such as the ministers’ counsel or the court personnel in attendance at closed hearings — is subject to significantly fewer restrictions on communication. Other persons must refrain from communicating about the proceedings only (i) if they have had a court-authorized communication with the special advocates and the judge has specifically prohibited them from communicating with anyone else about the proceeding, or (ii) if the communication would disclose the content of a closed hearing: ss. 85.4(3), 85.5(a) and (b), *IRPA*.

(d) *Admissibility of Evidence*

[38] The usual rules of evidence do not apply to the proceedings. Instead, “the judge may receive into evidence anything that, in the judge’s opinion, is reliable and appropriate, even if it is inadmissible in a court of law, and may base a decision on that evidence”: s. 83(1)(h), *IRPA*.

[39] The *IRPA* scheme provides that the judge’s decision can be based on information or evidence that is not disclosed in summary form to the named person: s. 83(1)(i). It does not specify expressly whether a decision can be based in whole, or only in part, on information and evidence that is not disclosed to the named person.

[37] Des règles strictes de communication s’appliquent aux avocats spéciaux pour empêcher que des renseignements sensibles soient divulgués par inadvertance. Ainsi, après avoir reçu les renseignements et éléments de preuve confidentiels, ces avocats « ne peu[ven]t communiquer avec qui que ce soit au sujet de l’instance [jusqu’à la fin de celle-ci] si ce n’est avec l’autorisation du juge et aux conditions que celui-ci estime indiquées » : par. 85.4(2) *LIPR*. Interprétée selon son sens ordinaire, « cette interdiction englobe tous les renseignements relatifs à l’instance qui sont issus des audiences publiques ou à huis clos, notamment tout témoignage produit en l’absence du public, de la personne désignée et de son avocat » : *Almrei*, par. 16. À l’inverse, tous les autres intervenants — comme l’avocat des ministres ou les membres du personnel judiciaire assistant aux audiences à huis clos — sont assujettis à beaucoup moins de restrictions en matière de communication. Ils doivent éviter de communiquer de l’information à propos de l’instance uniquement (i) s’ils ont été autorisés par le tribunal à communiquer avec les avocats spéciaux et le juge leur a expressément interdit de communiquer avec qui que ce soit d’autre au sujet de l’instance, ou (ii) si la communication avait pour effet de révéler le contenu d’une audience à huis clos : par. 85.4(3) et al. 85.5(a) et (b) *LIPR*.

d) *Admissibilité de la preuve*

[38] Les règles ordinaires de preuve ne s’appliquent pas à l’instance. En effet, « [le juge] peut recevoir et admettre en preuve tout élément — même inadmissible en justice — qu’il estime digne de foi et utile et peut fonder sa décision sur celui-ci » : al. 83(1)(h) *LIPR*.

[39] D’après le régime établi par la *LIPR*, le juge peut fonder sa décision sur des renseignements ou éléments de preuve dont un résumé n’est pas fourni à la personne visée : al. 83(1)(i). Le régime ne précise pas expressément si la décision peut reposer entièrement, ou seulement en partie, sur des renseignements et des éléments de preuve qui ne sont pas communiqués à la personne visée.

(2) The Section 7 Charter Right to a Fair Process

[40] In *Charkaoui I*, this Court found that the *IRPA* scheme engages significant life, liberty, and security of the person interests: paras. 12-16. Laws that interfere with these interests must conform to the principles of fundamental justice. If they fail to do so, they breach s. 7 of the *Charter* and fall to be justified under s. 1 of the *Charter*.

[41] Pursuant to the principles of fundamental justice, a named person must be provided with a fair process: *Charkaoui I*, at paras. 19-20. At issue in the present appeal are two interrelated aspects of the right to a fair process: the right to know and meet the case, and the right to have a decision made by the judge on the facts and the law. The named person must “be informed of the case against him or her, and be permitted to respond to that case”: *Charkaoui I*, at para. 53. Correlatively, the named person’s knowledge of the case and participation in the process must be sufficient to result in the designated judge being “exposed to the whole factual picture” of the case and having the ability to apply the relevant law to those facts: *ibid.*, at para. 51.

[42] This said, the assessment of whether a process is fair must take into account the legitimate need to protect information and evidence that is critical to national security. As I wrote in *Charkaoui I*, “[i]nformation may be obtained from other countries or from informers on condition that it not be disclosed. Or it may simply be so critical that it cannot be disclosed without risking public security”: para. 61.

[43] Full disclosure of information and evidence to the named person may be impossible. However, the basic requirements of procedural justice must be met “in an alternative fashion appropriate to the context, having regard to the government’s objective and the interests of the person affected”: *Charkaoui I*, at para. 63. The alternative proceedings

(2) Le droit à un processus équitable garanti par l’art. 7 de la Charte

[40] La Cour a conclu dans *Charkaoui I* que le régime établi par la *LIPR* met en jeu les droits importants à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne : par. 12-16. Les lois portant atteinte à ces droits doivent être conformes aux principes de justice fondamentale, à défaut de quoi elles violent l’art. 7 de la *Charte* et doivent être justifiées au sens de l’article premier de cette dernière.

[41] Les principes de justice fondamentale exigent que la personne visée bénéficie d’un processus équitable : *Charkaoui I*, par. 19-20. En l’espèce, le litige porte sur deux aspects interreliés du droit à un processus équitable : celui de connaître la preuve et de la réfuter, et celui à ce que le juge statue sur les faits et le droit. La personne visée doit « [être] informé[e] des allégations formulées contre [elle] et a[voir] la possibilité d’y répondre » : *Charkaoui I*, par. 53. En corollaire, la personne visée doit suffisamment connaître l’affaire et participer au processus pour que le juge désigné « pren[n]e connaissance de tous les faits » en cause et soit à même d’appliquer les règles de droit applicables à ces faits : *ibid.*, par. 51.

[42] Cela dit, pour déterminer si un processus est équitable, il faut tenir compte du besoin légitime de protéger les renseignements et éléments de preuve critiques pour la sécurité nationale. Comme je l’ai dit dans *Charkaoui I*, « [d]es renseignements peuvent avoir été fournis par des pays ou des informateurs à la condition qu’ils ne soient pas divulgués. Il peut aussi arriver que des renseignements soient sensibles au point de ne pouvoir être communiqués sans que la sécurité publique soit compromise » : par. 61.

[43] Il peut s’avérer impossible de communiquer tous les renseignements et éléments de preuve à la personne visée. Par contre, les exigences fondamentales de la justice en matière de procédure doivent être respectées « d’une autre façon adaptée au contexte, compte tenu de l’objectif du gouvernement et des intérêts de la personne touchée » :

must constitute a substantial substitute to full disclosure. Procedural fairness does not require a perfect process — there is necessarily some give and take inherent in fashioning a process that accommodates national security concerns: *Ruby v. Canada (Solicitor General)*, 2002 SCC 75, [2002] 4 S.C.R. 3, at para. 46.

[44] The overarching question, therefore, is whether the amended *IRPA* scheme provides a named person with a fair process, taking into account the imperative of protecting confidential national security information.

(3) The Guiding Principles of the *IRPA* Scheme

[45] The alleged defects in the *IRPA* scheme must be assessed in light of the scheme’s overall design. Two central principles guide the scheme.

[46] First, the designated judge is intended to play a gatekeeper role. The judge is vested with broad discretion and must ensure not only that the record supports the reasonableness of the ministers’ finding of inadmissibility, but also that the overall process is fair: “. . . in a special advocate system, an unusual burden will continue to fall on judges to respond to the absence of the named person by pressing the government side more vigorously than might otherwise be the case” (C. Forcese and L. Waldman, “Seeking Justice in an Unfair Process: Lessons from Canada, the United Kingdom, and New Zealand on the Use of ‘Special Advocates’ in National Security Proceedings” (2007) (online), at p. 60). Indeed, the *IRPA* scheme expressly requires the judge to take into account “considerations of fairness and natural justice” when conducting the proceedings: s. 83(1)(a), *IRPA*. The designated judge must take an interventionist approach, while stopping short of assuming an inquisitorial role.

Charkaoui I, par. 63. L’autre procédure doit remplacer pour l’essentiel la divulgation complète. L’équité procédurale n’exige pas que le processus soit parfait; la conception d’un processus répondant aux préoccupations en matière de sécurité nationale implique nécessairement certains compromis : *Ruby c. Canada (Solliciteur général)*, 2002 CSC 75, [2002] 4 R.C.S. 3, par. 46.

[44] La principale question est donc celle de savoir si le régime modifié établi par la *LIPR* permet à la personne visée de bénéficier d’un processus équitable, compte tenu de l’impératif de protéger les renseignements confidentiels touchant la sécurité nationale.

(3) Les principes directeurs du régime établi par la *LIPR*

[45] Les vices dont serait entaché le régime établi par la *LIPR* doivent être examinés à la lumière de la structure globale de ce régime qui s’articule autour de deux principes fondamentaux.

[46] Premièrement, le juge désigné est censé jouer le rôle de gardien. Il est investi d’un large pouvoir discrétionnaire et doit s’assurer non seulement que le dossier était le caractère raisonnable de la conclusion d’interdiction de territoire tirée par les ministres, mais aussi que l’ensemble du processus est équitable : [TRADUCTION] « . . . dans un système d’avocats spéciaux, le juge se verra encore imposer le fardeau inhabituel de réagir à l’absence de la personne visée en talonnant la partie gouvernementale avec plus de vigueur qu’il ne le ferait en présence de cette personne » (C. Forcese et L. Waldman, « Seeking Justice in an Unfair Process : Lessons from Canada, the United Kingdom, and New Zealand on the Use of “Special Advocates” in National Security Proceedings » (2007) (en ligne), p. 60). D’ailleurs, le régime établi par la *LIPR* exige expressément du juge qu’il tienne compte des « considérations d’équité et de justice naturelle » dans l’instruction de l’instance : al. 83(1)a) *LIPR*. Le juge désigné doit adopter une approche interventionniste, sans pour autant jouer un rôle inquisitoire.

[47] Second, participation of the special advocates in closed hearings is intended to be a substantial substitute for personal participation by the named person in those hearings. With respect to the confidential portion of the case against the named person, the special advocates must be in a position to act as vigorously and effectively as the named person himself would act in a public proceeding. Indeed, Parliament added special advocates as a feature of the *IRPA* scheme in order to bring it into compliance with the substantive requirements of s. 7 of the *Charter*, as articulated in *Charkaoui I*. Whether the scheme allows for this intention to become a reality is the central constitutional issue in this appeal, to which I now turn.

(4) The Alleged Shortfalls of the *IRPA* Scheme

[48] In essence, Mr. Harkat alleges that the disclosure of public summaries and the representation of the interests of the named person by special advocates do not suffice to bring the *IRPA* scheme into compliance with the requirements of s. 7 of the *Charter*. I will address each of the alleged defects of the scheme in turn.

(a) *Does the Scheme Provide the Named Person With Sufficient Disclosure?*

[49] Mr. Harkat contends that the public summaries of the closed record are too vague and general. In his view, they do not allow a named person to know and meet the case against him or her. He argues that the essence of the right to know and meet a case is the ability to meet detail with detail. He also contends that the *IRPA* scheme takes too categorical an approach to disclosure: a named person will *never* obtain disclosure of information which would be injurious to national security or to the safety of any person, regardless of the importance of disclosure to the named person's case. A less rights-impairing alternative would be a balancing approach such as the one found in s. 38.06(2) of the *Canada Evidence Act*, R.S.C. 1985, c. C-5 ("*CEA*"), which permits

[47] Deuxièmement, la participation des avocats spéciaux aux audiences à huis clos vise à remplacer, pour l'essentiel, la participation personnelle de la personne visée à ces audiences. Quant au volet confidentiel de la preuve contre la personne visée, les avocats spéciaux doivent être à même d'agir avec autant de vigueur et d'efficacité que le ferait la personne visée elle-même au cours d'une instance publique. En fait, le législateur a intégré la participation des avocats spéciaux au régime établi par la *LIPR* pour le rendre conforme aux exigences de fond de l'art. 7 de la *Charte* telle qu'elles ont été décrites dans *Charkaoui I*. Le fait de savoir si le régime permet de réaliser cette intention est la question constitutionnelle au cœur du présent pourvoi, question que je vais maintenant aborder.

(4) Les carences dont serait entaché le régime établi par la *LIPR*

[48] M. Harkat allègue essentiellement que la communication de résumés publics et la protection des intérêts de la personne visée par des avocats spéciaux ne suffisent pas à rendre le régime établi par la *LIPR* conforme aux exigences de l'art. 7 de la *Charte*. J'examinerai à tour de rôle chacune des carences dont serait entaché ce régime.

a) *Le régime permet-il à la personne visée d'obtenir suffisamment de renseignements?*

[49] M. Harkat soutient que les résumés publics du dossier secret sont trop vagues et généraux. À son avis, ils ne permettent pas à la personne visée de connaître la preuve qui pèse contre elle et d'y répondre. M. Harkat plaide que le droit de connaître la preuve et d'y répondre consiste essentiellement à pouvoir réfuter les détails par des détails. Toujours selon lui, le régime établi par la *LIPR* aborde la divulgation de manière trop catégorique : la personne visée n'obtiendra *jamais* communication des renseignements qui porteraient atteinte à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui, quelle que soit l'importance de la communication pour sa défense. Une solution de rechange moins attentatoire consisterait à ce que le juge désigné se livre à un exercice

the public interest in non-disclosure to be balanced against the public interest in disclosure.

[50] In my view, the *IRPA* scheme provides sufficient disclosure to the named person to be constitutionally compliant. I base this conclusion on the designated judge's statutory duty to ensure that the named person is reasonably informed of the Minister's case throughout the proceedings.

- (i) The *IRPA* Scheme Requires an Incompressible Minimum Amount of Disclosure to the Named Person

[51] At first blush, the provisions of the *IRPA* scheme appear to give precedence to confidentiality of information over the named person's right to know and meet the case. Section 83(1)(e) provides that,

throughout the proceeding, the judge shall ensure that the permanent resident or foreign national is provided with a summary of information and other evidence that enables them to be reasonably informed of the case made by the Minister in the proceeding but that does not include anything that, in the judge's opinion, would be injurious to national security or endanger the safety of any person if disclosed;

Thus, the content of the summaries must be tailored to satisfy the overriding proviso that no information or evidence injurious to national security or to the safety of any person may be disclosed.

[52] The *IRPA* scheme also provides, at s. 83(1)(i), that the judge may base his decision on information or evidence of which the named person has not been informed in summary form: "[T]he judge may base a decision on information or other evidence even if a summary of that information or other evidence is not provided to the permanent resident or foreign national . . .".

comme celui prévu au par. 38.06(2) de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. 1985, ch. C-5 (« *LPC* »), qui permet de mettre en balance les raisons d'intérêt public qui justifient la divulgation et les raisons d'intérêt public qui justifient la non-divulgation.

[50] À mon avis, le régime établi par la *LIPR* prévoit la divulgation à la personne visée de suffisamment de renseignements pour respecter la Constitution. Je fonde cette conclusion sur l'obligation légale du juge désigné de veiller tout au long de l'instance à ce que la personne visée soit suffisamment informée de la thèse des ministres.

- (i) Le régime établi par la *LIPR* exige la divulgation d'une quantité minimale incompressible de renseignements à la personne visée

[51] À première vue, les dispositions du régime établi par la *LIPR* semblent privilégier la confidentialité des renseignements aux dépens du droit de la personne visée de connaître la preuve qui pèse contre elle et d'y répondre. Selon l'al. 83(1)e),

[le juge] veille tout au long de l'instance à ce que soit fourni à l'intéressé un résumé de la preuve qui ne comporte aucun élément dont la divulgation porterait atteinte, selon lui, à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui et qui permet à l'intéressé d'être suffisamment informé de la thèse du ministre à l'égard de l'instance en cause;

Il faut donc rédiger les résumés de façon à ce qu'ils soient conformes à la disposition prépondérante interdisant de divulguer tout renseignement ou élément de preuve préjudiciable à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui.

[52] Le régime établi par la *LIPR* dispose également, à l'al. 83(1)i), que le juge peut fonder sa décision sur des renseignements ou éléments de preuve dont un résumé n'a pas été fourni à la personne visée : « [I] peut fonder sa décision sur des renseignements et autres éléments de preuve même si un résumé de ces derniers n'est pas fourni à l'intéressé . . . ».

[53] The combination of ss. 83(1)(e) and 83(1)(i) could conceivably lead to a situation where the judge makes a decision on the reasonableness of the security certificate despite the fact that the named person has only received severely truncated disclosure. Noël J. even contemplated a scenario where the named person receives virtually no disclosure: “There may come a time when the only evidence to justify inadmissibility on security ground originates from a very sensitive source, and that the disclosure of such evidence, even through a summary, would inevitably disclose the source” (2010 FC 1242, at para. 59). He nevertheless found the disclosure provisions of the *IRPA* scheme to be constitutional.

[54] In my view, Noël J. erred in interpreting the *IRPA* scheme in a manner that allows for that scenario. *Charkaoui I* makes clear that there is an incompressible minimum amount of disclosure that the named person must receive in order for the scheme to comply with s. 7 of the *Charter*. He or she must receive sufficient disclosure to know and meet the case against him or her.

[55] Parliament amended the *IRPA* scheme with the intent of making it compliant with the s. 7 requirements expounded in *Charkaoui I*, and it should be interpreted in light of this intention: *R. v. Ahmad*, 2011 SCC 6, [2011] 1 S.C.R. 110, at paras. 28-29. The *IRPA* scheme’s requirement that the named person be “reasonably informed” (“*suffisamment informé*”) of the Minister’s case should be read as a recognition that the named person must receive an incompressible minimum amount of disclosure.

[56] Under the *IRPA* scheme, a named person is “reasonably informed” if he has personally received sufficient disclosure to be able to give meaningful instructions to his public counsel and meaningful guidance and information to his special advocates which will allow them to challenge the information and evidence relied upon by the Minister in the closed hearings. Indeed, the named person’s ability

[53] L’application combinée des al. 83(1)(e) et (i) pourrait aboutir à une situation où le juge se prononce sur le caractère raisonnable du certificat de sécurité même si la personne visée n’a reçu que des renseignements considérablement tronqués. Le juge Noël a même envisagé un scénario où la personne visée ne recevrait pratiquement aucun renseignement : « Il se peut que, dans certaines affaires, la seule preuve justifiant l’interdiction de territoire pour des raisons de sécurité découle d’une source très sensible et que la divulgation d’une telle preuve, même au moyen d’un résumé, révélerait inévitablement la source » (2010 CF 1242, par. 59). Il a néanmoins jugé constitutionnelles les dispositions du régime établi par la *LIPR* concernant la divulgation.

[54] À mon avis, le juge Noël a commis une erreur en donnant au régime établi par la *LIPR* une interprétation qui ouvre la porte à ce scénario. Il ressort nettement de *Charkaoui I* que la personne visée doit recevoir une quantité minimale incompressible de renseignements pour que le régime soit conforme à l’art. 7 de la *Charte*. Elle doit recevoir des renseignements suffisants pour connaître la preuve qui pèse contre elle et y répondre.

[55] Le législateur a modifié le régime établi par la *LIPR* dans l’intention de le rendre conforme aux exigences de l’art. 7 exposées dans *Charkaoui I*, et il faut l’interpréter en fonction de cette intention : *R. c. Ahmad*, 2011 CSC 6, [2011] 1 R.C.S. 110, par. 28-29. L’exigence de ce régime voulant que la personne visée soit « suffisamment informée » (« *reasonably informed* ») de la thèse du ministre doit être considérée comme une reconnaissance de l’obligation de fournir à la personne visée une quantité minimale incompressible de renseignements.

[56] Suivant le régime établi par la *LIPR*, la personne visée est « suffisamment informée » si elle a reçu elle-même suffisamment de renseignements pour pouvoir donner des instructions utiles à ses avocats publics, mais aussi des indications et des renseignements utiles à ses avocats spéciaux qui permettront à ces derniers de contester l’information et la preuve invoquées par le ministre lors

to answer the Minister’s case hinges on the effectiveness of the special advocates, which in turn depends on the special advocates being provided with meaningful guidance and information. As the House of Lords of the United Kingdom put it in referring to disclosure under the British special advocates regime, the named person

must be given sufficient information about the allegations against him to enable him to give effective instructions in relation to those allegations. . . . Where . . . the open material consists purely of general assertions and the case . . . is based solely or to a decisive degree on closed materials the requirements of a fair trial will not be satisfied, however cogent the case based on the closed materials may be.

(*Secretary of State for the Home Department v. A.F. (No. 3)*, [2009] UKHL 28, [2009] 3 All E.R. 643, at para. 59, *per* Lord Phillips of Worth Matravers)

I would add that the named person need not only be given sufficient information about the allegations against him, but also about the evidence on the record.

[57] The level of disclosure required for a named person to be reasonably informed is case-specific, depending on the allegations and evidence against the named person. Ultimately, the judge is the arbiter of whether this standard has been met. At the very least, the named person must know the essence of the information and evidence supporting the allegations. This excludes the scenario where the named person receives no disclosure whatsoever of essential information or evidence.

[58] The *IRPA* scheme is silent as to what happens if there is an irreconcilable tension between the requirement that the named person be “reasonably informed”, on the one hand, and the imperative that sensitive information not be disclosed, on the other. The *IRPA* scheme does not provide that the “reasonably informed” standard can be compromised. But nor does it provide that sensitive

des audiences à huis clos. En effet, l’aptitude de la personne visée à réfuter la thèse du ministre dépend de l’efficacité des avocats spéciaux, laquelle dépend à son tour de la réception d’indications et de renseignements utiles par ceux-ci. Comme l’a dit la Chambre des lords du Royaume-Uni en parlant de la divulgation prévue par le régime britannique des avocats spéciaux, la personne visée

[TRADUCTION] doit obtenir suffisamment de renseignements au sujet des allégations formulées contre elle pour être en mesure de donner des instructions efficaces relativement à ces allégations. [. . .] Lorsque [. . .] les documents publics contiennent uniquement des affirmations générales et que l’affaire [. . .] est fondée exclusivement ou à un degré décisif sur des documents secrets, les exigences d’un procès équitable ne sont pas respectées, aussi convaincant que puisse être la cause fondée sur les documents secrets.

(*Secretary of State for the Home Department c. A.F. (No. 3)*, [2009] UKHL 28, [2009] 3 All E.R. 643, par. 59, lord Phillips of Worth Matravers)

J’ajouterais que la personne visée doit obtenir assez de renseignements non seulement au sujet des allégations formulées contre elle, mais également à propos de la preuve au dossier.

[57] L’étendue de la divulgation requise pour que la personne visée soit suffisamment informée varie d’une affaire à l’autre, selon les allégations et la preuve qui pèsent contre elle. En dernier ressort, c’est au juge qu’il appartient de décider si cette norme a été respectée. La personne visée doit à tout le moins connaître l’essentiel des renseignements et de la preuve à l’appui des allégations, ce qui exclut le scénario où elle ne reçoit aucune divulgation quelle qu’elle soit des renseignements ou éléments de preuve essentiels.

[58] Le régime établi par la *LIPR* n’indique pas ce qui arrive en cas de tension irréconciliable entre les exigences voulant que la personne visée soit « suffisamment informée », d’une part, et l’impératif de ne pas divulguer les renseignements sensibles, d’autre part. Le régime en cause ne permet pas de faire entorse à la norme de la personne « suffisamment informée », pas plus qu’il n’autorise à divulguer des

information can be disclosed where this is absolutely necessary in order for the “reasonably informed” standard to be met.

[59] In my view, the necessary outcome of situations where there is an irreconcilable tension is that the Minister must withdraw the information or evidence whose non-disclosure prevents the named person from being reasonably informed. In some cases, this may effectively compel the Minister to put an end to the proceedings.

[60] To hold that the Minister can rely on essential information and evidence of which the named person cannot be reasonably informed would force the judge to violate the responsibility expressly placed on him by the statute, i.e. his duty to ensure that the named person remain reasonably informed throughout the proceedings. It cannot have been Parliament’s intent to design a scheme in which the judge is required to violate the responsibilities placed upon him. Consequently, the *IRPA* scheme must be interpreted as precluding the Minister from bringing a case in respect of which the named person cannot be kept reasonably informed. The scheme mandates that the named person remain reasonably informed — i.e. that he be able to give meaningful instructions to his public counsel and meaningful guidance and information to his special advocates — throughout the proceedings. If the named person is not reasonably informed, the proceedings will not have been in compliance with the *IRPA* scheme and the judge cannot confirm the certificate’s reasonableness. In such a case, the judge must quash the certificate, pursuant to s. 78 of the *IRPA*.

(ii) Only Information or Evidence That Raises a Serious Risk Must Be Withheld

[61] Only information and evidence that raises a *serious* risk of injury to national security or danger to the safety of a person can be withheld from the named person. The judge must ensure throughout the proceedings that the Minister does not cast too wide a net with his claims of confidentiality.

renseignements sensibles lorsque leur divulgation est absolument nécessaire pour satisfaire à cette norme.

[59] J’estime qu’en cas de tension irréconciliable, le ministre doit retirer les renseignements ou les éléments de preuve dont la non-divulgation empêche la personne visée d’être suffisamment informée. Dans certains cas, cette tension irréconciliable pourrait, dans les faits, contraindre le ministre à mettre un terme à l’instance.

[60] Conclure à la possibilité pour le ministre d’invoquer des renseignements et éléments de preuve essentiels dont la personne visée ne peut pas être suffisamment informée obligerait le juge à faillir à la responsabilité que lui confie expressément la loi, soit veiller tout au long de l’instance à ce que la personne visée soit suffisamment informée. Le législateur ne peut avoir eu l’intention de concevoir un régime obligeant le juge à faillir aux responsabilités qui lui sont confiées. En conséquence, le régime établi par la *LIPR* doit être interprété comme interdisant au ministre d’engager une procédure à l’égard de laquelle la personne visée ne peut être tenue suffisamment informée. Le régime requiert que la personne visée demeure suffisamment informée — c.-à-d. qu’elle doit être en mesure de donner des instructions utiles à ses avocats publics et des indications et des renseignements utiles à ses avocats spéciaux — tout au long de l’instance. Si elle n’est pas suffisamment informée, l’instance ne respecte pas le régime établi par la *LIPR* et le juge ne peut confirmer le caractère raisonnable du certificat. En pareil cas, il doit annuler le certificat en application de l’art. 78 de la *LIPR*.

(ii) Seuls les renseignements et les éléments de preuve qui soulèvent un risque sérieux doivent être gardés confidentiels

[61] Seuls les renseignements et les éléments de preuve qui soulèvent un risque *sérieux* d’atteinte à la sécurité nationale ou à la sécurité d’autrui peuvent être soustraits à la connaissance de la personne visée. Tout au long de l’instance, il incombe au juge de garantir que le ministre ne vise pas trop large lorsqu’il invoque la confidentialité.

[62] While the *IRPA* scheme provides that closed hearings must be held when the disclosure of information *could* be injurious (s. 83(1)(c), *IRPA*), it mandates the withholding of information from public summaries only if its disclosure *would, in the judge's opinion*, be injurious (s. 83(1)(e), *IRPA*). The judge must err on the side of caution in ordering closed hearings during which he can ascertain the validity of the Minister's position with respect to the sensitivity of given information or evidence. However, once the judge has heard the parties, he must ensure that only information or evidence which *would* injure national security or endanger the safety of a person is withheld from the named person. "It is the Ministers who bear the burden of establishing that disclosure not only could but would be injurious to national security, or endanger the safety of any person": *Jaballah, Re*, 2009 FC 279, 340 F.T.R. 43, at para. 9, *per* Dawson J. (emphasis added).

[63] The judge must be vigilant and skeptical with respect to the Minister's claims of confidentiality. Courts have commented on the government's tendency to exaggerate claims of national security confidentiality: *Canada (Attorney General) v. Almalki*, 2010 FC 1106, [2012] 2 F.C.R. 508, at para. 108; *Khadr v. Canada (Attorney General)*, 2008 FC 549, 329 F.T.R. 80, at paras. 73-77 and 98; see generally C. Forcese, "Canada's National Security 'Complex': Assessing the Secrecy Rules" (2009), 15:5 *IRPP Choices* 3. As Justice O'Connor commented in his report on the Arar inquiry,

overclaiming exacerbates the transparency and procedural fairness problems that inevitably accompany any proceeding that can not be fully open because of [national security confidentiality] concerns. It also promotes public suspicion and cynicism about legitimate claims by the Government of national security confidentiality.

(Commission of Inquiry into the Actions of Canadian Officials in Relation to Maher Arar, *Report of*

[62] Le régime établi par la *LIPR* prévoit certes la tenue d'audiences à huis clos si la divulgation de renseignements *pouvait* porter atteinte à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui (al. 83(1)c) *LIPR*); il intime toutefois de taire dans les résumés de la preuve seulement les renseignements dont la divulgation *porterait* atteinte, *selon le juge*, à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui (al. 83(1)e) *LIPR*). Le juge doit privilégier la prudence lorsqu'il s'agit d'ordonner la tenue d'audiences à huis clos durant lesquelles il peut examiner la validité de la position du ministre quant au degré de sensibilité de certains renseignements ou éléments de preuve. Cela dit, après avoir entendu les parties, le juge doit garantir que seuls les renseignements ou les éléments de preuve qui *porteraient* atteinte à la sécurité nationale ou à celle d'autrui sont soustraits à la connaissance de la personne visée. « Il incombe aux ministres d'établir que la divulgation non seulement pourrait porter atteinte mais qu'elle porterait effectivement atteinte à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui » : *Jaballah (Re)*, 2009 CF 279 (CanLII), par. 9, la juge Dawson (je souligne).

[63] Le juge doit être vigilant et sceptique quant aux allégations du ministre relatives à la confidentialité. Les tribunaux ont formulé des commentaires quant à la propension du gouvernement à exagérer les réclamations de confidentialité fondées sur la sécurité nationale : *Canada (Procureur général) c. Almalki*, 2010 CF 1106, [2012] 2 R.C.F. 508, par. 108; *Khadr c. Canada (Procureur général)*, 2008 CF 549 (CanLII), par. 73-77 et 98; voir plus généralement C. Forcese, « Canada's National Security "Complex" : Assessing the Secrecy Rules » (2009), 15:5 *IRPP Choices* 3. Comme l'a affirmé le juge O'Connor dans son rapport sur la Commission Arar,

la multiplication des réclamations aggrave les problèmes de transparence et d'équité procédurale accompagnant inévitablement toute enquête qui ne peut être totalement publique en raison des préoccupations [de confidentialité liées à la sécurité nationale]. En conséquence, le grand public n'en est que plus soupçonneux et cynique à l'égard des réclamations de confidentialité légitimes du gouvernement liées à la sécurité nationale.

(Commission d'enquête sur les actions des responsables canadiens relativement à Maher Arar,

the Events Relating to Maher Arar: Analysis and Recommendations (2006), at p. 302)

[64] The judge is the gatekeeper against this type of overclaiming, which undermines the *IRPA* scheme's fragile equilibrium. Systematic overclaiming would infringe the named person's right to a fair process or undermine the integrity of the judicial system, requiring a remedy under s. 24(1) of the *Charter*.

(iii) The Absence of a Balancing Approach Does Not Make the Scheme Unconstitutional

[65] In addition, Mr. Harkat argues that the *IRPA* scheme's approach to disclosure is unconstitutional because it fails to provide for a balancing of countervailing interests. In his view, s. 7 of the *Charter* requires the adoption of an approach similar to the one found in s. 38.06(2) of the *CEA*, which allows the judge to order disclosure of national security information if “the public interest in disclosure outweighs in importance the public interest in non-disclosure”.

[66] I would reject this contention. Section 7 of the *Charter* does not require a balancing approach to disclosure. Rather, it requires a fair process. “There is no free-standing principle of fundamental justice requiring a proper balancing of interests in general, or requiring the balancing of interests in decisions about disclosure”: H. Stewart, *Fundamental Justice: Section 7 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms* (2012), at p. 229. Parliament's choice to adopt a categorical prohibition against disclosure of sensitive information, as opposed to a balancing approach, does not as such constitute a breach of the right to a fair process.

Rapport sur les événements concernant Maher Arar : Analyse et recommandations (2006), p. 326-327)

[64] Le juge est le gardien qui doit nous prémunir contre la multiplication des réclamations qui menace le fragile équilibre qu'atteint le régime établi par la *LIPR*. La multiplication systématique des réclamations porterait atteinte au droit de la personne visée à un processus équitable ou minerait l'intégrité du système judiciaire, exigeant ainsi l'octroi d'une réparation en application du par. 24(1) de la *Charte*.

(iii) L'absence d'une mise en balance n'invalide pas le régime sur le plan constitutionnel

[65] De plus, selon M. Harkat, l'approche prévue par le régime établi par la *LIPR* en matière de divulgation est inconstitutionnelle parce qu'elle ne prévoit pas la mise en balance des intérêts contraires. À son avis, l'art. 7 de la *Charte* exige l'adoption d'une approche semblable à celle prévue au par. 38.06(2) de la *LPC* qui autorise un juge à ordonner la divulgation de renseignements relatifs à la sécurité nationale si « les raisons d'intérêt public qui justifient la divulgation l'emportent sur les raisons d'intérêt public qui justifient la non-divulgation ».

[66] Je suis d'avis de rejeter cette prétention. L'article 7 de la *Charte* n'exige pas l'existence d'une approche de mise en balance quant à la divulgation. Il exige plutôt que le processus soit équitable. [TRADUCTION] « Il n'existe pas de principe distinct de justice fondamentale exigeant une mise en balance en bonne et due forme des intérêts en général, ou exigeant la mise en balance des intérêts dans le contexte de décisions relatives à la divulgation » : H. Stewart, *Fundamental Justice : Section 7 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms* (2012), p. 229. Le choix du législateur d'une interdiction totale de divulguer les renseignements sensibles — plutôt qu'une approche qui prévoit une mise en balance — ne constitue donc pas une atteinte au droit à un processus équitable.

(b) *Are the Special Advocates a “Substantial Substitute” to Participation by the Named Person?*

[67] As discussed, the named person and his public counsel do not have access to the closed record, nor can they participate in the closed hearings. Parliament added the role of special advocates to the *IRPA* scheme so that they could serve as a proxy for the named person in the closed portion of the proceedings. Mr. Harkat argues that the restrictions on the special advocates’ ability to communicate with the named person prevent them from effectively protecting the named person’s interests. Specifically, he claims that communications between the named person and the special advocates should not be subject to restrictions. He also contends that the special advocates will be unable to seek judicial authorization without breaching solicitor-client privilege. As a consequence, in his view, the addition of special advocates to the regime fails to address the concerns voiced by this Court in *Charkaoui I*.

[68] The communications restrictions imposed on special advocates are significant, requiring judicial authorization for *any* communication regarding the proceedings between the special advocates and the named person or a third party, after the special advocates have received confidential materials. However, they do not render the scheme unconstitutional. I come to this conclusion for three reasons.

[69] First, the restrictions on communications by the special advocates are not absolute. They can be lifted with judicial authorization, subject to conditions deemed appropriate by the designated judge: s. 85.4(2), *IRPA*. While this process is less fluid and efficient than the unfettered communications that prevail between a lawyer and his client, it should be remembered that s. 7 of the *Charter* does not guarantee a perfect process. The judicial authorization process gives the designated judge a sufficiently broad discretion to allow all communications that are necessary for the special advocates to perform their duties.

b) *Les avocats spéciaux remplacent-ils pour l’essentiel la participation de la personne visée?*

[67] Comme nous l’avons vu, la personne visée et ses avocats publics n’ont pas accès au dossier confidentiel et ne peuvent pas participer aux audiences à huis clos. Le législateur a ajouté au régime de la *LIPR* un rôle pour des avocats spéciaux de manière à ce qu’ils puissent défendre les intérêts de la personne visée durant la portion à huis clos des procédures. M. Harkat fait valoir que les restrictions aux communications entre la personne visée et les avocats spéciaux empêchent ces derniers de défendre efficacement les intérêts de cette personne. Plus précisément, il soutient que ces communications ne devraient faire l’objet d’aucune restriction. Il soutient en outre que les avocats spéciaux sont incapables de solliciter une autorisation judiciaire sans contrevenir à leur secret professionnel. Ainsi, selon lui, l’ajout au régime des avocats spéciaux ne règle en rien les préoccupations exprimées par la Cour dans *Charkaoui I*.

[68] Les restrictions aux communications auxquelles doivent se conformer les avocats spéciaux sont certes importantes. Après que ces derniers ont reçu des renseignements confidentiels, *toute* communication relative aux procédures, entre eux et la personne visée ou un tiers, doit faire l’objet d’une autorisation judiciaire préalable. Toutefois, elles ne rendent pas le régime inconstitutionnel. J’en arrive à cette conclusion pour trois raisons.

[69] Premièrement, les restrictions aux communications par les avocats spéciaux ne sont pas absolues. Elles peuvent être levées par une autorisation judiciaire, aux conditions que le juge désigné estime indiquées : par. 85.4(2) *LIPR*. Même si ce processus est moins fluide et efficace que celui des communications illimitées qui prévalent entre un avocat et son client, il ne faut pas oublier que l’art. 7 de la *Charte* ne garantit pas l’existence d’un processus parfait. Le recours à l’autorisation judiciaire donne au juge désigné un pouvoir discrétionnaire suffisamment vaste pour autoriser toutes les communications nécessaires afin que les avocats spéciaux s’acquittent de leurs fonctions.

[70] The broad discretion conferred by the *IRPA* scheme averts unfairness that might otherwise result from the communications restrictions. The designated judge can ensure that the special advocates function as closely as possible to ordinary counsel in a public hearing. The restrictions on communications are designed to avert *serious* risks of disclosure of information or evidence whose disclosure would be injurious to national security or to the safety of any person. While the *IRPA* scheme requires the judge to minimize risks of inadvertent disclosure of information, the judge must also give special advocates significant latitude. The special advocates are competent and security-cleared lawyers, who take their professional and statutory obligations seriously. They have the ability to distinguish between the public and confidential aspects of their case. The judge should take a liberal approach in authorizing communications and only refuse authorization where the Minister has demonstrated, on a balance of probabilities, a real — as opposed to a speculative — risk of injurious disclosure. As much as possible, the special advocates should be allowed to investigate the case and develop their strategy by communicating with the named person, the named person’s public counsel, and third parties who may bring relevant insights and information.

[71] Second, the named person and his public counsel can send an unlimited amount of one-way communications to the special advocates at any time throughout the proceedings. This is significant. As discussed above, the public summaries provided on an ongoing basis to the named person will ensure that he or she is sufficiently informed to provide meaningful guidance and information to the special advocates. These summaries should elicit helpful one-way communications from the named person to the special advocates. And these one-way communications may in turn give rise to

[70] Le vaste pouvoir discrétionnaire conféré au juge par le régime de la *LIPR* prévient l’iniquité qui pourrait autrement découler des restrictions aux communications. Le juge désigné peut s’assurer que les avocats spéciaux agissent autant que possible comme le feraient des avocats ordinaires au cours d’audiences publiques. Les restrictions aux communications visent à éviter les risques *sérieux* rattachés à la divulgation de renseignements ou d’éléments de preuve qui porterait atteinte à la sécurité nationale ou à celle d’autrui. Bien que le régime établi par la *LIPR* exige que le juge minimise les risques de divulgation par inadvertance de renseignements, il doit aussi donner aux avocats spéciaux une grande latitude. Ces derniers sont des avocats compétents qui possèdent une habilitation de sécurité. Ils s’acquittent de leurs obligations professionnelles et légales avec sérieux. Ils ont la capacité de faire la différence entre les aspects publics et confidentiels de leur dossier. Le juge devrait donc adopter une approche libérale lorsqu’il est question d’autoriser les communications et ne refuser son autorisation que dans les cas où le ministre a fait la preuve, selon la prépondérance des probabilités, d’un risque réel — par opposition à un risque potentiel — de préjudice en cas de divulgation. Dans toute la mesure du possible, les avocats spéciaux devraient être autorisés à examiner le dossier et à élaborer leur stratégie en communiquant avec la personne visée et ses avocats publics, ainsi qu’avec des tiers qui pourraient leur fournir des points de vue et des renseignements pertinents.

[71] Deuxièmement, la personne visée et ses avocats publics peuvent, eux, transmettre aux avocats spéciaux, à tout moment durant les procédures, une quantité illimitée de renseignements. Cela est important. Comme nous l’avons mentionné, les résumés publics fournis de manière continue à la personne visée garantiront qu’elle est suffisamment informée pour être en mesure de donner des indications et des renseignements adéquats aux avocats spéciaux. Ces résumés devraient permettre à la personne visée de communiquer à sens unique utilement avec les avocats spéciaux. D’ailleurs, ces

requests from the special advocates for judicial permission to communicate with the named person in order to obtain needed clarifications or additional information.

[72] Finally, the record does not support the conclusion that the *IRPA* scheme is unconstitutional on the basis that the special advocates must necessarily breach solicitor-client privilege in order to obtain judicial permission to communicate. As Noël J. noted, “[t]he question of assessing solicitor-client [privilege] remains theoretical in the case at hand. The requests to communicate presented did not directly or indirectly reveal such information”: 2010 FC 1242, at para. 178. Moreover, the evolving practices of the Federal Court may substantially lessen the tension between judicial authorization and privilege. For example, the special advocates can minimize the risk of revealing their litigation strategy by seeking to make submissions to the designated judge in the absence of the ministers’ lawyers: *Almrei*, 2008 FC 1216, at para. 65.

[73] The issue of how to reconcile the judicial authorization process with solicitor-client privilege should be decided if and when it arises on the facts of a case: *Almrei*, 2008 FC 1216, at para. 41; *Almrei, Re*, 2009 FC 322, 342 F.T.R. 11, at para. 24. It may be that an exception to solicitor-client privilege could be recognized in such circumstances: *Smith v. Jones*, [1999] 1 S.C.R. 455, at para. 53, *per* Cory J.; *Almrei*, 2008 FC 1216, at paras. 60-62. Or it may instead be necessary to recognize that, in cases where judicial authorization cannot be granted without a breach of solicitor-client privilege, the proceedings fail to meet the requirements of s. 7 of the *Charter* and that a remedy should be granted under s. 24(1) of the *Charter*.

communications pourraient en retour inciter les avocats spéciaux à demander la permission au juge de communiquer avec la personne visée de manière à obtenir des clarifications nécessaires ou des renseignements supplémentaires.

[72] Troisièmement, le dossier n’étaye pas la conclusion selon laquelle le régime établi par la *LIPR* est inconstitutionnel parce que les avocats spéciaux doivent nécessairement violer le secret professionnel avocat-client pour obtenir la permission judiciaire de communiquer avec la personne visée. Comme le juge Noël l’a souligné, « [l]a question de l’examen des renseignements protégés par le secret professionnel reste théorique en l’espèce. Les demandes de communication présentées n’ont pas directement ou indirectement révélé de tels renseignements » : 2010 CF 1242, par. 178. En outre, les pratiques en évolution de la Cour fédérale pourraient réduire considérablement la tension qui prévaut entre l’autorisation judiciaire et la sauvegarde du secret professionnel. À titre d’exemple, les avocats spéciaux peuvent minimiser le risque de révéler leur stratégie quant au dossier en demandant à présenter leurs observations au juge désigné en l’absence des avocats des ministres : *Almrei*, 2008 CF 1216, par. 65.

[73] La question de savoir comment concilier le processus d’autorisation judiciaire et le secret professionnel de l’avocat devrait être tranchée si elle est soulevée par les faits d’un dossier et quand elle le sera : *Almrei*, 2008 CF 1216, par. 41; *Almrei (Re)*, 2009 CF 322 (CanLII), par. 24. Dans de telles circonstances, une exception à la règle du secret professionnel de l’avocat pourrait être reconnue : *Smith c. Jones*, [1999] 1 R.C.S. 455, par. 53, le juge Cory; *Almrei*, 2008 CF 1216, par. 60-62. Ou encore, il pourrait être nécessaire de reconnaître que, dans les cas où l’autorisation judiciaire ne peut être accordée sans que le secret professionnel de l’avocat soit violé, le processus ne satisfait pas aux exigences de l’art. 7 de la *Charte* et il y a lieu d’accorder une réparation en application du par. 24(1) de la *Charte*.

(c) *Does the Admission of Hearsay Evidence Render the Scheme Unconstitutional?*

[74] The *IRPA* scheme provides that the usual rules of evidence do not apply to the security certificate proceedings. Rather, any evidence that the judge determines to be “reliable and appropriate” is admissible: s. 83(1)(h), *IRPA*. It is argued that this denies the named person’s s. 7 *Charter* rights, since the special advocates will be unable to meaningfully test the evidence.

[75] It is true that some evidence which is admissible under the *IRPA* scheme cannot be tested for reliability and accuracy in the usual manner. For example, the *IRPA* scheme would allow the admission of a foreign intelligence agency’s report that the judge deems “reliable and appropriate”, despite the fact that it is hearsay. The special advocates will not have had the opportunity to cross-examine the foreign sources quoted in the report or the operatives who compiled it.

[76] While s. 83(1)(h) of the *IRPA* may result in the admission of hearsay evidence and deny the special advocates the ability to cross-examine sources, it does not violate s. 7 of the *Charter*. As this Court recognized in *R. v. L. (D.O.)*, [1993] 4 S.C.R. 419, “the rules of evidence have not been constitutionalized into unalterable principles of fundamental justice”: p. 453, *per* L’Heureux-Dubé J. As discussed, s. 7 guarantees a fundamentally fair process. The rule against hearsay evidence and the right to cross-examine witnesses simply provide a means towards such a process, by screening out unreliable evidence: *R. v. Khelawon*, 2006 SCC 57, [2006] 2 S.C.R. 787, at para. 48. The *IRPA* scheme achieves this purpose of excluding unreliable evidence by alternative means. It provides the designated judge with broad discretion to exclude evidence that is not “reliable and appropriate”. This broad discretion allows the judge to exclude not only evidence that he or she finds, after a searching review, to be unreliable, but also evidence whose

c) *L’admission de preuve par oui-dire rend-elle le régime inconstitutionnel?*

[74] Le régime établi par la *LIPR* prévoit que les règles de preuve habituelles ne s’appliquent pas aux procédures relatives aux certificats de sécurité intentées en vertu de cette loi. C’est plutôt tout élément de preuve que le juge estime « digne de foi et utile » qui est admissible : al. 83(1)h) *LIPR*. On fait valoir que cette règle prive la personne visée des droits que lui garantit l’art. 7 de la *Charte* puisque les avocats spéciaux seront incapables de mettre la preuve en doute utilement.

[75] Certains éléments de preuve admissibles en application du régime établi par la *LIPR* ne peuvent certes être mis en doute pour en vérifier comme d’habitude la fiabilité et l’exactitude. Par exemple, selon ce régime, le rapport d’un organisme étranger de renseignement serait admissible si le juge estimait qu’il est « digne de foi et utile », même s’il s’agit de oui-dire. Les avocats spéciaux n’auraient l’occasion de contre-interroger ni les sources étrangères citées dans le rapport ni les agents secrets qui l’ont rédigé.

[76] Bien que l’al. 83(1)h) de la *LIPR* puisse entraîner l’admission de preuve par oui-dire et empêcher les avocats spéciaux de contre-interroger les sources, il n’enfreint pas l’art. 7 de la *Charte*. Comme la Cour l’a reconnu dans *R. c. L. (D.O.)*, [1993] 4 R.C.S. 419, « les règles de preuve n’ont pas été érigées dans la Constitution en principes inaltérables de justice fondamentale » : p. 453, la juge L’Heureux-Dubé. Je le répète, l’art. 7 garantit un processus fondamentalement équitable. La règle qui interdit la preuve par oui-dire et le droit de contre-interroger les témoins ne constituent que des moyens de parvenir à la fin recherchée, en écartant les éléments de preuve qui ne sont pas dignes de foi : *R. c. Khelawon*, 2006 CSC 57, [2006] 2 R.C.S. 787, par. 48. Le régime établi par la *LIPR* atteint cet objectif en écartant ces éléments de preuve par d’autres moyens. En effet, il confère au juge désigné le vaste pouvoir discrétionnaire d’exclure des éléments de preuve qui ne seraient pas « dignes de foi et utiles ». Ce vaste pouvoir discrétionnaire

probative value is outweighed by its prejudicial effect against the named person.

(5) Concluding Remarks on the Constitutionality of the IRPA Scheme

[77] I have concluded that the impugned provisions of the IRPA scheme are constitutional. They do not violate the named person's right to know and meet the case against him, or the right to have a decision made on the facts and the law. However, it must be acknowledged that these provisions remain an imperfect substitute for full disclosure in an open court. There may be cases where the nature of the allegations and of the evidence relied upon exacerbate the limitations inherent to the scheme, resulting in an unfair process. In light of this reality, the designated judge has an ongoing responsibility to assess the overall fairness of the process and to grant remedies under s. 24(1) of the *Charter* where appropriate — including, if necessary, a stay of proceedings.

B. *Are CSIS Human Sources Covered by Privilege and Can They Be Cross-Examined?*

[78] Mr. Harkat's special advocates ask the Court for an order permitting them to interview and cross-examine the CSIS human sources relied upon by the Minister in the case against him. Noël J. denied this order, holding that the identity of the sources and information which tends to reveal their identity is covered by a common law "class" privilege.

[79] The Federal Court of Appeal disagreed. It held that, unlike police informers, CSIS human sources are not protected by common law class

permet au juge d'exclure non seulement les éléments de preuve qu'il juge, après examen, indignes de foi, mais également ceux dont l'effet préjudiciable à l'endroit de la personne visée l'emporte sur leur valeur probante.

(5) Dernières remarques quant à la constitutionnalité du régime établi par la LIPR

[77] Je conclus que les dispositions contestées du régime établi par la LIPR sont constitutionnelles. Elles n'enfreignent pas le droit de la personne visée de connaître et de contester la preuve qui pèse contre elle, ni son droit à ce qu'une décision soit rendue compte tenu des faits et du droit. Cependant, il faut reconnaître que ces dispositions créent un régime qui demeure un substitut imparfait à la divulgation complète en audience publique. Dans certains cas, la nature des allégations et de la preuve à l'appui pourrait exacerber les limites inhérentes au régime et donner lieu à un processus inéquitable. Compte tenu de cette réalité, le juge désigné a la responsabilité tout au long de l'instance d'évaluer l'équité globale du processus et d'accorder des réparations en application du par. 24(1) de la *Charte* lorsqu'il est approprié de le faire — y compris, si nécessaire, un arrêt des procédures.

B. *Les sources humaines du SCRS sont-elles protégées par un privilège et peuvent-elles être contre-interrogées?*

[78] Les avocats spéciaux de M. Harkat demandent à la Cour de rendre une ordonnance les autorisant à questionner et à contre-interroger les sources humaines du SCRS sur lesquelles se fonde le ministre pour poursuivre celui dont ils défendent les intérêts. Le juge Noël a refusé de rendre cette ordonnance, estimant que l'identité des sources et les renseignements qui pourraient révéler cette identité sont protégés par un privilège « générique » en common law.

[79] La Cour d'appel fédérale a exprimé son désaccord et a conclu qu'à la différence des indicateurs de police, les sources humaines du SCRS

privilege. However, it did not deal with whether the human sources could be cross-examined.

[80] I agree with the Federal Court of Appeal that CSIS human sources are not protected by a class privilege. However, this is not to say that they are left entirely unprotected by the security certificate regime. The *IRPA* scheme provides a mechanism to protect their identity, as I will now discuss.

(1) Does Privilege Attach to CSIS Human Sources?

[81] It is important to note at the outset that the *IRPA* scheme provides protection for the identity of sources and of information that tends to reveal that identity. Indeed, the starting point under the *IRPA* scheme is that all information whose disclosure would be injurious to national security or endanger the safety of a person is protected from disclosure to the named person and to the public: s. 83(1)(d). In most cases, the disclosure of the identity of human sources would both be injurious to national security and endanger the safety of those sources. Consequently, their identity will generally be protected from disclosure under the *IRPA* scheme.

[82] As a limited exception to this general principle of non-disclosure, the *IRPA* scheme provides that special advocates get full disclosure of all the evidence provided by the Minister to the judge: s. 85.4(1). The Minister has no obligation, however, to disclose privileged materials to anyone.

[83] It thus becomes necessary to determine whether the identities of CSIS human sources, and related information, are privileged. But it is important to bear in mind that even if they are not privileged, the judge under the *IRPA* scheme has the duty to prevent disclosure to the public and to the named person of this information if it would be injurious to national security or the safety of the

ne sont pas protégées par un privilège générique en common law. Elle n'a cependant pas étudié la question de savoir s'il était possible de contre-interroger ces dernières.

[80] Je souscris à l'opinion de la Cour d'appel fédérale selon laquelle les sources humaines du SCRS ne sont pas protégées par un privilège générique. Cela ne veut toutefois pas dire que le régime de certificats de sécurité ne leur accorde aucune protection. En effet, le régime établi par la *LIPR* prévoit un mécanisme de protection de leur identité, comme je vais maintenant l'expliquer.

(1) Les sources humaines du SCRS sont-elles protégées par un privilège?

[81] Il importe de signaler d'entrée de jeu que le régime établi par la *LIPR* protège l'identité des sources et les renseignements qui pourraient révéler cette identité. D'ailleurs, ce régime part du postulat que les renseignements dont la divulgation porterait atteinte à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui ne peuvent être divulgués à la personne visée ou au public : al. 83(1)d). Dans la plupart des cas, la divulgation de l'identité des sources humaines porterait atteinte tant à la sécurité nationale qu'à la sécurité de ces sources. C'est pourquoi le régime établi par la *LIPR* interdit généralement de dévoiler leur identité.

[82] Ce principe général de non-divulgaration souffre d'une exception dont la portée est toutefois limitée : le régime établi par la *LIPR* prévoit la communication aux avocats spéciaux de tous les éléments de preuve fournis au juge par le ministre : par. 85.4(1). Par contre, ce dernier n'est nullement tenu de communiquer des documents protégés à qui que ce soit.

[83] Il devient dès lors nécessaire de décider si l'identité des sources humaines du SCRS et les renseignements connexes sont protégés. Il importe cependant de garder à l'esprit que même s'ils ne sont pas, le régime établi par la *LIPR* impose au juge l'obligation d'empêcher que ces renseignements soient divulgués au public et à la personne visée si cela portait atteinte à la sécurité nationale ou à celle

sources. The information will thus generally remain within the confines of the closed circle formed by the designated judge, the special advocates — who, it bears repeating, are security-cleared lawyers — and the Minister’s lawyers.

[84] Against this background, I come to the question: Are the identities of CSIS human sources and information that might reveal their identity protected by common law privilege?

[85] It is argued that police informer privilege attaches to CSIS human sources. I agree with the Federal Court of Appeal that it does not. Traditional police work involving informers, on the one hand, and the collection of security intelligence and information, on the other, are two different things. Indeed, Parliament created CSIS in recognition of this emerging distinction: *Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2008 SCC 38, [2008] 2 S.C.R. 326 (“*Charkaoui I*”), at paras. 21-22. Courts developed police informer privilege at a time when the police investigated crimes locally and collected evidence mainly for use in criminal trials. By contrast, the intelligence gathering conducted by CSIS takes place on a global scale and is geared towards prospectively preventing risks: K. Roach, “The eroding distinction between intelligence and evidence in terrorism investigations”, in N. McGarrity, A. Lynch and G. Williams, eds., *Counter-Terrorism and Beyond: The Culture of Law and Justice after 9/11* (2010), 48. Police have an incentive not to promise confidentiality except where truly necessary, because doing so can make it harder to use an informer as a witness. CSIS, on the other hand, is not so constrained. It is concerned primarily with obtaining security intelligence, rather than finding evidence for use in court. While evidence gathered by the police was traditionally used in criminal trials that provide the accused with significant evidentiary safeguards, the intelligence gathered by CSIS may be used to establish criminal conduct in proceedings that — as is the case here — have relaxed rules of evidence and allow for the admission of hearsay evidence. The differences between traditional policing and modern intelligence

de ces sources. Ces renseignements ne sortent donc généralement pas du cercle fermé que forment le juge désigné, les avocats spéciaux — qui, faut-il le rappeler, possèdent une habilitation de sécurité — et les avocats du ministre.

[84] Dans ce contexte, je vais maintenant me pencher sur la question de savoir si l’identité des sources humaines du SCRS et les renseignements qui pourraient la révéler sont protégés par un privilège en common law.

[85] On fait valoir que le privilège relatif aux indicateurs de police vaut pour les sources humaines du SCRS. À l’instar de la Cour d’appel fédérale, j’estime que ce n’est pas le cas. Le travail classique des policiers auquel participent des indicateurs, d’une part, et la collecte de renseignements et d’informations de sécurité, d’autre part, sont deux choses différentes. En effet, le législateur a créé le SCRS du fait de cette nouvelle distinction : *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2008 CSC 38, [2008] 2 R.C.S. 326 (« *Charkaoui II* »), par. 21-22. Les tribunaux ont établi le privilège relatif aux indicateurs de police à une époque où les policiers enquêtaient sur des crimes localement et recueillaient des éléments de preuve principalement pour les utiliser lors de procès criminels. À l’inverse, le SCRS recueille des renseignements à l’échelle mondiale afin de prévenir les risques de manière prospective : K. Roach, « The eroding distinction between intelligence and evidence in terrorism investigations », dans N. McGarrity, A. Lynch et G. Williams, dir., *Counter-Terrorism and Beyond : The Culture of Law and Justice after 9/11* (2010), 48. Les policiers ont intérêt à ne pas promettre l’anonymat à un indicateur sauf en cas de réelle nécessité, parce que s’ils le font, il sera plus difficile d’avoir recours à lui comme témoin. Le SCRS, quant à lui, ne fait pas face à une telle contrainte. Son premier souci est d’obtenir des renseignements relatifs à la sécurité, plutôt que de trouver des éléments de preuve à utiliser devant un tribunal. Les éléments de preuve recueillis par les policiers sont traditionnellement utilisés lors de procès criminels où l’accusé dispose de garanties importantes en matière de preuve, tandis que les

gathering preclude automatically applying traditional police informer privilege to CSIS human sources.

[86] I have found no persuasive authority for the proposition that police informer privilege applies to CSIS human sources. In *R. v. Y. (N.)*, 2012 ONCA 745, 113 O.R. (3d) 347, cited as authority by Abella and Cromwell JJ., the issue was whether an informer who had worked successively for CSIS and the RCMP was a state agent for purposes of applying the *Charter*. The court remarked that one distinction between a state agent and a confidential informer is that privilege applies only to the latter (para. 122). The court's reasons can be read as assuming that privilege would attach to a CSIS informer, but that point was not squarely before the court and was not decided.

[87] Nor, in my view, should this Court create a new privilege for CSIS human sources. This Court has stated that “[t]he law recognizes very few ‘class privileges’” and that “[i]t is likely that in future such ‘class’ privileges will be created, if at all, only by legislative action”: *R. v. National Post*, 2010 SCC 16, [2010] 1 S.C.R. 477, at para. 42. The wisdom of this applies to the proposal that privilege be extended to CSIS human sources: *Canada (Attorney General) v. Almalki*, 2011 FCA 199, [2012] 2 F.C.R. 594, at paras. 29-30, *per* Létourneau J.A. If Parliament deems it desirable that CSIS human sources' identities and related information be privileged, whether to facilitate coordination between police forces and CSIS or to encourage sources to come forward to CSIS (see reasons of Abella and Cromwell JJ.), it can enact the appropriate protections. Finally, the question arises whether judges should have the power to shield the identity of human sources from special advocates on a case-by-case basis where they conclude that

renseignements obtenus par le SCRS peuvent servir à établir l'existence d'une conduite criminelle dans une instance — comme c'est le cas en l'espèce — où les règles de preuve sont souples et permettent d'admettre une preuve par ouï-dire. Les différences entre le travail classique des policiers et la collecte moderne de renseignements empêchent d'appliquer systématiquement le privilège d'indicateur de police traditionnel aux sources humaines du SCRS.

[86] Je n'ai trouvé aucun arrêt convaincant qui permet d'affirmer que le privilège d'indicateur de police s'applique aux sources humaines du SCRS. Dans *R. c. Y. (N.)*, 2012 ONCA 745, 113 O.R. (3d) 347, un précédent cité par les juges Abella et Cromwell, il s'agissait de savoir si un indicateur ayant travaillé successivement pour le SCRS et la GRC était un agent de l'État pour l'application de la *Charte*. La Cour d'appel a fait remarquer que le privilège ne s'applique qu'à l'indicateur anonyme, et non à l'agent de l'État (par. 122). On peut bien considérer que la Cour d'appel tient pour acquis dans ses motifs que le privilège s'appliquerait à un indicateur du SCRS, mais elle n'était pas directement saisie de ce point, qui n'a pas été tranché.

[87] À mon avis, la Cour ne devrait pas non plus créer un nouveau privilège pour les sources humaines du SCRS. En effet, elle a mentionné que « [l]e droit reconnaît très peu de “privilèges génériques” » et qu'« [i]l est probable qu'à l'avenir, tout nouveau privilège “générique” sera créé, le cas échéant, par une intervention législative » : *R. c. National Post*, 2010 CSC 16, [2010] 1 R.C.S. 477, par. 42. La sagesse de ces remarques vaut pour la proposition d'étendre un privilège aux sources humaines du SCRS : *Canada (Procureur général) c. Almalki*, 2011 CAF 199, [2012] 2 R.C.F. 594, par. 29-30, le juge Létourneau. Si le législateur juge souhaitable de protéger au moyen d'un privilège l'identité des sources humaines du SCRS et les renseignements connexes, que ce soit pour faciliter la coordination du travail entre les forces policières et le SCRS ou pour inciter les sources humaines à fournir des renseignements à ce dernier (voir les motifs des juges Abella et Cromwell), il peut adopter les mesures de protection voulues. Enfin, la

public interests in non-disclosure outweigh the benefits of disclosure. This question was not argued by the parties, and I offer no comment on it, other than to note that the *IRPA* scheme already affords broad protection to human sources by precluding the public disclosure of information that would injure national security or endanger a person.

(2) Should the Special Advocates Be Authorized to Interview and Cross-Examine the Human Sources?

[88] The special advocates ask this Court to rule that they may interview and cross-examine the CSIS human sources who have provided information used against Mr. Harkat.¹ I have concluded that the identity of CSIS human sources is not privileged. However, it does not follow from the absence of a privilege that special advocates have an unlimited ability to interview and cross-examine human sources. As discussed above, the designated judge may admit information provided by these sources as hearsay evidence, if he concludes that the evidence is “reliable and appropriate”: s. 83(1)(h), *IRPA*. The Minister has no obligation to produce CSIS human sources as witnesses, although the failure to do so may weaken the probative value of his evidence.

[89] This said, the special advocates may “exercise, with the judge’s authorization, any other powers that are necessary to protect the interests” of the named person: s. 85.2(c), *IRPA*. The designated judge has the discretion to allow the special

¹ The special advocates have already had access to the complete human source files. Although the designated judge found that privilege applied to CSIS human sources, he nevertheless ordered disclosure of unredacted versions of the relevant files to the special advocates as a remedy for breaches by the ministers of their obligations towards Mr. Harkat. See 2009 FC 553 and 2009 FC 1050.

question se pose de savoir si le juge devrait disposer du pouvoir de dissimuler aux avocats spéciaux l’identité des sources humaines dans les cas où il conclut que les raisons d’intérêt public qui justifient la non-divulgence de l’identité l’emportent sur les avantages de sa divulgation. La question n’a pas été débattue par les parties et je ne ferai aucun commentaire à ce sujet, sauf pour signaler que le régime établi par la *LIPR* accorde déjà aux sources humaines une grande protection en interdisant de rendre publics des renseignements dont la divulgation porterait atteinte à la sécurité nationale ou à la sécurité d’autrui.

(2) Les avocats spéciaux devraient-ils être autorisés à questionner et à contre-interroger les sources humaines?

[88] Les avocats spéciaux demandent à la Cour d’ordonner qu’ils puissent questionner et contre-interroger les sources humaines du SCRS qui ont fourni des renseignements utilisés contre M. Harkat¹. J’ai conclu que l’identité des sources humaines du SCRS n’est pas protégée par un privilège. Cela dit, les avocats spéciaux n’ont pas pour autant un droit illimité de questionner et de contre-interroger ces sources. Comme je l’ai déjà mentionné, le juge désigné peut admettre en preuve des renseignements fournis par ces sources comme de la preuve par oui-dire s’il estime qu’ils sont « digne[s] de foi et utile[s] » : al. 83(1)(h) *LIPR*. Le ministre n’a aucunement l’obligation d’assigner à témoigner les sources humaines du SCRS, quoique la décision de ne pas le faire pourrait affaiblir la valeur probante de sa preuve.

[89] Cela dit, les avocats spéciaux peuvent « exercer, avec l’autorisation du juge, tout autre pouvoir nécessaire à la défense des intérêts » de la personne visée : al. 85.2(c) *LIPR*. Ainsi, le juge désigné a le pouvoir discrétionnaire de les autoriser

¹ Les avocats spéciaux ont déjà eu accès aux dossiers complets relatifs aux sources humaines. Même si le juge désigné a conclu qu’un privilège s’appliquait aux sources humaines du SCRS, il a ordonné la communication aux avocats spéciaux de versions non expurgées des dossiers pertinents à titre de réparation pour les manquements par les ministres aux obligations qui leur incombent à l’endroit de M. Harkat. Voir 2009 CF 553 et 2009 CF 1050.

advocates to interview and cross-examine human sources in a closed hearing. This discretion should be exercised as a last resort. The record before us establishes that a generalized practice of calling CSIS human sources before a court, even if only in closed hearings, may have a chilling effect on potential sources and hinder CSIS's ability to recruit new sources. In most cases, disclosure to the special advocates of the human source files and other relevant information regarding the human sources will suffice to protect the interests of the named person.

[90] The case at hand is not one of those rare cases in which it is necessary to give special advocates permission to interview and cross-examine CSIS human sources. The special advocates contend that cross-examination is necessary in order to test the credibility of the human sources, to cross-examine them on Mr. Harkat's motives for coming to Canada in the mid-1990s, and to undermine the allegation that Mr. Harkat traveled to Afghanistan. In my view, Mr. Harkat and his special advocates have had sufficient opportunity to pursue those objectives, and the designated judge's weighing of the relevant evidence took into account the fact that it was hearsay. Indeed, the evidence on the record allowed the special advocates to undermine the credibility of one of the human sources and led Noël J. to rely on information originating from this source only when corroborated: see 2010 FC 1241, at footnote 1. Moreover, Mr. Harkat testified with respect to his motives for coming to Canada and denied the allegations that he visited Afghanistan. Noël J. made a strong adverse finding of credibility against Mr. Harkat on these issues: it is highly improbable that cross-examination of the human sources could have bolstered his credibility. There is therefore no need for this Court to authorize the exceptional measure of interviewing and cross-examining human sources.

à questionner et à contre-interroger les sources humaines lors d'audiences à huis clos. Ce pouvoir discrétionnaire devrait être exercé en dernier recours. Le dossier porté à notre connaissance démontre qu'une pratique qui consisterait à assigner systématiquement les sources humaines du SCRS à témoigner devant un tribunal, même uniquement lors d'audiences à huis clos, pourrait refroidir les ardeurs de sources potentielles et nuire à la capacité du SCRS d'en recruter de nouvelles. Dans la plupart des cas, la communication aux avocats spéciaux des dossiers relatifs aux sources humaines et d'autres renseignements pertinents au sujet de ces dernières suffira à protéger les droits de la personne visée.

[90] La présente espèce n'est pas du type de celles, rares, où il est nécessaire d'autoriser les avocats spéciaux à questionner et à contre-interroger les sources humaines du SCRS. Les avocats spéciaux prétendent qu'il est nécessaire de contre-interroger ces sources pour mettre leur crédibilité à l'épreuve, pour les questionner sur les motifs de la venue de M. Harkat au Canada au milieu des années 90 et pour miner l'allégation selon laquelle M. Harkat a voyagé en Afghanistan. À mon avis, M. Harkat et ses avocats spéciaux ont eu suffisamment l'occasion de poursuivre ces objectifs et, lorsqu'il a soupesé les éléments de preuve pertinents, le juge désigné a tenu compte du fait qu'il s'agissait de oui-dire. En effet, la preuve au dossier a permis aux avocats spéciaux de miner la crédibilité d'une des sources humaines et a incité le juge Noël à se fonder sur les renseignements fournis par elle uniquement lorsqu'ils étaient corroborés : voir 2010 CF 1241, première note de bas de page. De plus, M. Harkat a témoigné quant aux motifs qui l'ont poussé à venir au Canada et a nié les allégations selon lesquelles il a visité l'Afghanistan. Le juge Noël a conclu très fermement au manque de crédibilité de M. Harkat quant à ces questions et il est hautement improbable que le contre-interrogatoire des sources humaines ait pu rehausser sa crédibilité. Il est donc inutile que la Cour autorise la mesure exceptionnelle qui consiste à questionner et à contre-interroger les sources humaines.

C. *Did the Designated Judge Err in Refusing to Exclude the Summaries of Intercepted Conversations?*

[91] Mr. Harkat seeks the exclusion of summaries of intercepted conversations that were tendered as evidence by the ministers, pursuant to s. 24(1) of the *Charter*. He argues that CSIS prejudiced his ability to know and meet the case against him by destroying the original operational notes and recordings that were the source materials for the summaries. Noël J. found the summaries to be reliable and concluded that the destruction of the operational materials did not prejudice Mr. Harkat. The Federal Court of Appeal disagreed, finding that the destruction of the materials prejudiced Mr. Harkat's ability to challenge the reliability and accuracy of the summaries. As a remedy, it excluded the summaries of intercepted conversations to which Mr. Harkat was not privy.

(1) Did the Destruction of Source Materials Result in a Breach of Section 7 of the *Charter*?

[92] The original CSIS operational materials were destroyed in accordance with CSIS internal policy OPS-217, which required the systematic destruction of operational materials after operatives had completed their final reports and summaries. In *Charkaoui II*, this Court found that both the *Canadian Security Intelligence Service Act*, R.S.C. 1985, C-23 (“*CSIS Act*”), and the right to procedural fairness of the named person required CSIS “to retain all the information in its possession and to disclose it to the ministers and the designated judge”: para. 62.

[93] As a result of policy OPS-217, the original operational notes and recordings are lost evidence. Where the Minister loses evidence that should have been disclosed, he has a duty to explain what happened to it: *R. v. La*, [1997] 2 S.C.R. 680, at paras. 18-20. Where the Minister is unable to satisfy

C. *Le juge désigné a-t-il commis une erreur en refusant d'exclure les résumés de conversations interceptées?*

[91] M. Harkat demande, en application du par. 24(1) de la *Charte*, l'exclusion des résumés des conversations interceptées produits en preuve par les ministres. Il soutient que le SCRS a porté atteinte à sa capacité de prendre connaissance de la preuve qui pèse contre lui et d'y répondre lorsque ses agents ont détruit les notes opérationnelles originales et les enregistrements qui ont servi de source pour préparer les résumés. Le juge Noël a jugé que les résumés étaient dignes de foi et a conclu que la destruction des documents opérationnels n'avait pas porté préjudice à M. Harkat. La Cour d'appel fédérale a exprimé son désaccord et plutôt estimé que la destruction des documents en question a porté atteinte à la capacité de M. Harkat de contester la fiabilité et l'exactitude des résumés. À titre de réparation, elle a exclu les résumés des conversations interceptées auxquelles M. Harkat n'avait pas participé.

(1) La destruction des documents à l'origine des résumés a-t-elle entraîné une violation de l'art. 7 de la *Charte*?

[92] Les documents opérationnels originaux du SCRS ont été détruits conformément à la politique interne OPS-217 du Service qui exige la destruction systématique de ce type de documents dès lors que les agents ont mis la dernière touche à leurs rapports finaux et à leurs résumés. Dans *Charkaoui II*, la Cour a conclu que tant la *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité*, L.R.C. 1985, ch. C-23 (« *Loi sur le SCRS* ») que le droit à l'équité procédurale de la personne visée exigent que le SCRS « conserv[e] l'ensemble des renseignements dont il dispose et [. . .] les divulgu[e] aux ministres ainsi qu'au juge désigné » : par. 62.

[93] En conséquence de l'application de la politique OPS-217, les notes opérationnelles originales et les enregistrements sont des éléments de preuve perdus. Lorsque le ministre perd des éléments de preuve qui auraient dû être communiqués, il est tenu d'expliquer ce qui s'est produit : *R. c. La*,

the judge that the evidence was not destroyed owing to unacceptable negligence, he has failed to meet his disclosure obligations and there has been a breach of s. 7 of the *Charter*: *ibid.*, at para. 20. In the present case, the destruction of operational notes pursuant to policy OPS-217 constitutes unacceptable negligence, within the meaning of *La*. Indeed, no reasonable steps were taken to preserve the evidence: *ibid.*, at para. 21. Quite the contrary. CSIS destroyed the materials in violation of the *CSIS Act*, and, in so doing, compromised “the very function of judicial review”: *Charkaoui II*, at para. 62. Consequently, the ministers failed to meet their disclosure obligations towards Mr. Harkat and breached s. 7 of the *Charter*.

(2) What Is the Appropriate Remedy?

[94] The finding that CSIS operational materials were destroyed through unacceptable negligence does not necessarily mean that the summaries of those materials must be excluded from the evidence. The appropriate remedy for the destruction of materials pursuant to policy OPS-217 must be assessed on a case-by-case basis, and must be tailored to address the prejudicial effect on the named person’s case: *Charkaoui II*, at para. 46.

[95] The summaries of materials destroyed pursuant to policy OPS-217 should only be excluded under s. 24(1) of the *Charter* if their admission “would result in an unfair trial or would otherwise undermine the integrity of the justice system”: *R. v. Bjelland*, 2009 SCC 38, [2009] 2 S.C.R. 651, at para. 3. “[T]he appropriate focus in most cases of late or insufficient disclosure under s. 24(1) is the remediation of prejudice to the accused” and the “safeguarding of the integrity of the justice system”: *ibid.*, at para. 26. Since the exclusion of evidence impedes the truth-seeking function of trials, it should only be resorted to if lesser remedies are inadequate to achieve those two purposes: *ibid.*, at para. 24.

[1997] 2 R.C.S. 680, par. 18-20. S’il est incapable de convaincre le juge que la destruction n’est pas le fruit d’une négligence inacceptable, il n’a pas satisfait à ses obligations en matière de communication et il y a violation de l’art. 7 de la *Charte*: *ibid.*, par. 20. En l’espèce, la destruction des notes opérationnelles conformément à la politique OPS-217 constitue une négligence inacceptable au sens de *La*. En effet, aucune mesure raisonnable n’a été prise pour conserver la preuve: *ibid.*, par. 21. Au contraire, le SCRS a détruit la documentation en contravention de la *Loi sur le SCRS* et, ce faisant, a compromis « la fonction même du contrôle judiciaire »: *Charkaoui II*, par. 62. En conséquence, les ministres n’ont pas satisfait aux obligations en matière de communication dont ils devaient s’acquitter envers M. Harkat et ont violé l’art. 7 de la *Charte*.

(2) Quelle est la réparation appropriée?

[94] La conclusion selon laquelle les documents opérationnels du SCRS ont été détruits par suite d’une négligence inacceptable ne signifie pas nécessairement pour autant que les résumés de ces documents doivent être exclus de la preuve. La réparation qu’il convient d’accorder pour la destruction des documents en application de la politique OPS-217 doit être évaluée au cas par cas et doit être conçue pour remédier à l’effet préjudiciable qu’elle a eu sur la cause de la personne visée: *Charkaoui II*, par. 46.

[95] Les résumés des documents détruits en application de la politique OPS-217 ne devraient être exclus en application du par. 24(1) de la *Charte* que lorsque leur utilisation « rendrait le procès inéquitable ou minerait autrement l’intégrité du système de justice »: *R. c. Bjelland*, 2009 CSC 38, [2009] 2 R.C.S. 651, par. 3. « [D]ans la plupart des cas de communication tardive ou insuffisante, l’analyse fondée sur le par. 24(1) doit être centrée sur la réparation du préjudice causé à l’accusé » et « la sauvegarde de l’intégrité du système de justice »: *ibid.*, par. 26. Puisque l’exclusion d’éléments de preuve entrave la fonction de recherche de la vérité du procès, il ne faut y avoir recours que si les réparations moins drastiques ne conviennent pas pour atteindre ces deux objectifs: *ibid.*, par. 24.

[96] Thus, the question here is whether the exclusion of the summaries is necessary to remedy the prejudice to Mr. Harkat's ability to know and meet the case against him, or to safeguard the integrity of the justice system. In my view, it is not.

[97] The disclosure of the summaries in an abridged version to Mr. Harkat and in an unredacted form to his special advocates was sufficient to prevent significant prejudice to Mr. Harkat's ability to know and meet the case against him. It is true, as the Federal Court of Appeal noted, that the destruction of the originals makes it impossible to ascertain with complete certainty whether the summaries contain errors or inaccuracies: para. 133. "An assessment of prejudice is problematic where, as in this case, the relevant information has been irretrievably lost": *R. v. Bero* (2000), 137 O.A.C. 336, at para. 49. However, the impact of the loss of evidence on trial fairness must be considered "in the context of the rest of the evidence and the position taken by the defence": *R. v. J.G.B.* (2001), 139 O.A.C. 341, at para. 38.

[98] The destruction of the original operational materials did not significantly prejudice Mr. Harkat's ability to know and meet the case against him. As Noël J. noted, reliable summaries of the original materials pertaining to the intercepted conversations were disclosed to Mr. Harkat. Mr. Harkat's position was to deny the very occurrence of most of those conversations rather than to challenge their specifics. And the content of the summaries is corroborated by the overall narrative of Mr. Harkat's life which emerged during the proceedings: 2010 FC 1243, at paras. 66-67.

[99] Moreover, I am satisfied that the admission of the summaries does not undermine the integrity of the justice system. While the destruction of CSIS operational materials was a serious breach of the duty to preserve evidence, it was not carried out for the purpose of deliberately defeating the Minister's

[96] Ainsi, la question à trancher en l'espèce est celle de savoir si l'exclusion des résumés est nécessaire pour remédier à l'atteinte à la capacité de M. Harkat de connaître la preuve qui pèse contre lui et d'y répondre ou pour sauvegarder l'intégrité du système de justice. À mon avis, ce n'est pas le cas.

[97] La communication d'une version caviardée des résumés à M. Harkat et d'une version intégrale à ses avocats spéciaux était suffisante pour empêcher qu'il soit porté atteinte de manière importante à la capacité de M. Harkat de connaître la preuve qui pèse contre lui et d'y répondre. Certes, comme l'a souligné la Cour d'appel fédérale, la destruction des originaux empêche de vérifier avec une certitude absolue si les résumés contiennent des erreurs ou des inexactitudes : par. 133. [TRADUCTION] « L'évaluation du préjudice pose problème lorsque, comme en l'espèce, les renseignements pertinents sont irrémédiablement perdus » : *R. c. Bero* (2000), 137 O.A.C. 336, par. 49. Cependant, l'incidence de la perte d'éléments de preuve sur l'équité du procès doit être examinée [TRADUCTION] « dans le contexte de l'ensemble de la preuve et de la position adoptée par la défense » : *R. c. J.G.B.* (2001), 139 O.A.C. 341, par. 38.

[98] Or, en l'espèce, la destruction des documents opérationnels originaux n'a pas porté atteinte de manière importante à la capacité de M. Harkat de connaître la preuve qui pèse contre lui et d'y répondre. Comme l'a fait remarquer le juge Noël, des résumés fiables des documents originaux relatifs aux conversations interceptées ont été communiqués à M. Harkat. Ce dernier a néanmoins choisi de nier l'existence même de la plupart de ces conversations plutôt que d'en contester les éléments précis. En outre, le contenu des résumés a été corroboré par le récit d'ensemble de la vie de M. Harkat telle qu'elle a été décrite lors des audiences : 2010 CF 1243, par. 66-67.

[99] En outre, je suis convaincue que l'admission en preuve des résumés ne mine pas l'intégrité du système de justice. Même si la destruction des documents opérationnels du SCRS a constitué une violation grave de l'obligation de conserver les éléments de preuve, elle n'a pas été menée pour

obligation to disclose. It must also be recognized that, prior to this Court's holding in *Charkaoui II*, the existence and scope of CSIS's legal obligation to preserve operational materials had not been definitively settled by the courts. It cannot be said that CSIS's application of policy OPS-217 evidenced a systematic disregard for the law. Since the admission of the summaries would neither deny procedural fairness to Mr. Harkat nor undermine the integrity of the justice system, I conclude that Noël J. made no reviewable errors in refusing to exclude the impugned summaries of intercepted conversations.

D. *Did the Ministers Breach Their Duties of Candour and Utmost Good Faith?*

[100] The special advocates argue that duties of candour and utmost good faith required the ministers to make extensive inquiries of foreign intelligence agencies for information and evidence regarding several alleged terrorists with whom they claim that Mr. Harkat had associated. They contend that the ministers failed to discharge these duties. The courts below found that the ministers made reasonable efforts to obtain information sought by the special advocates.

[101] In *Ruby*, this Court recognized that duties of candour and utmost good faith apply when a party relies upon evidence in *ex parte* proceedings: "The evidence presented must be complete and thorough and no relevant information adverse to the interest of that party may be withheld" (para. 27). The Federal Court added, in *Almrei (Re)*, 2009 FC 1263, [2011] 1 F.C.R. 163, at para. 500, that "[t]he duties of utmost good faith and candour imply that the party relying upon the presentation of *ex parte* evidence will conduct a thorough review of the information in its possession and make representations based on all of the information including that which is unfavourable to their case."

délibérément soustraire le ministre à son obligation de communiquer la preuve. Il faut aussi admettre que, avant que la Cour ne se prononce dans *Charkaoui II*, la question de l'existence et de la portée de l'obligation légale du SCRS de conserver ses documents opérationnels n'avait pas été définitivement tranchée par les tribunaux. On ne peut prétendre que l'application de la politique OPS-217 par le SCRS met en évidence un mépris systématique de la loi. Puisque l'admission en preuve des résumés n'a ni privé M. Harkat de l'équité procédurale ni miné l'intégrité du système de justice, je conclus que le juge Noël n'a commis aucune erreur susceptible de révision en refusant d'exclure les résumés de conversations interceptées dont l'admissibilité a été contestée.

D. *Les ministres ont-ils manqué à leurs obligations de franchise et de bonne foi la plus absolue?*

[100] Les avocats spéciaux ont soutenu que leurs obligations de franchise et de bonne foi la plus absolue exigent des ministres qu'ils demandent aux organismes étrangers de renseignement de leur fournir l'ensemble des renseignements et des éléments de preuve relatifs à plusieurs présumés terroristes avec qui, selon eux, M. Harkat a été associé. Ils font valoir que les ministres ne se sont pas acquittés de ces obligations. Pour leur part, les tribunaux d'instances inférieures ont conclu que les ministres avaient fourni des efforts raisonnables pour obtenir les renseignements demandés par les avocats spéciaux.

[101] Dans *Ruby*, la Cour a reconnu que les obligations de franchise et de bonne foi la plus absolue s'appliquent lorsqu'une partie se fonde sur des éléments de preuve durant des procédures *ex parte* : « Elle doit offrir une preuve complète et détaillée, et n'omettre aucune donnée pertinente qui soit défavorable à son intérêt » (par. 27). La Cour fédérale a ajouté, dans *Almrei (Re)*, 2009 CF 1263, [2011] 1 R.C.F. 163, par. 500, que « [l]es obligations de bonne foi la plus absolue et de franchise impliquent que la partie s'appuyant sur une preuve *ex parte* effectuera un examen approfondi des renseignements en sa possession et présentera des observations fondées sur tous les renseignements, y compris ceux qui ne sont pas favorables à sa thèse. »

[102] The duties of candour and utmost good faith require an ongoing effort to update, throughout the proceedings, the information and evidence regarding the named person: see, for example, *Almrei*, 2009 FC 1263, at para. 500. The special advocates argue that, pursuant to these duties, the ministers must send detailed requests to foreign intelligence agencies. In their view, those requests must explain the context of security certificate hearings, the purposes for which the information will be used, and the consequences for the named person if the information is not provided.

[103] The position advocated by the special advocates is tantamount to requiring the ministers to conduct an investigation under the instructions of the special advocates. The ministers have no general obligation to provide disclosure of evidence or information that is beyond their control: *R. v. Chaplin*, [1995] 1 S.C.R. 727, at para. 21; *R. v. Stinchcombe*, [1995] 1 S.C.R. 754, at para. 2. With respect to evidence and information held by foreign intelligence agencies, the ministers' duty is to make reasonable efforts to obtain updates and provide disclosure. What constitutes reasonable efforts will turn on the facts of each case. In the present appeal, I agree with Noël J. that reasonable efforts were made by the ministers: see 2010 FC 1243, Annex "A", at paras. 6-7. The ministers sent letters of request to the relevant foreign intelligence agencies. The outcome of those requests may not have been satisfactory to the special advocates, but this fact alone is not enough to conclude that the efforts made by the ministers were insufficient.

E. *Were the Proceedings Against Mr. Harkat Fair?*

[104] The special advocates ask this Court to find that, even if the statutory scheme is constitutional in the abstract, Mr. Harkat was not afforded a fair process in the case at hand and should be granted a stay of proceedings. They contend that they were

[102] Les obligations de franchise et de bonne foi la plus absolue supposent que la partie qui y est tenue fasse des efforts constants pour mettre à jour les renseignements et la preuve relatifs à la personne visée et ce, tout au long des procédures : voir, à titre d'exemple, *Almrei*, 2009 CF 1263, par. 500. Les avocats spéciaux soutiennent que, compte tenu de ces obligations, les ministres doivent faire parvenir des demandes détaillées aux organismes étrangers de renseignement. À leur avis, ces demandes doivent préciser le contexte des audiences sur les certificats de sécurité, les fins auxquelles les renseignements seront utilisés de même que les conséquences pour la personne visée si ces derniers ne sont pas fournis.

[103] La position que préconisent les avocats spéciaux revient à demander aux ministres de mener une enquête suivant leurs directives. Or, les ministres n'ont aucune obligation générale de communiquer des éléments de preuve ou des renseignements dont ils n'ont pas le contrôle : *R. c. Chaplin*, [1995] 1 R.C.S. 727, par. 21; *R. c. Stinchcombe*, [1995] 1 R.C.S. 754, par. 2. Il leur incombe de faire des efforts raisonnables pour obtenir des mises à jour quant aux éléments de preuve et aux renseignements détenus par les organismes étrangers de renseignement et de les communiquer. Ce qui équivaut à des efforts raisonnables dépendra des faits de chaque cas. Dans le présent pourvoi, je suis d'accord avec le juge Noël qui a estimé que les ministres avaient fait des efforts raisonnables : voir 2010 FC 1243, annexe « A », par. 6-7. Ils ont expédié des demandes écrites, par courrier, aux organismes étrangers de renseignement, à qui il était pertinent de s'adresser. La réponse à ces demandes a bien pu ne pas satisfaire les avocats spéciaux, mais ce fait, en soi, ne suffit pas à conclure que les efforts fournis par les ministres étaient insuffisants.

E. *Les procédures menées contre M. Harkat ont-elles été équitables?*

[104] Les avocats spéciaux demandent à la Cour de conclure que, même si le régime légal est constitutionnel dans l'abstrait, M. Harkat n'a pas eu droit à un processus équitable en l'espèce et devrait obtenir un arrêt des procédures. Ils prétendent

not given sufficient opportunities to test the reliability and accuracy of the summaries of intercepted conversations and the information provided by foreign intelligence agencies, nor to test the credibility of the human sources.

[105] I would not grant a stay of proceedings. As discussed above, Noël J. did not err in admitting the summaries of intercepted conversations or in refusing to allow the cross-examination of human sources. The special advocates also fail to demonstrate any reviewable errors in his conclusions that the foreign intelligence he admitted was reliable and appropriate, or in the probative value that he accorded to that evidence.

[106] A stay of proceedings is a remedy of last resort, to be granted only in the clearest of cases: *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411, at para. 82; *La*, at para. 23; *Charkaoui II*, at para. 76; *R. v. Babos*, 2014 SCC 16, [2014] 1 S.C.R. 309, at para. 31. The special advocates have failed to demonstrate that Mr. Harkat's security certificate proceedings were an unfair process or that state conduct undermined the integrity of the judicial system. Mr. Harkat is not entitled to a stay of proceedings.

F. *Did the Designated Judge Err in Concluding That the Security Certificate Was Reasonable?*

[107] Having concluded that Mr. Harkat received a fair process, the only remaining issue is whether Noël J. committed any reviewable errors in concluding that the security certificate referred to him by the ministers was reasonable. Mr. Harkat raises a single argument: that the trial judge erred in his weighing of the evidence.

[108] The designated judge's weighing of the factual evidence on the record is entitled to appellate deference and should only be interfered

qu'ils n'ont pas eu suffisamment l'occasion de mettre en doute la fiabilité et l'exactitude des résumés des conversations interceptées et des renseignements fournis par les organismes étrangers de renseignement de même que la crédibilité des sources humaines.

[105] Je suis d'avis de ne pas accorder un arrêt des procédures. Comme je l'ai mentionné précédemment, le juge Noël n'a pas commis d'erreur en admettant en preuve les résumés des conversations interceptées ou en refusant de permettre le contre-interrogatoire des sources humaines. En outre, les avocats spéciaux n'ont pas réussi à établir l'existence d'erreurs susceptibles de révision dans ses conclusions selon lesquelles les renseignements de sécurité provenant de l'étranger qu'il a admis en preuve étaient dignes de foi et utiles, ou en ce qui a trait à la valeur probante qu'il a attribuée à ces éléments de preuve.

[106] L'arrêt des procédures est une réparation de dernier recours, à n'accorder que dans les cas les plus manifestes : *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411, par. 82; *La*, par. 23; *Charkaoui II*, par. 76; *R. c. Babos*, 2014 CSC 16, [2014] 1 R.C.S. 309, par. 31. Les avocats spéciaux n'ont pas réussi à démontrer que les procédures relatives au certificat de sécurité visant M. Harkat ont été inéquitables ou que la conduite de l'État a miné l'intégrité du système de justice. M. Harkat n'a pas droit à l'arrêt des procédures.

F. *Le juge désigné a-t-il commis une erreur en concluant que le certificat de sécurité était raisonnable?*

[107] Après avoir conclu que M. Harkat a fait l'objet d'un processus équitable, il ne reste qu'à déterminer si le juge Noël a commis des erreurs susceptibles de révision en concluant que le certificat de sécurité qui a été déposé par les ministres était raisonnable. M. Harkat fait valoir un seul argument : soit que le juge de première instance a mal soupesé la preuve.

[108] Les tribunaux d'appel doivent faire preuve de déférence lorsqu'ils sont appelés à se prononcer sur la mise en balance de la preuve factuelle

with if he committed a palpable and overriding error: *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235. Mr. Harkat identifies only one specific instance where the judge, in his view, committed a palpable and overriding error. He contends that Noël J. erred in finding that an individual named Ibn Khattab facilitated terrorist activities, since a judge in another security certificate case found that Ibn Khattab could not be characterized as engaging in or facilitating terrorism: see *Almrei*, 2009 FC 1263. I cannot accept that submission. In the *Almrei* case, the designated judge was careful to qualify his findings on Ibn Khattab as limited to the facts and the record before him. Indeed, he stated that “[t]he weight of the evidence before me in this case favours a finding that he [i.e. Ibn Khattab] was not a terrorist in his own right or a terrorist patron but I accept that there are reasonable grounds to believe the contrary”: para. 457 (emphasis added).

[109] Noël J. was entitled to make his own assessment of whether Ibn Khattab was involved in terrorist activities, based on evidence that he found to be reliable and appropriate. I would not interfere with his assessment. Nor do I find any palpable and overriding error in Noël J.’s weighing of the evidence or in his assessment of Mr. Harkat’s credibility, both of which in his view provided reasonable grounds to establish Mr. Harkat’s inadmissibility.

IV. Conclusion

[110] The *IRPA* scheme does not provide a perfect process. However, it meets the requirements of procedural fairness that are guaranteed by s. 7 of the *Charter*. The discretion granted to designated judges is the crucial ingredient that allows the proceedings to remain fair from beginning to end. Designated judges must ensure that the named person receives sufficient disclosure of the information and evidence to be able to give meaningful instructions to his public counsel and meaningful guidance to his

par le juge désigné et n’intervenir à cet égard que si ce dernier a commis une erreur manifeste et dominante : *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235. Selon les prétentions de M. Harkat, le juge aurait commis une seule erreur de ce type, soit lorsqu’il a conclu qu’un individu nommé Ibn Khattab avait facilité des activités terroristes. Cela serait erroné, selon lui, parce qu’un juge qui s’est prononcé dans une autre cause relative à un certificat de sécurité a conclu qu’Ibn Khattab n’avait pas participé à des activités terroristes ou n’en avait pas facilitées : voir *Almrei*, 2009 CF 1263. Je ne peux pas accepter cet argument. Dans la cause *Almrei*, le juge désigné a pris soin de préciser que ses conclusions relatives à Ibn Khattab étaient fondées exclusivement sur les faits et le dossier portés à sa connaissance. En effet, il a mentionné que « [I]a preuve dont je dispose en l’espèce me porte à conclure qu’il [c.-à-d. Ibn Khattab] n’était pas lui-même un terroriste ou un parrain du terrorisme, mais je reconnais qu’il y a des motifs raisonnables de croire le contraire » : par. 457 (je souligne).

[109] Le juge Noël avait le pouvoir de faire sa propre évaluation quant à l’implication d’Ibn Khattab dans des activités terroristes, en se fondant sur les éléments de preuve qu’il a jugé dignes de foi et utiles. Je suis donc d’avis de ne pas intervenir dans son évaluation. J’estime en outre que le juge Noël n’a commis aucune erreur manifeste et dominante lorsqu’il a soupesé les éléments de preuve ou évalué la crédibilité de M. Harkat, deux éléments qui, à ses yeux, donnaient des motifs raisonnables de conclure à l’interdiction de territoire de M. Harkat.

IV. Conclusion

[110] Le régime établi par la *LIPR* n’instaure pas un processus parfait, mais il répond aux exigences de l’équité procédurale garanties par l’art. 7 de la *Charte*. Le pouvoir discrétionnaire conféré au juge désigné est l’ingrédient primordial qui permet à l’instance de rester équitable du début à la fin. Le juge désigné doit veiller à ce que la personne visée soit suffisamment informée des renseignements et des éléments de preuve pour être en mesure de donner des instructions utiles à ses avocats publics

special advocates, must refuse to admit evidence that is unreliable or whose probative value is outweighed by its prejudicial effects, and must take a liberal approach towards authorizing communications by the special advocates. And in cases where the inherent limitations of the *IRPA* scheme create procedural unfairness, designated judges must exercise their discretion under s. 24(1) of the *Charter* to grant an appropriate remedy.

[111] In the present case, Mr. Harkat benefited from a fair process. The designated judge did not err in refusing to exclude summaries of intercepted conversations and to allow the cross-examination of human sources. In addition, he did not commit a palpable and overriding error in concluding that the record provided reasonable grounds to find that Mr. Harkat was inadmissible on security grounds. Consequently, I would allow the appeal in part and dismiss the cross-appeal. Noël J.'s conclusion that the security certificate was reasonable is reinstated.

[112] At the closed hearing, the ministers requested that they be allowed to review these reasons before they are released to Mr. Harkat and to the public. I would not allow this. The information contained within these reasons has already been publicly disclosed in the reasons of the courts below; it poses no risk to national security.

The following are the reasons delivered by

[113] *ABELLA AND CROMWELL JJ.* (dissenting in part on the appeal) — An individual who comes forward with information about a potential terrorist threat, often risks his or her life in doing so if his or her identity is disclosed. Offering the possibility of anonymity only if a court subsequently agrees to protect the source's identity, requires the source to choose between risk of personal harm if his identity is not protected, or risk of harm to the public if the information is not disclosed. That is the inevitable

et des indications utiles à ses avocats spéciaux; il doit refuser d'admettre des éléments de preuve qui ne sont pas dignes de foi ou dont les effets préjudiciables l'emportent sur leur valeur probante; enfin, il doit faire preuve de souplesse lorsqu'il s'agit d'autoriser les communications faites par les avocats spéciaux. En outre, dans les cas où les limites inhérentes au régime établi par la *LIPR* sont à l'origine d'une iniquité procédurale, le juge désigné doit exercer le pouvoir discrétionnaire que lui confère le par. 24(1) de la *Charte* pour accorder une réparation appropriée.

[111] En l'espèce, M. Harkat a bénéficié d'un processus équitable. Le juge désigné n'a pas commis d'erreur en refusant d'écarter les résumés de conversations interceptées et d'autoriser le contre-interrogatoire des sources humaines. Il n'a pas non plus commis d'erreur manifeste et dominante en concluant que le dossier fournissait des motifs raisonnables de juger que M. Harkat était interdit de territoire pour raison de sécurité. Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi en partie et de rejeter le pourvoi incident. La conclusion du juge Noël selon laquelle le certificat de sécurité était raisonnable est rétablie.

[112] Lors de l'audience à huis clos, les ministres ont demandé l'autorisation d'examiner les présents motifs avant qu'ils ne soient communiqués à M. Harkat et au public. Je ne leur en accorderais pas l'autorisation. Les renseignements qui figurent dans les présents motifs ont déjà été rendus publics dans les motifs des juridictions d'instances inférieures; ils ne posent aucun risque pour la sécurité nationale.

Version française des motifs rendus par

[113] *LES JUGES ABELLA ET CROMWELL* (dissidents en partie quant au pourvoi) — La personne qui offre des renseignements au sujet d'une menace terroriste le fait souvent au péril de sa vie si son identité est dévoilée. Lui offrir la possibilité de garder l'anonymat uniquement si un tribunal accepte par la suite de protéger son identité, c'est l'obliger à choisir entre courir le risque de subir un préjudice personnel si son identité n'est pas protégée et risquer de mettre en danger la population en s'abstenant de

result of a case-by-case approach as suggested by the majority. In our view, with respect, this choice is not only an unacceptable one from the point of view of the public's safety, it is unnecessary.

[114] Like Noël J., in our view, CSIS informants who provide national security information based on a promise of confidentiality are entitled to the assurance that the confidentiality will be protected. This can only be guaranteed by a class privilege, as is done in criminal law cases. A case-by-case approach results in a source not knowing the likelihood the promise will be kept until a judge engages in a retrospective assessment as to whether the promise will be kept. This is hardly conducive to encouraging informants to risk their lives by coming forward to offer highly sensitive information in terrorism cases. While we otherwise agree with the reasons of the Chief Justice, therefore, we do not share her view of what protection national security sources are entitled to.

Analysis

[115] Informer privilege has been judicially recognized for more than two centuries and has a dual purpose: protection of a channel of information and the safety of those supplying it (Stanley Schiff, *Evidence in the Litigation Process* (4th ed. 1993), at pp. 1550-56). As Professor Schiff explains:

The rationale of the privilege makes it available in all manner of proceedings, including those before commissions of enquiry and administrative tribunals. *The rationale also makes it available if the informant spoke to a public agency other than the police, so long as the agency has law enforcement authority.* . . . By the same token, the privilege is not available if the public official to whom the informer spoke has no law enforcement authority . . . [Emphasis added; pp. 1551-52.]

divulguer les renseignements. Voilà le résultat que donne inévitablement l'approche au cas par cas proposée par les juges majoritaires. À notre avis, ce choix est non seulement inacceptable du point de vue de la sécurité publique, mais également inutile.

[114] À l'instar du juge Noël, nous estimons que les indicateurs du SCRS qui fournissent des renseignements relatifs à la sécurité nationale après avoir reçu une promesse d'anonymat ont droit à l'assurance que leur identité sera protégée. Seul un privilège générique peut offrir une telle garantie, comme c'est le cas dans le contexte des causes en matière criminelle. Avec une approche au cas par cas, la source ignore la probabilité que la promesse soit tenue jusqu'à ce qu'un juge procède à un examen rétrospectif pour déterminer si elle le sera. Cela ne concourt guère à encourager les indicateurs à risquer leur vie en offrant des renseignements hautement sensibles dans des causes relatives au terrorisme. En conséquence, bien que nous souscrivions par ailleurs aux motifs de la Juge en chef, nous ne partageons pas son avis sur la protection à laquelle ont droit les sources de renseignements touchant la sécurité nationale.

Analyse

[115] Le privilège relatif aux indicateurs est reconnu par la jurisprudence depuis plus de deux siècles et vise un double objectif : la protection d'un canal d'information, d'une part, et la sécurité de ceux qui fournissent les renseignements, d'autre part (Stanley Schiff, *Evidence in the Litigation Process* (4^e éd. 1993), p. 1550-1556). Comme l'explique le professeur Schiff :

[TRADUCTION] Compte tenu de la logique qui sous-tend le privilège, il peut être invoqué dans le cadre de tous les types de procédures, y compris celles qui se déroulent devant des commissions d'enquête et des tribunaux administratifs. *Toujours selon cette logique, un indicateur qui s'adresse à un organisme public autre que la police peut invoquer le privilège, à condition que l'organisme en question soit doté du pouvoir de faire appliquer la loi.* [. . .] Corollairement, si l'indicateur s'adresse à un fonctionnaire qui n'a pas ce pouvoir de faire appliquer la loi, l'indicateur ne peut pas ensuite invoquer le privilège . . . [Italique ajouté; p. 1551-1552.]

[116] It has therefore been applied in settings other than criminal prosecutions, including commissions of inquiry: *Bisaillon v. Keable*, [1983] 2 S.C.R. 60. Numerous decisions of the Federal Court have applied informer privilege to sources who provided confidential information to a parole board (see *Rice v. National Parole Board* (1985), 16 Admin. L.R. 157 (T.D.), at pp. 167-68; *Wilson v. National Parole Board* (1985), 10 Admin. L.R. 171 (T.D.), at p. 188; *Cadieux v. Director of Mountain Institution*, [1985] 1 F.C. 378 (T.D.), at pp. 397-98). It has also been applied to an informer of a securities regulator: *A. v. Drapeau*, 2012 NBCA 73, 393 N.B.R. (2d) 76.

[117] Wigmore refers to the informer privilege as one relating to

the identity of persons supplying the government with information concerning the commission of crimes. . . .

. . . .

. . . the principle is a large and flexible one. It applies wherever the situation is one where without this encouragement the citizens who have special information of a violation of law might be deterred otherwise from voluntarily reporting it to the appropriate official. [Emphasis deleted.]

(John Henry Wigmore, *Evidence in Trials at Common Law* (McNaughton rev. 1961), vol. 8, at pp. 761 and 767-68)

[118] This Court has repeatedly held that unlike Crown privilege or privileges based on Wigmore's four-part test, the police informer privilege does not permit a balancing of the benefits of protecting the privileged information against countervailing benefits: *Bisaillon*, at pp. 93-98. This recognizes that the danger to the safety of the informer and to the intelligence-gathering process is considered to be too great to permit the consideration of countervailing factors: *R. v. Leipert*, [1997] 1 S.C.R. 281, at para. 12; *Named Person v. Vancouver Sun*, [2007] 3

[116] Ce privilège a aussi été appliqué dans d'autres contextes que les poursuites criminelles, dont celui des commissions d'enquête : *Bisaillon c. Keable*, [1983] 2 R.C.S. 60. De nombreuses décisions de la Cour fédérale ont appliqué le privilège relatif aux indicateurs à des sources qui ont fourni des renseignements confidentiels à une commission des libérations conditionnelles (voir *Rice c. National Parole Board* (1985), 16 Admin. L.R. 157 (1^{re} inst.), p. 167-168; *Wilson c. National Parole Board* (1985), 10 Admin. L.R. 171 (1^{re} inst.), p. 188; *Cadieux c. Directeur de l'établissement Mountain*, [1985] 1 C.F. 378 (1^{re} inst.), p. 397-398). Il a aussi été appliqué à un indicateur auprès d'une commission des valeurs mobilières : *A. c. Drapeau*, 2012 NBCA 73, 393 R.N.-B. (2^e) 76.

[117] Le professeur Wigmore réfère au privilège de l'indicateur en disant qu'il s'agit d'un privilège qui concerne

[TRADUCTION] l'identité de personnes qui fournissent des renseignements au gouvernement concernant la commission de crimes. . . .

. . . .

. . . le principe est large et souple. Il s'applique dès lors que, sans cet incitatif, les citoyens qui détiennent des renseignements particuliers concernant la violation d'une loi pourraient autrement être dissuadés de les révéler volontairement aux autorités concernées. [Italique omis.]

(John Henry Wigmore, *Evidence in Trials at Common Law* (McNaughton rév. 1961), vol. 8, p. 761 et 767-768)

[118] La Cour a conclu à plusieurs reprises que, contrairement au privilège de la Couronne ou aux privilèges qui découlent du test à quatre volets de Wigmore, le privilège relatif aux indicateurs de police ne saurait être assujéti à une mise en balance des avantages découlant de la protection des renseignements confidentiels, d'une part, et des avantages de leur divulgation, d'autre part : *Bisaillon*, p. 93-98. C'est là reconnaître que le danger qui pèse sur la sécurité de l'indicateur et sur le processus de collecte de renseignements est jugé

S.C.R. 253, at paras. 19-22. In *Bisaillon*, this Court stated:

This procedure, designed to implement Crown privilege, is pointless in the case of secrecy regarding a police informer. In this case, the law gives the Minister, and the Court after him, no power of weighing or evaluating various aspects of the public interest which are in conflict, since it has already resolved the conflict itself. It has decided once and for all, subject to the law being changed, that information regarding police informers' identity will be, because of its content, a *class of information which it is in the public interest to keep secret*, and that this interest will prevail over the need to ensure the highest possible standard of justice. [Emphasis added; pp. 97-98.]

[119] In *R. v. Basi*, [2009] 3 S.C.R. 389, at para. 44, this Court went so far as to conclude that allowing counsel to participate in an *in camera* hearing involving a police informant was impermissible, even if they undertook not to disclose any privileged information:

No one outside the circle of privilege may access information over which the privilege has been claimed until a judge has determined that the privilege does not exist or that an exception applies.

[120] The privilege for informers in the context of state officials investigating matters of national security is not a “new” privilege, but a well-established one. The Ontario Court of Appeal has recognized a common law CSIS source privilege: *R. v. Y. (N.)*, 2012 ONCA 745, 113 O.R. (3d) 347. This case involved the transfer of Shaikh, an informant, from CSIS to the RCMP. One issue before the court was whether the informant had at some point become a state agent for the purposes of entrapment and abuse of process analyses. The court accepted that Shaikh had informant status while working with CSIS: see paras. 12 and 120. The court's conclusion that Shaikh was not a state agent was premised in part on the fact that he had not intended to waive the confidentiality

trop important pour autoriser la prise en compte de facteurs opposés : *R. c. Leipert*, [1997] 1 R.C.S. 281, par. 12; *Personne désignée c. Vancouver Sun*, [2007] 3 R.C.S. 253, par. 19-22. Dans *Bisaillon*, la Cour a affirmé que :

Cette procédure propre à la mise en œuvre du privilège de la Couronne se trouve sans objet dans le cas du secret relatif à l'indicateur de police. Dans ce cas en effet, la loi ne laisse au ministre et au juge après lui aucun pouvoir d'appréciation ou d'évaluation des divers aspects de l'intérêt public qui entrent en conflit puisqu'elle a déjà elle-même tranché ce conflit. Elle a déjà décidé une fois pour toutes, et sous réserve d'un changement apporté à la loi, que les renseignements relatifs à l'identité des indicateurs de police forment, à cause de leur contenu, une *classe de renseignements qu'il est dans l'intérêt public de garder secrets* et que cet intérêt l'emporte sur la nécessité de rendre une justice plus parfaite. [Italique ajouté; p. 97-98.]

[119] Dans *R. c. Basi*, [2009] 3 R.C.S. 389, par. 44, la Cour est allée jusqu'à conclure qu'il ne serait pas acceptable d'autoriser des avocats à participer à une audience tenue à huis clos à laquelle prendrait part un indicateur de police, même s'ils s'engageaient à ne rien divulguer des renseignements protégés :

Nul en dehors du cercle du privilège ne peut accéder aux renseignements à l'égard desquels le privilège est revendiqué tant qu'un juge n'a pas déterminé que le privilège n'existe pas ou qu'une exception s'applique.

[120] Le privilège qui protège les indicateurs dans le contexte d'enquêtes menées par des représentants de l'État quant à des questions de sécurité nationale n'est pas un « nouveau » privilège; il s'agit en fait d'un privilège bien établi. La Cour d'appel de l'Ontario a reconnu l'existence d'un privilège de common law pour les sources du SCRS : *R. c. Y. (N.)*, 2012 ONCA 745, 113 O.R. (3d) 347. Dans cette affaire, il était question du transfert d'un indicateur, M. Shaikh, du SCRS à la GRC. La cour devait notamment décider si l'indicateur était devenu, à un moment donné, un agent de l'État pour les besoins de l'analyse de la provocation policière et de l'abus de procédure. Elle a reconnu que M. Shaikh bénéficiait du statut d'indicateur lorsqu'il travaillait pour le SCRS : voir les par. 12

protections associated with his informant status: paras. 123-25. The court defined a “confidential informant” as a “voluntary source of information to police or security authorities”: para. 122 (emphasis added).

[121] The common law’s protection of informer privilege is based on the common sense recognition that engaging in a case-by-case balancing of interests would frustrate the rationale of informer privilege by discouraging the cooperation of informants. As the U.S. Supreme Court explained in a related context, leaving disclosure to individual judges would cause national security sources to “close up like a clam”: *Central Intelligence Agency v. Sims*, 471 U.S. 159 (1985), at p. 175.

[122] This Court recognized the breadth of the privilege in *Solicitor General of Canada v. Royal Commission of Inquiry into the Confidentiality of Health Records in Ontario*, [1981] 2 S.C.R. 494. The issue was whether RCMP officers could be compelled to disclose to the Commission the identities of individuals who, based on an assurance of confidentiality, gave information to police officials. The Court concluded that the privilege prevented disclosure. The Court held that the immunity from disclosure is “general in scope”, applying not only in criminal proceedings but also in civil proceedings, before commissions of inquiry and in “forensic investigations” generally (pp. 535-36). Writing for the majority, Martland J. emphasized that the rationale which supports the privilege applies with even more cogency in the national security context:

et 120. La conclusion de la cour selon laquelle M. Shaikh n’était pas un agent de l’État reposait en partie sur la prémisse qu’il n’avait pas voulu renoncer aux garanties d’anonymat associées à son statut d’indicateur : par. 123-125. La cour a défini [TRADUCTION] l’« informateur confidentiel » comme étant une « source volontaire de renseignements pour la police ou pour les services de sécurité » : par. 122 (nous soulignons).

[121] La protection accordée par la common law au moyen du privilège de l’indicateur est fondée sur la reconnaissance, selon le gros bon sens, qu’une mise en balance des intérêts au cas par cas minerait la logique qui sous-tend l’existence de ce privilège en décourageant les indicateurs de coopérer. Comme l’a expliqué la Cour suprême des É.-U. dans un contexte de même nature, si les juges devaient décider de l’opportunité ou non de la divulgation de l’identité des sources, celles qui fournissent des informations relatives à la sécurité nationale [TRADUCTION] « se fermentaient comme une huître » : *Central Intelligence Agency c. Sims*, 471 U.S. 159 (1985), p. 175.

[122] Notre Cour a reconnu la portée du privilège dans *Solliciteur général du Canada c. Commission royale d’enquête sur la confidentialité des dossiers de santé en Ontario*, [1981] 2 R.C.S. 494. Il s’agissait de savoir si les agents de la GRC pouvaient être contraints de divulguer à la Commission l’identité des personnes de qui, après leur avoir donné une garantie de confidentialité, ils avaient obtenu des renseignements. La Cour a conclu que le privilège empêchait la divulgation. Elle a statué que l’immunité contre la divulgation est « de portée générale » et qu’elle s’applique non seulement dans le contexte d’instances criminelles, mais aussi en matière civile, devant les commissions d’enquête et lorsqu’il s’agit d’« examen judiciaire » en général (p. 535-536). Au nom des juges majoritaires, le juge Martland a souligné que le fondement qui sous-tend le privilège s’applique d’autant plus lorsqu’il est question de sécurité nationale :

A large number of the instances in which, in the present case, it was sought to obtain from the police the names of their informants concerned police investigation into potential violence against officers of the state, including heads of state. These investigations were admittedly proper police functions. *The rule of law which protects against the disclosure of informants in the police investigation of crime has even greater justification in relation to the protection of national security against violence and terrorism.* [Emphasis added; p. 537.]

[123] Before CSIS was created as an independent agency, the intelligence function it now carries out was performed by the RCMP Security Service: see Commission of Inquiry Concerning Certain Activities of the Royal Canadian Mounted Police (the “McDonald Commission”), First Report, *Security and Information* (1979), and Second Report, *Freedom and Security under the Law*, vols. 1 and 2 (1981). The McDonald Commission, which led to the creation of an independent intelligence agency in Canada, was of the view that informer privilege applied to RCMP officers performing intelligence work: see Second Report, vol. 2, at pp. 1162-63. It explained the importance of preserving informant confidentiality as follows:

Security and intelligence activities cannot be carried out effectively without the use of informants. Informants are the main source of information for security and intelligence agencies. Whether the informants are paid or voluntary they invariably provide the information on the basis that their identity will be kept secret and that every effort will be made to ensure that it remains so. Their reasons for wanting their identity to remain secret are myriad and include fear of physical retaliation, harassment or ostracism. Any uncertainty about the ability of agencies to keep sources confidential will result in a “drying up” of such sources.

(First Report, at p. 42)

[124] The mandate of the RCMP Security Service was set out in a cabinet directive of 1975 as being to “discern, monitor, investigate, deter, prevent and

Dans bon nombre de cas où, en l’espèce, on a tenté d’obtenir de la police les noms de ses informateurs, il était question d’une enquête policière sur la possibilité de violence contre des fonctionnaires de l’État, y compris des chefs d’État. On reconnaît que ces enquêtes sont du ressort de la police. *Le principe de droit qui protège contre la divulgation de l’identité des personnes qui fournissent des renseignements dans le cadre d’une enquête policière sur le crime se justifie d’autant plus lorsqu’il s’agit de la protection de la sécurité nationale contre la violence et le terrorisme.* [Italique ajouté; p. 537.]

[123] Avant que le SCRS ne soit créé à titre d’organisme indépendant, la fonction en matière de renseignement dont il s’acquitte maintenant était assumée par le Service de sécurité de la GRC : voir la Commission d’enquête sur certaines activités de la Gendarmerie royale du Canada (la « Commission McDonald »), premier rapport, *Sécurité et Information* (1979), et deuxième rapport, *La liberté et la sécurité devant la loi*, vol. 1 et 2 (1981). Selon la Commission McDonald — qui a mené à la création d’un service de renseignement indépendant — le privilège relatif aux indicateurs s’appliquait aux agents de la GRC qui travaillaient dans le renseignement : voir le deuxième rapport, vol. 2, p. 1227-1228. Elle a expliqué comme suit l’importance de préserver l’anonymat des indicateurs :

Les activités liées à la sécurité et aux services de renseignements ne peuvent être menées à bien sans l’aide d’informateurs. Principale source d’information des services de sécurité et de renseignements, les informateurs, qu’ils soient rémunérés ou non, fournissent les renseignements à la condition que leur identité soit tenue secrète et que tout soit mis en œuvre pour qu’elle le demeure. Les raisons qui les poussent à formuler une telle exigence sont innombrables et vont de la crainte des sévices à la peur de se voir harceler et ostraciser. Ces sources de renseignements se tariraient bientôt si les informateurs venaient à douter de l’aptitude des services en question à taire leur identité.

(Premier rapport, p. 42)

[124] Selon le libellé de la directive du Cabinet de 1975 qui en a énoncé le mandat, le Service de sécurité de la GRC était responsable de « décel[er],

counter' persons engaging in subversive or other activity inimical to national security": Parliamentary Research Branch, "The Canadian Security Intelligence Service" (2000), Current Issue Review 84-27E, at p. 4. Those functions are now found in s. 12 of the *Canadian Security Intelligence Service Act*, R.S.C. 1985, c. C-23, which states that "[t]he Service shall collect, by investigation or otherwise, to the extent that it is strictly necessary, and analyse and retain information and intelligence respecting activities that may on reasonable grounds be suspected of constituting threats to the security of Canada and, in relation thereto, shall report to and advise the Government of Canada."

[125] As this Court pointed out in *Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, [2008] 2 S.C.R. 326 ("*Charkaoui II*"), "the activities of the RCMP and those of CSIS have in some respects been converging": para. 26. There is no doubt that informer privilege applied to RCMP Security Service informants. While it is true that the functions of CSIS and the RCMP are distinct, the rationale for the informer privilege applies equally to the work of both. The transfer of functions from the RCMP Security Service to CSIS should have no bearing on whether the privilege continues to exist. The investigatory and monitoring services CSIS performs are those previously carried out by the RCMP. There has been a statutory transfer, but not a functional one.

[126] The erection of an artificial boundary between them could lead to absurd results. A source who began supplying information to the police regarding a suspected terrorist threat and then later provided information to CSIS would be entitled to the privilege with respect to the former but not the latter interaction, even if the same assurances of privilege had been given by both agencies. This is

surveill[er], décourage[r], préven[ir] et contrecar[rer] les activités de personnes qui se livrent à des activités subversives ou préjudiciables à la sécurité nationale » : Direction de la recherche parlementaire, « Le Service canadien du renseignement de sécurité » (2000), Bulletin d'actualité 84-27F, p. 5. Ces fonctions figurent maintenant à l'art. 12 de la *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité*, L.R.C. 1985, ch. C-23, qui prévoit que « [l]e Service recueille, au moyen d'enquêtes ou autrement, dans la mesure strictement nécessaire, et analyse et conserve les informations et renseignements sur les activités dont il existe des motifs raisonnables de soupçonner qu'elles constituent des menaces envers la sécurité du Canada; il en fait rapport au gouvernement du Canada et le conseille à cet égard. »

[125] Comme la Cour l'a souligné dans *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, [2008] 2 R.C.S. 326 (« *Charkaoui II* »), « des convergences se développent entre les activités de la GRC et celles du SCRS » : par. 26. Il ne fait aucun doute que le privilège relatif aux indicateurs s'appliquait aux indicateurs du Service de sécurité de la GRC. S'il est vrai que les fonctions du SCRS et celles de la GRC sont distinctes, le fondement de l'existence du privilège relatif aux indicateurs s'applique tout autant au travail de l'un qu'à celui de l'autre. Le transfert des fonctions du Service de sécurité de la GRC au SCRS ne devrait avoir aucune incidence sur la poursuite ou non de l'existence du privilège. Les fonctions d'enquête et de surveillance dont s'acquitte le SCRS sont celles dont la GRC s'occupait antérieurement. Il y a bien eu un transfert légal de responsabilité, mais pas de changement quant aux fonctions à assumer.

[126] L'édification d'une frontière artificielle entre les deux organismes pourrait mener à des résultats absurdes. Une source qui a commencé à fournir des renseignements à la police relativement à des soupçons quant à une menace terroriste et qui aurait ensuite fourni d'autres renseignements au SCRS serait protégée par le privilège relativement à la première phase de ses échanges avec les autorités, mais

not an abstract problem, given the frequent cooperation between the two agencies.

[127] Two recent cases illustrate the way sources are shared in national security investigations: *R. v. Ahmad*, 2009 CanLII 84776 (Ont. S.C.J.), at paras. 31-34; *Y. (N.)*, at para. 120. *Ahmad* involved information obtained by CSIS and shared with the RCMP, which led to criminal prosecutions for terrorism offences. *Y. (N.)* involved the transfer of a human source from CSIS to the RCMP. In *Ahmad*, Dawson J. made the following observation about the nature of the relationship between CSIS and the RCMP:

. . . situations will arise where some sharing of information must occur if each organization is to fulfill its mandate. For example, where CSIS comes into possession of information of a real threat to national security, or learns of serious criminal activity, it must notify the RCMP. As Mr. Brooks indicated at para. 15 of his affidavit, CSIS will normally be engaged in the investigation of threats to the security of Canada before the police would have sufficient evidence to commence an investigation on their own. He also points out in his evidence that intelligence gathering investigations are very open ended and wide ranging, with the focus on looking for trends and relationships to help predict emerging or future threats. Such investigations are not oriented towards prosecution. It is the function of the police to react to any information provided by CSIS and to determine how best to proceed from a police perspective. [para. 34]

[128] To argue that it is unjust for the ministers to claim privilege over the identity of CSIS human sources while continuing to rely on the information obtained from them, is to forget the significant distinction between whether the privilege exists and whether the information provided by the human source can be used to establish the reasonableness of the certificate. Where the information has been redacted and anonymized so that the identity of

pas quant à la seconde, et ce, en dépit du fait que les mêmes garanties de privilège lui auraient été données par les deux organismes. Compte tenu de la coopération fréquente entre les deux organismes, il ne s'agit pas d'un problème théorique.

[127] Deux affaires récentes illustrent comment les sources sont partagées dans le contexte des enquêtes sur la sécurité nationale : *R. c. Ahmad*, 2009 CanLII 84776 (C.S.J. Ont.), par. 31-34, et *Y. (N.)*, par. 120. Dans *Ahmad*, des renseignements obtenus par le SCRS avaient été partagés avec la GRC, ce qui a mené à des poursuites criminelles pour des infractions relatives au terrorisme. Dans *Y. (N.)*, une source humaine du SCRS a été transférée à la GRC. Dans *Ahmad*, le juge Dawson a formulé la remarque suivante quant à la nature de la relation entre le SCRS et la GRC :

[TRADUCTION] . . . il survient des situations qui nécessitent un partage de renseignements pour que chaque organisation s'acquitte de son mandat. Par exemple, lorsque le SCRS obtient des renseignements selon lesquels il existe une menace réelle à la sécurité nationale, ou lorsqu'il est informé d'une activité criminelle grave, il doit en aviser la GRC. Comme l'a indiqué M. Brooks au par. 15 de son affidavit, le SCRS enquête sur les menaces à la sécurité du Canada avant que la police n'ait suffisamment d'éléments de preuve pour commencer sa propre enquête. Il souligne aussi dans son témoignage écrit que les enquêtes menées pour colliger du renseignement ne visent pas un but précis et ratissent large. En outre, elles mettent l'accent sur la recherche de tendances et de relations afin d'aider à prévoir la survenance de menaces ou les menaces futures. Ces enquêtes ne visent pas le dépôt de poursuite. Il revient à la police de réagir à tout renseignement que lui fournit le SCRS et de déterminer comment agir au mieux du point de vue policier. [par. 34]

[128] Prétendre qu'il est injuste que les ministres revendiquent un privilège relativement à l'identité des sources humaines du SCRS tout en continuant à se fonder sur les renseignements que fournissent ces dernières revient à oublier l'importante différence entre la question de savoir si le privilège existe et celle de savoir si les renseignements fournis par la source humaine peuvent être utilisés pour faire la preuve du caractère raisonnable du certificat. Si

the human source cannot be ascertained, there is no reason that it must always be eliminated from consideration by the designated judge. There is an obvious analogy to the well-settled law that permits confidential informant information to be considered, for example, in an information to obtain a search warrant and in a wiretap authorization: *R. v. Debot*, [1989] 2 S.C.R. 1140; *R. v. Garofoli*, [1990] 2 S.C.R. 1421, at p. 1456. In these contexts, the law has developed some protections, but under certain conditions it nonetheless allows the confidential source material to be considered without the cross-examination of the source.

[129] Noël J. found that “the recruitment of human sources would be harmed if the guarantees of confidentiality given by the Service were not upheld by this Court”: 2009 FC 204, at para. 28. He set out some possible safeguards and lines of inquiry that could help ensure that anonymous source material is sufficiently reliable that it could fairly be considered as part of the review of the reasonableness of the certificate: paras. 64-67. In addition, if a reviewing judge were of the view that consideration of confidential source material would result in a review hearing that does not meet the *Charkaoui II* standard, the judge could exclude that information from consideration.

[130] There may also be limited circumstances in which the special advocates could be granted access to the privileged information, namely where it is necessary so that the validity of the claim of privilege can be tested. In a criminal trial, the trial judge can look at privileged information where doing so is necessary to establish that the privilege is properly claimed. In *Vancouver Sun* and in *Basi*, at para. 57, it was held that in certain circumstances an *amicus curiae* may be considered to be part of the “circle of privilege”.

l’information a été caviardée ou anonymisée de manière à ce que l’identité de la source humaine ne puisse pas être établie, rien ne justifie qu’elle soit systématiquement soustraite à l’examen du juge désigné. Il existe une analogie manifeste entre ce principe et le droit bien établi qui permet de prendre en compte les renseignements confidentiels fournis par un indicateur, par exemple, pour obtenir un mandat de perquisition et l’autorisation de faire de l’écoute électronique : *R. c. Debot*, [1989] 2 R.C.S. 1140; *R. c. Garofoli*, [1990] 2 R.C.S. 1421, p. 1456. Le droit a créé des mesures de protection adaptées à ce type de contextes, mais, sous réserve de certaines conditions, il autorise malgré tout la prise en compte de renseignements fournis par une source confidentielle sans que cette dernière puisse être contre-interrogée.

[129] Le juge Noël a conclu que « le recrutement de sources humaines serait compromis si notre Cour ne respectait pas les garanties de confidentialité données par le Service » : 2009 CF 204, par. 28. Il a énuméré certaines mesures de protection potentielles ainsi que certaines questions qui pourraient aider à assurer que les renseignements obtenus de sources confidentielles sont suffisamment dignes de foi pour qu’ils puissent équitablement être pris en compte dans l’examen du caractère raisonnable du certificat : par. 64-67. En outre, si un juge chargé d’un contrôle judiciaire était d’avis que la prise en compte de renseignements fournis par une source confidentielle entraînerait la tenue d’une audience en révision qui ne satisfaisait pas à la norme établie par *Charkaoui II*, il pourrait les écarter et ne pas en tenir compte.

[130] Il pourrait aussi y avoir un certain nombre de circonstances limitées dans lesquelles les avocats spéciaux pourraient avoir accès aux renseignements protégés, notamment lorsque cela s’avère nécessaire pour que la validité de la revendication du privilège soit testée. Durant un procès en matière criminelle, le juge peut prendre connaissance de renseignements protégés lorsque cela s’avère nécessaire pour établir le bien-fondé de la revendication de privilège. Dans *Vancouver Sun* et dans *Basi*, par. 57, la Cour a affirmé que, dans certaines circonstances, un *amicus curiae* peut être désigné pour être membre du « cercle du privilège ».

[131] The special advocates may play a similar role in closed proceedings. While this Court held in *Basi* that it was impermissible for the accused's counsel to view privileged information based on the need to preserve the integrity of the solicitor-client relationship, different considerations apply to special advocates. The special advocate is not in a solicitor-client relationship. Furthermore, he or she is subject to heightened security clearance requirements which reduce the risk that disclosure may pose. As a result, if the designated judge believes that submissions by special advocates could assist in determining whether a privilege claim is valid, they may be entitled to view the privileged information. Submissions based on information identifying the human source should be limited to the validity of the privilege claim and not extend to the reliability of the information.

[132] Nor do we think the privilege is abrogated by statute. The Federal Court of Appeal was of the view that when Parliament enacted the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (“*IRPA*”), it comprehensively legislated the disclosure obligations of the Minister in the security certificate context such that there was no room for importing common law privileges to qualify the disclosure obligations of the Minister. Since ss. 77(2) and 83(1)(c) to (e) of *IRPA* specify that the Minister and judge may not disclose information which is injurious to national security or which puts the safety of any person at risk, recognizing a class privilege would mean that disclosure could be withheld in a case where neither of these two factors was present.

[133] We are unpersuaded that the common law has been ousted by these provisions. In order to abrogate a common law privilege, Parliament must clearly express an intention to do so: see *Canada (Privacy Commissioner) v. Blood Tribe Department*

[131] Les avocats spéciaux peuvent jouer un rôle similaire lors d'audiences à huis clos. S'il est vrai que la Cour a conclu dans *Basi* qu'il était interdit pour l'avocat de l'accusé de prendre connaissance des renseignements protégés sur le fondement du besoin de préserver l'intégrité de la relation avocat-client, ce sont d'autres considérations qui prévalent en ce qui a trait aux avocats spéciaux. Ces derniers n'agissent pas dans le cadre d'une relation avocat-client. De plus, ils doivent satisfaire à des exigences accrues en matière d'habilitation de sécurité, ce qui réduit le risque que peut poser la communication des renseignements. En conséquence, si le juge désigné estime que les avocats spéciaux pourraient faire des observations utiles pour juger du bien-fondé de la revendication de privilège, ceux-ci pourraient être autorisés à prendre connaissance des renseignements protégés. Les observations fondées sur des renseignements qui identifient une source humaine devraient porter exclusivement sur la question du bien-fondé de la revendication de privilège et ne pas traiter de la fiabilité des renseignements en question.

[132] Nous ne croyons pas non plus que le privilège a été abrogé par la loi. La Cour d'appel fédérale a exprimé l'opinion que lorsqu'il a adopté la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (« *LIPR* »), le Parlement a légiféré sur toutes les facettes des obligations qui incombent au ministre en matière de divulgation dans le contexte des certificats de sécurité, de sorte qu'il n'y aurait plus lieu d'importer des privilèges de common law pour circonscrire les obligations du ministre en matière de divulgation. Puisque le par. 77(2) et les al. 83(1)c) à e) de la *LIPR* précisent que le ministre et le juge ne peuvent divulguer de renseignements si cela est susceptible de porter atteinte à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui, la reconnaissance d'un privilège générique signifierait qu'il pourrait ne pas y avoir de divulgation, même en l'absence de ces deux facteurs.

[133] Nous ne sommes pas convaincus que la common law a été évincée par ces dispositions. Pour abroger un privilège reconnu par la common law, le législateur doit exprimer clairement son intention de le faire : voir *Canada (Commissaire à la protection*

of Health, [2008] 2 S.C.R. 574, at para. 26. *IRPA* makes no reference to informer privilege and, as discussed later in these reasons, does not evince a clear intention to deprive CSIS human sources of its benefit.

[134] *IRPA* also fails to distinguish between what disclosure means in the context of ss. 77(2) and 83(1)(c) to (e) and what it means in the context of disclosing privileged information to the special advocates. Section 77(2) of *IRPA* provides that the Minister must file with the court the information and other evidence on which the security certificate is based. On the other hand, disclosure of information subject to informer privilege raises different considerations. This information will generally not have been provided to the judge under s. 77(2) and so will not form part of the judge's decision on the reasonableness of the issuance of the security certificate. The only provision of *IRPA* which would govern such a scenario is s. 85.2, which sets out the powers of a special advocate, and, in particular, s. 85.2(c), which states that a special advocate may "exercise, with the judge's authorization, any other powers that are necessary to protect the interests of the permanent resident or foreign national". The same analysis applies with respect to ss. 37 and 38 of the *Canada Evidence Act*, R.S.C. 1985, c. C-5. This Court held in *Basi* that where a claim of informer privilege falls under s. 37 of the *Canada Evidence Act*, the usual public interest balancing exercise under s. 37(5) is displaced by the common law privilege: paras. 23-24. Additional protection is therefore provided for national security secrets but without abrogating the underlying common law privileges.

[135] The final question relates to whether an exception to the privilege should apply in the security certificate context. Noël J. was of the view that

de la vie privée) c. *Blood Tribe Department of Health*, [2008] 2 R.C.S. 574, par. 26. La *LIPR* ne fait pas référence au privilège relatif aux indicateurs et, comme nous le verrons ultérieurement dans les présents motifs, elle n'exprime pas une intention claire de priver les sources humaines du SCRS des avantages qu'il procure.

[134] La *LIPR* ne fait pas non plus la distinction entre ce que signifie la divulgation dans le contexte du par. 77(2) et des al. 83(1)(c) à (e) et ce qu'elle signifie lorsqu'il est question de révéler des renseignements protégés aux avocats spéciaux. Le paragraphe 77(2) de la *LIPR* prévoit que le ministre doit déposer auprès de la cour les renseignements et autres éléments de preuve sur lesquels est fondé un certificat de sécurité. Par ailleurs, la divulgation de renseignements visés par le privilège relatif aux indicateurs soulève d'autres considérations. En règle générale, ces renseignements ne sont pas fournis au juge en application du par. 77(2) et ils ne sont pas pris en compte par le juge lorsqu'il est appelé à décider du caractère raisonnable de la délivrance du certificat de sécurité. L'article 85.2, qui énonce les pouvoirs dévolus à l'avocat spécial et, plus particulièrement, l'al. 85.2(c), qui précise que l'avocat spécial peut « exercer, avec l'autorisation du juge, tout autre pouvoir nécessaire à la défense des intérêts du résident permanent ou de l'étranger », est de fait la seule disposition de la *LIPR* qui régirait une telle situation. La même analyse s'applique quant aux art. 37 et 38 de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. 1985, ch. C-5. La Cour a statué dans *Basi* que lorsqu'une revendication de privilège de l'indicateur est régie par l'art. 37 de la *Loi sur la preuve au Canada*, l'exercice habituel de mise en balance de l'intérêt public prévu au par. 37(5) est supplanté par le privilège de common law : par. 23-24. Il existe donc une protection supplémentaire pour les secrets relatifs à la sécurité nationale sans pour autant que les privilèges de common law sous-jacents soient abrogés.

[135] La dernière question à trancher est celle de l'opportunité d'appliquer une exception au privilège dans le contexte des certificats de sécurité.

there was a “need to know” exception, analogous to the “innocence at stake” exception to the police informer privilege. This exception means that the privilege can be set aside in cases where maintaining it would undermine the accused’s ability to raise a reasonable doubt. The “need to know” exception would similarly be engaged when abrogating the privilege is necessary to prevent a serious breach of procedural fairness that would impugn the administration of justice. On the facts before him, Noël J. held that the requirements of the “need to know” exception had not been met and therefore denied the special advocates’ request.

[136] In our view, the “need to know” exception outlined by Noël J. is overly broad: 2009 FC 204, at para. 46. We agree with the ministers that this exception is broader than the “innocence at stake” exception because the latter applies only where there is a risk of an unjust outcome, whereas the “need to know” exception applies where there is an unjust procedure. It also appears to overlook the considerable procedural flexibility that is available to the reviewing judge and the particular role of the special advocate.

[137] But given the intensity of the interests at stake in the security certificate context, we acknowledge that it would be appropriate to recognize a limited exception specifically crafted for the security certificate process which would address only disclosure to the special advocate, not to the subject of the proceedings. Identity should be disclosed only if the reviewing judge is satisfied that other measures, including withdrawing the substance of the informant’s evidence from consideration in support of the certificate, are not sufficient to ensure a just outcome. Noël J. ordered generous disclosure of material to the special advocates concerning the credibility of informers

Le juge Noël était d’avis qu’il existait une exception en cas de « besoin de connaître », analogue à l’exception au privilège de l’indicateur de police relative à la « démonstration de l’innocence de l’accusé ». L’existence de cette exception signifie que le privilège peut être écarté dans les cas où son maintien minerait la capacité de l’accusé de soulever un doute raisonnable. De même, l’exception fondée sur le « besoin de connaître » serait applicable lorsqu’il serait nécessaire d’écartier le privilège pour éviter une atteinte sérieuse à l’équité procédurale qui minerait l’administration de la justice. À la lumière des faits portés à sa connaissance, le juge Noël a conclu qu’il n’avait pas été satisfait aux exigences de l’exception fondée sur le « besoin de connaître » et il a donc rejeté la demande des avocats spéciaux.

[136] Selon nous, l’exception fondée sur le « besoin de connaître » décrite par le juge Noël a une portée trop large : 2009 CF 204, par. 46. Comme les ministres, nous estimons que cette exception a une portée plus large que celle relative à la « démonstration de l’innocence de l’accusé ». En effet, cette dernière s’applique seulement lorsqu’il existe un risque que l’issue de l’affaire soit injuste tandis que l’exception fondée sur le « besoin de connaître » s’applique en présence d’une procédure injuste. L’exception telle qu’elle est circonscrite par le juge Noël semble aussi négliger de prendre en compte la souplesse procédurale considérable dont dispose le juge siégeant en révision et le rôle particulier de l’avocat spécial.

[137] Cela dit, compte tenu de l’importance des intérêts en jeu dans le contexte des certificats de sécurité, nous admettons qu’il serait approprié de reconnaître l’existence d’une exception limitée, conçue spécifiquement pour le processus applicable aux certificats de sécurité et dont la portée se limiterait à la divulgation à l’avocat spécial et ne viserait pas le sujet des procédures. L’identité des sources ne devrait être communiquée que si le juge siégeant en révision est convaincu que d’autres mesures, y compris le retrait de l’essentiel du témoignage de l’indicateur des éléments pris en compte au soutien du certificat, ne sont pas suffisantes pour garantir une issue équitable. Le

and the information they supplied. He allowed cross-examination of CSIS witnesses on the value, reliability and usefulness of informer information. In some circumstances, he relied on informer information only where it had been corroborated. If these measures are not considered adequate, the reviewing judge also has discretion under s. 83(1)(h) of *IRPA* to refuse to rely on evidence that he or she does not consider to be reliable and appropriate. Only if resort to these measures would not ensure a just outcome should identity be disclosed.

[138] Even when disclosure of identity is ordered, there should be no cross-examination of the source by the special advocate. Requiring a human source to testify will have a profound chilling effect on the willingness of other sources to come forward, and will undoubtedly damage the relationship between CSIS and the source compelled to testify. CSIS operatives must be able to provide confident assurances to their sources that their identities will not be revealed, not vague assurances hedged with qualifications. Moreover, the human sources themselves, who are not subject to the necessary security clearance, may learn sensitive material in the closed proceedings which CSIS will then be unable to control.

[139] We would therefore allow the ministers' appeal on the informant privilege issue and restore Noël J.'s disposition of this issue.

APPENDIX

Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27

33. The facts that constitute inadmissibility under sections 34 to 37 include facts arising from omissions

juge Noël a ordonné une divulgation généreuse de documents aux avocats spéciaux concernant la crédibilité des sources et des renseignements qu'elles ont fournis. Il a autorisé le contre-interrogatoire des témoins du SCRS sur la valeur, la fiabilité et l'utilité des renseignements fournis par les indicateurs. Dans certaines circonstances, il s'est fondé sur ces renseignements uniquement s'ils avaient été corroborés. Si ces mesures ne sont pas jugées adéquates, le juge siégeant en révision dispose aussi du pouvoir discrétionnaire, prévu à l'al. 83(1)h de la *LIPR*, de refuser de fonder sa décision sur des éléments de preuve qu'il ne juge pas dignes de foi et utiles. Ce n'est que si le recours à ces mesures ne permettait pas de garantir une issue équitable que l'identité de la source devrait être communiquée.

[138] Même lorsque la communication de l'identité est ordonnée, la source ne devrait pas être contre-interrogée par l'avocat spécial. En effet, exiger qu'une source humaine témoigne refroidirait considérablement la volonté d'autres sources de collaborer avec les autorités et mettrait sans aucun doute à mal la relation entre le SCRS et la source assignée à témoigner. Les agents du SCRS doivent pouvoir donner à leurs sources l'assurance ferme que leur identité ne sera pas révélée et non pas des assurances vagues assorties de conditions. En outre, les sources humaines elles-mêmes, qui ne sont pas assujetties à l'habilitation de sécurité obligatoire, pourraient prendre connaissance d'information sensible durant les procédures à huis clos et le SCRS serait dès lors incapable d'en assurer le contrôle.

[139] Nous sommes donc d'avis d'accueillir le pourvoi des ministres en ce qui a trait à la question du privilège relatif à l'indicateur et de rétablir la décision du juge Noël à cet égard.

ANNEXE

Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27

33. Les faits — actes ou omissions — mentionnés aux articles 34 à 37 sont, sauf disposition contraire, appréciés

and, unless otherwise provided, include facts for which there are reasonable grounds to believe that they have occurred, are occurring or may occur.

34. (1) A permanent resident or a foreign national is inadmissible on security grounds for

- (a) engaging in an act of espionage that is against Canada or that is contrary to Canada's interests;
- (b) engaging in or instigating the subversion by force of any government;
- (b.1) engaging in an act of subversion against a democratic government, institution or process as they are understood in Canada;
- (c) engaging in terrorism;
- (d) being a danger to the security of Canada;
- (e) engaging in acts of violence that would or might endanger the lives or safety of persons in Canada; or
- (f) being a member of an organization that there are reasonable grounds to believe engages, has engaged or will engage in acts referred to in paragraph (a), (b), (b.1) or (c).

77. (1) The Minister and the Minister of Citizenship and Immigration shall sign a certificate stating that a permanent resident or foreign national is inadmissible on grounds of security, violating human or international rights, serious criminality or organized criminality, and shall refer the certificate to the Federal Court.

(2) When the certificate is referred, the Minister shall file with the Court the information and other evidence on which the certificate is based, and a summary of information and other evidence that enables the person who is named in the certificate to be reasonably informed of the case made by the Minister but that does not include anything that, in the Minister's opinion, would be injurious to national security or endanger the safety of any person if disclosed.

(3) Once the certificate is referred, no proceeding under this Act respecting the person who is named in the certificate — other than proceedings relating to sections 82 to 82.3, 112 and 115 — may be commenced or continued until the judge determines whether the certificate is reasonable.

sur la base de motifs raisonnables de croire qu'ils sont survenus, surviennent ou peuvent survenir.

34. (1) Emportent interdiction de territoire pour raison de sécurité les faits suivants :

- a) être l'auteur de tout acte d'espionnage dirigé contre le Canada ou contraire aux intérêts du Canada;
- b) être l'instigateur ou l'auteur d'actes visant au renversement d'un gouvernement par la force;
- b.1) se livrer à la subversion contre toute institution démocratique, au sens où cette expression s'entend au Canada;
- c) se livrer au terrorisme;
- d) constituer un danger pour la sécurité du Canada;
- e) être l'auteur de tout acte de violence susceptible de mettre en danger la vie ou la sécurité d'autrui au Canada;
- f) être membre d'une organisation dont il y a des motifs raisonnables de croire qu'elle est, a été ou sera l'auteur d'un acte visé aux alinéas a), b), b.1) ou c).

77. (1) Le ministre et le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration déposent à la Cour fédérale le certificat attestant qu'un résident permanent ou qu'un étranger est interdit de territoire pour raison de sécurité ou pour atteinte aux droits humains ou internationaux, grande criminalité ou criminalité organisée.

(2) Le ministre dépose en même temps que le certificat les renseignements et autres éléments de preuve justifiant ce dernier, ainsi qu'un résumé de la preuve qui permet à la personne visée d'être suffisamment informée de sa thèse et qui ne comporte aucun élément dont la divulgation porterait atteinte, selon le ministre, à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui.

(3) Il ne peut être procédé à aucune instance visant la personne au titre de la présente loi tant qu'il n'a pas été statué sur le certificat. Ne sont pas visées les instances relatives aux articles 82 à 82.3, 112 et 115.

78. The judge shall determine whether the certificate is reasonable and shall quash the certificate if he or she determines that it is not.

80. A certificate that is determined to be reasonable is conclusive proof that the person named in it is inadmissible and is a removal order that is in force without it being necessary to hold or continue an examination or admissibility hearing.

81. The Minister and the Minister of Citizenship and Immigration may issue a warrant for the arrest and detention of a person who is named in a certificate if they have reasonable grounds to believe that the person is a danger to national security or to the safety of any person or is unlikely to appear at a proceeding or for removal.

83. (1) The following provisions apply to proceedings under any of sections 78 and 82 to 82.2:

(a) the judge shall proceed as informally and expeditiously as the circumstances and considerations of fairness and natural justice permit;

(b) the judge shall appoint a person from the list referred to in subsection 85(1) to act as a special advocate in the proceeding after hearing representations from the permanent resident or foreign national and the Minister and after giving particular consideration and weight to the preferences of the permanent resident or foreign national;

(c) at any time during a proceeding, the judge may, on the judge's own motion — and shall, on each request of the Minister — hear information or other evidence in the absence of the public and of the permanent resident or foreign national and their counsel if, in the judge's opinion, its disclosure could be injurious to national security or endanger the safety of any person;

(d) the judge shall ensure the confidentiality of information and other evidence provided by the Minister if, in the judge's opinion, its disclosure would be injurious to national security or endanger the safety of any person;

78. Le juge décide du caractère raisonnable du certificat et l'annule s'il ne peut conclure qu'il est raisonnable.

80. Le certificat jugé raisonnable fait foi de l'interdiction de territoire et constitue une mesure de renvoi en vigueur, sans qu'il soit nécessaire de procéder au contrôle ou à l'enquête.

81. Le ministre et le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration peuvent lancer un mandat pour l'arrestation et la mise en détention de la personne visée par le certificat dont ils ont des motifs raisonnables de croire qu'elle constitue un danger pour la sécurité nationale ou la sécurité d'autrui ou qu'elle se soustraira vraisemblablement à la procédure ou au renvoi.

83. (1) Les règles ci-après s'appliquent aux instances visées aux articles 78 et 82 à 82.2 :

a) le juge procède, dans la mesure où les circonstances et les considérations d'équité et de justice naturelle le permettent, sans formalisme et selon la procédure expéditive;

b) il nomme, parmi les personnes figurant sur la liste dressée au titre du paragraphe 85(1), celle qui agira à titre d'avocat spécial dans le cadre de l'instance, après avoir entendu l'intéressé et le ministre et accordé une attention et une importance particulières aux préférences de l'intéressé;

c) il peut d'office tenir une audience à huis clos et en l'absence de l'intéressé et de son conseil — et doit le faire à chaque demande du ministre — si la divulgation des renseignements ou autres éléments de preuve en cause pourrait porter atteinte, selon lui, à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui;

d) il lui incombe de garantir la confidentialité des renseignements et autres éléments de preuve que lui fournit le ministre et dont la divulgation porterait atteinte, selon lui, à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui;

(e) throughout the proceeding, the judge shall ensure that the permanent resident or foreign national is provided with a summary of information and other evidence that enables them to be reasonably informed of the case made by the Minister in the proceeding but that does not include anything that, in the judge's opinion, would be injurious to national security or endanger the safety of any person if disclosed;

(f) the judge shall ensure the confidentiality of all information or other evidence that is withdrawn by the Minister;

(g) the judge shall provide the permanent resident or foreign national and the Minister with an opportunity to be heard;

(h) the judge may receive into evidence anything that, in the judge's opinion, is reliable and appropriate, even if it is inadmissible in a court of law, and may base a decision on that evidence;

(i) the judge may base a decision on information or other evidence even if a summary of that information or other evidence is not provided to the permanent resident or foreign national; and

(j) the judge shall not base a decision on information or other evidence provided by the Minister, and shall return it to the Minister, if the judge determines that it is not relevant or if the Minister withdraws it.

(1.1) For the purposes of paragraph (1)(h), reliable and appropriate evidence does not include information that is believed on reasonable grounds to have been obtained as a result of the use of torture within the meaning of section 269.1 of the *Criminal Code*, or cruel, inhuman or degrading treatment or punishment within the meaning of the Convention Against Torture.

85.1 (1) A special advocate's role is to protect the interests of the permanent resident or foreign national in a proceeding under any of sections 78 and 82 to 82.2 when information or other evidence is heard in the absence of the public and of the permanent resident or foreign national and their counsel.

(2) A special advocate may challenge

(a) the Minister's claim that the disclosure of information or other evidence would be injurious to national security or endanger the safety of any person; and

e) il veille tout au long de l'instance à ce que soit fourni à l'intéressé un résumé de la preuve qui ne comporte aucun élément dont la divulgation porterait atteinte, selon lui, à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui et qui permet à l'intéressé d'être suffisamment informé de la thèse du ministre à l'égard de l'instance en cause;

f) il lui incombe de garantir la confidentialité des renseignements et autres éléments de preuve que le ministre retire de l'instance;

g) il donne à l'intéressé et au ministre la possibilité d'être entendus;

h) il peut recevoir et admettre en preuve tout élément — même inadmissible en justice — qu'il estime digne de foi et utile et peut fonder sa décision sur celui-ci;

i) il peut fonder sa décision sur des renseignements et autres éléments de preuve même si un résumé de ces derniers n'est pas fourni à l'intéressé;

j) il ne peut fonder sa décision sur les renseignements et autres éléments de preuve que lui fournit le ministre et les remet à celui-ci s'il décide qu'ils ne sont pas pertinents ou si le ministre les retire.

(1.1) Pour l'application de l'alinéa (1)h), sont exclus des éléments de preuve dignes de foi et utiles les renseignements dont il existe des motifs raisonnables de croire qu'ils ont été obtenus par suite du recours à la torture, au sens de l'article 269.1 du *Code criminel*, ou à d'autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, au sens de la Convention contre la torture.

85.1 (1) L'avocat spécial a pour rôle de défendre les intérêts du résident permanent ou de l'étranger lors de toute audience tenue à huis clos et en l'absence de celui-ci et de son conseil dans le cadre de toute instance visée à l'un des articles 78 et 82 à 82.2.

(2) Il peut contester :

a) les affirmations du ministre voulant que la divulgation de renseignements ou autres éléments de preuve porterait atteinte à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui;

(b) the relevance, reliability and sufficiency of information or other evidence that is provided by the Minister and is not disclosed to the permanent resident or foreign national and their counsel, and the weight to be given to it.

(3) For greater certainty, the special advocate is not a party to the proceeding and the relationship between the special advocate and the permanent resident or foreign national is not that of solicitor and client.

(4) However, a communication between the permanent resident or foreign national or their counsel and the special advocate that would be subject to solicitor-client privilege if the relationship were one of solicitor and client is deemed to be subject to solicitor-client privilege. For greater certainty, in respect of that communication, the special advocate is not a compellable witness in any proceeding.

85.2 A special advocate may

(a) make oral and written submissions with respect to the information and other evidence that is provided by the Minister and is not disclosed to the permanent resident or foreign national and their counsel;

(b) participate in, and cross-examine witnesses who testify during, any part of the proceeding that is held in the absence of the public and of the permanent resident or foreign national and their counsel; and

(c) exercise, with the judge's authorization, any other powers that are necessary to protect the interests of the permanent resident or foreign national.

. . .

85.4 (1) The Minister shall, within a period set by the judge, provide the special advocate with a copy of all information and other evidence that is provided to the judge but that is not disclosed to the permanent resident or foreign national and their counsel.

(2) After that information or other evidence is received by the special advocate, the special advocate may, during the remainder of the proceeding, communicate with another person about the proceeding only with the judge's authorization and subject to any conditions that the judge considers appropriate.

(3) If the special advocate is authorized to communicate with a person, the judge may prohibit that person from communicating with anyone else about the

b) la pertinence, la fiabilité et la suffisance des renseignements ou autres éléments de preuve fournis par le ministre, mais communiqués ni à l'intéressé ni à son conseil, et l'importance qui devrait leur être accordée.

(3) Il est entendu que l'avocat spécial n'est pas partie à l'instance et que les rapports entre lui et l'intéressé ne sont pas ceux qui existent entre un avocat et son client.

(4) Toutefois, toute communication entre l'intéressé ou son conseil et l'avocat spécial qui serait protégée par le secret professionnel liant l'avocat à son client si ceux-ci avaient de tels rapports est réputée être ainsi protégée, et il est entendu que l'avocat spécial ne peut être contraint à témoigner à l'égard d'une telle communication dans quelque instance que ce soit.

85.2 L'avocat spécial peut :

a) présenter au juge ses observations, oralement ou par écrit, à l'égard des renseignements et autres éléments de preuve fournis par le ministre, mais communiqués ni à l'intéressé ni à son conseil;

b) participer à toute audience tenue à huis clos et en l'absence de l'intéressé et de son conseil, et contre-interroger les témoins;

c) exercer, avec l'autorisation du juge, tout autre pouvoir nécessaire à la défense des intérêts du résident permanent ou de l'étranger.

. . .

85.4 (1) Il incombe au ministre de fournir à l'avocat spécial, dans le délai fixé par le juge, copie de tous les renseignements et autres éléments de preuve qui ont été fournis au juge, mais qui n'ont été communiqués ni à l'intéressé ni à son conseil.

(2) Entre le moment où il reçoit les renseignements et autres éléments de preuve et la fin de l'instance, l'avocat spécial ne peut communiquer avec qui que ce soit au sujet de l'instance si ce n'est avec l'autorisation du juge et aux conditions que celui-ci estime indiquées.

(3) Dans le cas où l'avocat spécial est autorisé à communiquer avec une personne, le juge peut interdire à cette dernière de communiquer avec qui que ce soit d'autre

proceeding during the remainder of the proceeding or may impose conditions with respect to such a communication during that period.

85.5 With the exception of communications authorized by a judge, no person shall

(a) disclose information or other evidence that is disclosed to them under section 85.4 and that is treated as confidential by the judge presiding at the proceeding; or

(b) communicate with another person about the content of any part of a proceeding under any of sections 78 and 82 to 82.2 that is heard in the absence of the public and of the permanent resident or foreign national and their counsel.

Canada Evidence Act, R.S.C. 1985, c. C-5, as am. by S.C. 2013, c. 9, s. 20

38.06 (1) Unless the judge concludes that the disclosure of the information or facts referred to in subsection 38.02(1) would be injurious to international relations or national defence or national security, the judge may, by order, authorize the disclosure of the information or facts.

(2) If the judge concludes that the disclosure of the information or facts would be injurious to international relations or national defence or national security but that the public interest in disclosure outweighs in importance the public interest in non-disclosure, the judge may by order, after considering both the public interest in disclosure and the form of and conditions to disclosure that are most likely to limit any injury to international relations or national defence or national security resulting from disclosure, authorize the disclosure, subject to any conditions that the judge considers appropriate, of all or part of the information or facts, a summary of the information or a written admission of facts relating to the information.

Appeal allowed in part, ABELLA and CROMWELL JJ. dissenting in part. Cross-appeal dismissed.

Solicitor for the appellants/respondents on cross-appeal: Attorney General of Canada, Toronto and Ottawa.

au sujet de l'instance, et ce jusqu'à la fin de celle-ci, ou assujettir à des conditions toute communication de cette personne à ce sujet, jusqu'à la fin de l'instance.

85.5 Sauf à l'égard des communications autorisées par tout juge, il est interdit à quiconque :

a) de divulguer des renseignements et autres éléments de preuve qui lui sont communiqués au titre de l'article 85.4 et dont la confidentialité est garantie par le juge présidant l'instance;

b) de communiquer avec toute personne relativement au contenu de tout ou partie d'une audience tenue à huis clos et en l'absence de l'intéressé et de son conseil dans le cadre d'une instance visée à l'un des articles 78 et 82 à 82.2.

Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. 1985, ch. C-5, telle que mod. par L.C. 2013, ch. 9, art. 20

38.06 (1) Le juge peut rendre une ordonnance autorisant la divulgation des renseignements ou des faits visés au paragraphe 38.02(1), sauf s'il conclut qu'elle porterait préjudice aux relations internationales ou à la défense ou à la sécurité nationales.

(2) Si le juge conclut que la divulgation des renseignements ou des faits porterait préjudice aux relations internationales ou à la défense ou à la sécurité nationales, mais que les raisons d'intérêt public qui justifient la divulgation l'emportent sur les raisons d'intérêt public qui justifient la non-divulgation, il peut par ordonnance, compte tenu des raisons d'intérêt public qui justifient la divulgation ainsi que de la forme et des conditions de divulgation les plus susceptibles de limiter le préjudice porté aux relations internationales ou à la défense ou à la sécurité nationales, autoriser, sous réserve des conditions qu'il estime indiquées, la divulgation de tout ou partie des renseignements ou des faits, d'un résumé des renseignements ou d'un aveu écrit des faits qui y sont liés.

Pourvoi accueilli en partie, les juges ABELLA et CROMWELL sont dissidents en partie. Pourvoi incident rejeté.

Procureur des appellants/intimés au pourvoi incident : Procureur général du Canada, Toronto et Ottawa.

Solicitors for the respondent/appellant on cross-appeal: Webber Schroeder Goldstein Abergel, Ottawa; Bayne, Sellar, Boxall, Ottawa.

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

Solicitors for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association: Ruby Shiller Chan Hasan, Toronto.

Solicitors for the intervener the Canadian Council of Criminal Defence Lawyers: John Norris, Toronto; Poupart, Dadour, Touma & Associés, Montréal.

Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Kapoor Barristers, Toronto.

Solicitors for the intervener the Canadian Bar Association: Waldman & Associates, Toronto; Edelmann & Co., Vancouver.

Solicitors for the intervener the Canadian Association of Refugee Lawyers: Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.

Solicitors for the interveners the Canadian Council for Refugees and the International Civil Liberties Monitoring Group: Jackman Nazami & Associates, Toronto; Queen's University, Kingston; Refugee Law Office, Toronto.

Solicitors for the intervener the Canadian Council on American-Islamic Relations (now known as National Council of Canadian Muslims): Office Khalid Elgazzar, Barrister, Ottawa; Osgoode Law School of York University, Toronto.

Solicitors for the intervener Amnesty International: Community Legal Services Ottawa Centre, Ottawa; Amnesty International Canada, Ottawa.

Procureurs de l'intimé/appelant au pourvoi incident : Webber Schroeder Goldstein Abergel, Ottawa; Bayne, Sellar, Boxall, Ottawa.

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

Procureurs de l'intervenante l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique : Ruby Shiller Chan Hasan, Toronto.

Procureurs de l'intervenant le Conseil canadien des avocats de la défense : John Norris, Toronto; Poupart, Dadour, Touma & Associés, Montréal.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : Kapoor Barristers, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association du barreau canadien : Waldman & Associates, Toronto; Edelmann & Co., Vancouver.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des avocats et avocates en droit des réfugiés : Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.

Procureurs des intervenants le Conseil canadien pour les réfugiés et la Coalition pour la surveillance internationale des libertés civiles : Jackman Nazami & Associates, Toronto; Université Queen's, Kingston; Refugee Law Office, Toronto.

Procureurs de l'intervenant Canadian Council on American-Islamic Relations (maintenant connu sous le nom de Conseil national des musulmans canadiens) : Office Khalid Elgazzar, Barrister, Ottawa; Osgoode Law School of York University, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Amnistie internationale : Clinique juridique communautaire Ottawa Centre, Ottawa; Amnistie internationale Canada, Ottawa.

Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario): Breese Davies Law, Toronto; Di Luca Copeland, Toronto.

Solicitors for the Special Advocates: Cavalluzzo Shilton McIntyre Cornish, Toronto; Copeland, Duncan, Toronto.

Procureurs de l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario) : Breese Davies Law, Toronto; Di Luca Copeland, Toronto.

Procureurs des avocats spéciaux : Cavalluzzo Shilton McIntyre Cornish, Toronto; Copeland, Duncan, Toronto.

Vlasta Stubicar *Applicant/Applicant
on motion*

v.

**Deputy Prime Minister and Minister
of Public Safety and Emergency
Preparedness** *Respondents/Respondents
on motion*

**INDEXED AS: STUBICAR v. CANADA (PUBLIC SAFETY
AND EMERGENCY PREPAREDNESS)**

2014 SCC 38

File No.: 35368.

2014: May 15.

Present: Rothstein J.

MOTION FOR DIRECTIONS

Courts — Supreme Court of Canada — Application for leave to appeal — Reconsideration — Whether decision of Registrar refusing motion for reconsideration for filing subject to review by judge — Rules of the Supreme Court of Canada, SOR/2002-156, rr. 8(2), 73, 78.

Statutes and Regulations Cited

Rules of the Supreme Court of Canada, SOR/2002-156, rr. 8(2), 73, 78.

MOTION for directions. Motion dismissed.

Written submissions by *Vlasta Stubicar*, on her own behalf.

Written submissions by *Jacques Mimar*, for the respondents/respondents on motion.

The following is the order delivered by

[1] ROTHSTEIN J. — The issue that arises on this motion is whether the Registrar’s refusal to submit a matter to the Court under Rule 73(4) of the *Rules of the Supreme Court of Canada*, SOR/2002-156, is an order of the Registrar subject to review by a judge of the Court under Rule 78.

Vlasta Stubicar *Demanderesse/Requérante
à la requête*

c.

**Vice-premier ministre et Ministre de
la Sécurité publique et de la Protection
civile** *Intimés/Intimés à la requête*

**RÉPERTORIÉ : STUBICAR c. CANADA (SÉCURITÉ
PUBLIQUE ET PROTECTION CIVILE)**

2014 CSC 38

N° du greffe : 35368.

2014 : 15 mai.

Présent : Le juge Rothstein.

REQUÊTE SOLLICITANT DES DIRECTIVES

Tribunaux — Cour suprême du Canada — Demande d’autorisation d’appel — Réexamen — Une décision du registraire refusant pour dépôt une requête en réexamen est-elle susceptible de révision par un juge de la Cour? — Règles de la Cour suprême du Canada, DORS/2002-156, règles 8(2), 73, 78.

Lois et règlements cités

Règles de la Cour suprême du Canada, DORS/2002-156, règles 8(2), 73, 78.

REQUÊTE sollicitant des directives. Requête rejetée.

Argumentation écrite par *Vlasta Stubicar*, pour son propre compte.

Argumentation écrite par *Jacques Mimar*, pour les intimés/intimés à la requête.

Version française de l’ordonnance rendue par

[1] LE JUGE ROTHSTEIN — La question que soulève la présente requête est de savoir si le refus du registraire de soumettre une question à la Cour en vertu du par. 73(4) des *Règles de la Cour suprême du Canada*, DORS/2002-156, constitue une ordonnance du registraire susceptible de révision par un juge de la Cour en vertu de la règle 78.

[2] Vlasta Stubicar’s application for leave to appeal to this Court was dismissed on September 12, 2013, [2013] 3 S.C.R. xi. Following that decision, Ms. Stubicar sought a reconsideration of the decision. Rule 73(1) provides that “[t]here shall be no reconsideration of an application for leave to appeal unless there are exceedingly rare circumstances in the case that warrant consideration by the Court.” Pursuant to Rules 73(2) and 73(3)(b), the motion for reconsideration must be filed with the Registrar and must include an affidavit setting out the exceedingly rare circumstances in the case that warrant consideration by the Court and an explanation of why the issue was not previously raised. If the affidavit does not set out the required exceedingly rare circumstances, Rule 73(4) states that the motion “shall not be submitted to the Court”. Accordingly, the Registrar will not accept for filing a motion that does not contain an affidavit setting out “exceedingly rare circumstances”.

[3] In a letter dated November 20, 2013, the Registrar informed Ms. Stubicar that her reconsideration application would not be accepted for filing because it did not “reveal the exceedingly rare circumstances which would warrant reconsideration by this Court”. Ms. Stubicar’s motion materials were returned to her.

[4] On December 10, 2013, Ms. Stubicar sought to file a motion to a judge under Rule 78 to review the Registrar’s decision. That rule provides that within 20 days after the Registrar makes an order, any party affected by the order may make a motion to a judge to review the order.

[5] On December 19, 2013, the Registrar returned the Rule 78 motion materials on the basis that the initial motion for reconsideration had been reviewed and refused in accordance with Rule 73.

[6] Now, Ms. Stubicar has filed the present motion for directions, in which she is seeking, amongst other things, an order directing the Registrar to accept for filing her Rule 78 motion. She contends that the decision of the Registrar to refuse to accept

[2] La demande d’autorisation d’appel présentée à la Cour par M^{me} Vlasta Stubicar a été rejetée le 12 septembre 2013, [2013] 3 R.C.S. xi. Cette dernière a par la suite sollicité le réexamen de cette décision. Aux termes du par. 73(1) des *Règles*, « [a]ucune demande d’autorisation d’appel ne peut faire l’objet d’un réexamen sauf si des circonstances extrêmement rares le justifient. » Conformément au par. 73(2) et à l’al. 73(3)b), la requête en réexamen doit être déposée auprès du registraire et comporter un affidavit exposant les circonstances extrêmement rares qui justifient le réexamen par la Cour et expliquant les raisons pour lesquelles la question n’a pas été soulevée plus tôt. Si l’affidavit n’expose pas de circonstances extrêmement rares, le par. 73(4) précise que dans de tels cas la requête « ne peut être soumise à la Cour ». En conséquence, le registraire n’accepte pas le dépôt d’une requête qui n’est pas accompagnée d’un affidavit faisant état de « circonstances extrêmement rares ».

[3] Dans une lettre datée du 20 novembre 2013, le registraire a avisé M^{me} Stubicar que sa demande de réexamen ne serait pas acceptée pour dépôt, parce que celle-ci [TRADUCTION] « ne faisait pas état de circonstances extrêmement rares qui justifieraient un réexamen ». Les documents accompagnant la requête de M^{me} Stubicar lui ont été retournés.

[4] Le 10 décembre 2013, M^{me} Stubicar a cherché à déposer, en vertu de la règle 78, une requête demandant la révision de la décision du registraire par un juge. Selon cette disposition, toute partie visée par une ordonnance du registraire peut, dans les 20 jours suivant le prononcé de celle-ci, en demander la révision à un juge par requête.

[5] Le 19 décembre 2013, le registraire a retourné à M^{me} Stubicar les documents relatifs à la requête fondée sur la règle 78, au motif que la requête initiale en réexamen avait été examinée et refusée conformément à la règle 73.

[6] Madame Stubicar a déposé la présente requête sollicitant des directives, dans laquelle elle demande entre autres une ordonnance enjoignant au registraire d’accepter pour dépôt sa requête fondée sur la règle 78. Elle prétend que le refus du registraire

a motion for reconsideration for filing constitutes an order of the Registrar subject to review by a judge under Rule 78. In my view, it does not.

[7] The Registrar has the important function of assisting the Court in managing its docket and it is in that role that the Registrar is acting when making decisions under Rule 73(4). The decision of the Registrar to not accept a motion for reconsideration for filing is a function of the Registrar's authority pursuant to Rule 8(2), which allows the Registrar to refuse a document that does not comply with the *Rules*.

[8] A decision of the Registrar under Rule 73(4) is not an order of the Registrar subject to review by a judge under Rule 78. Reconsideration of an application for leave to appeal will, as Rule 73(1) states, occur in "exceedingly rare circumstances". Rule 73(3)(b) sets forth the stringent requirement that such an application be accompanied by an affidavit setting out the exceedingly rare circumstances and the reason why the issue was not previously raised. In the absence of such an affidavit — i.e. if the circumstances set out in the affidavit are not "exceedingly rare" —, the Registrar shall not submit the application to the Court and it will be refused.

[9] If a decision of the Registrar under Rule 73(4) constituted an order, it would be subject to review by a judge of the Court under Rule 78. While the judge would not be conducting a reconsideration of the application for leave, he or she would nonetheless be occupied with reviewing the Registrar's decision, including whether the motion contains an affidavit setting out exceedingly rare circumstances and an explanation of why the issue was not previously raised. As Rule 73(4) is intended to limit access to the Court where minimum standards are not met, allowing for review of Rule 73(4) decisions of the Registrar would be contrary to the intent of the scheme. Accordingly, a decision of the Registrar

d'accepter le dépôt d'une requête en réexamen constitue une ordonnance du registraire susceptible de révision par un juge en vertu de la règle 78. Je suis d'avis que ce n'est pas le cas.

[7] Le registraire exerce une fonction importante, à savoir aider la Cour à gérer son rôle — le registre des affaires dont elle est saisie —, et c'est dans l'exercice de cette fonction qu'il rend des décisions sur la base du par. 73(4). Le refus du registraire d'accepter le dépôt d'une requête en réexamen est un aspect du pouvoir que lui confère le par. 8(2), disposition qui l'autorise à refuser un document non conforme aux *Règles*.

[8] La décision rendue par le registraire sur le fondement du par. 73(4) n'est pas une ordonnance du registraire susceptible de révision par un juge en vertu de la règle 78. Comme le précise le par. 73(1), une demande d'autorisation d'appel ne peut être réexaminée que dans « des circonstances extrêmement rares ». L'alinéa 73(3)b énonce l'obligation stricte de joindre à une requête de cette nature un affidavit exposant de telles circonstances ainsi que la raison pour laquelle la question n'a pas été soulevée plus tôt. En l'absence d'un affidavit respectant cette exigence — c'est-à-dire si les circonstances exposées dans celui-ci ne sont pas « extrêmement rares » —, le registraire ne peut soumettre la demande à la Cour et la demande sera refusée.

[9] Si les décisions rendues par le registraire sur le fondement du par. 73(4) constituaient des ordonnances, elles seraient alors susceptibles de révision par un juge de la Cour en vertu de la règle 78. Si tel était le cas, le juge ne réexaminerait pas la demande d'autorisation d'appel, mais il réviserait néanmoins la décision du registraire, notamment en vérifiant si la requête comporte un affidavit exposant des circonstances extrêmement rares et expliquant les raisons pour lesquelles la question n'a pas été soulevée plus tôt. Comme le par. 73(4) vise à limiter l'accès à la Cour lorsque certaines normes minimales ne sont pas respectées, le fait d'autoriser la révision des décisions rendues par le registraire en vertu de ce

under Rule 73(4) to not submit an application to the Court is not reviewable by a judge under Rule 78.

[10] The motion for an order directing the Registrar to accept for filing the Rule 78 motion is dismissed.

Order accordingly.

Vlasta Stubicar, on her own behalf.

Solicitor for the respondents/respondents on motion: Attorney General of Canada.

paragraphe irait à l'encontre de l'objet du régime. Par conséquent, lorsque le registraire décide — sur la base du par. 73(4) — de ne pas soumettre une demande à la Cour, une telle décision n'est pas révisable par un juge en vertu de la règle 78.

[10] La requête présentée en vue d'obtenir une ordonnance intimant au registraire d'accepter le dépôt de la requête fondée sur la règle 78 est rejetée.

Ordonnance en conséquence.

Vlasta Stubicar, pour son propre compte.

*Procureur des intimés/intimés à la requête :
Procureur général du Canada.*

John Michael McCormick *Appellant*

v.

**Fasken Martineau DuMoulin
LLP** *Respondent*

and

**Alberta Human Rights Commission,
British Columbia Human Rights Tribunal,
Ernst & Young LLP, KPMG LLP,
Deloitte LLP, PricewaterhouseCoopers LLP,
BDO Canada LLP, Grant Thornton LLP,
Young Bar Association of Montreal,
Ontario Human Rights Commission
and Canadian Human
Rights Commission** *Interveners*

**INDEXED AS: McCORMICK v. FASKEN MARTINEAU
DUMOULIN LLP**

2014 SCC 39

File No.: 34997.

2013: December 13; 2014: May 22.

Present: McLachlin C.J. and LeBel, Abella, Rothstein,
Cromwell, Moldaver and Karakatsanis JJ.

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA**

Human rights — Discrimination — Employment — Age — Law firm partnership agreement containing provision relating to retirement at age 65 — Equity partner filing complaint with Human Rights Tribunal arguing provision constituting age discrimination in employment — Whether equity partner engaged in “employment relationship” for purposes of Human Rights Code — Whether complaint comes within jurisdiction of Human Rights Tribunal — Human Rights Code, R.S.B.C. 1996, c. 210, ss. 1, 13, 27.

John Michael McCormick *Appellant*

c.

**Fasken Martineau DuMoulin
S.E.N.C.R.L./s.r.l.** *Intimée*

et

**Alberta Human Rights Commission,
British Columbia Human Rights Tribunal,
Ernst & Young s.r.l./S.E.N.C.R.L.,
KPMG s.r.l./S.E.N.C.R.L.,
Deloitte S.E.N.C.R.L./s.r.l.,
PricewaterhouseCoopers s.r.l., BDO Canada
s.r.l./S.E.N.C.R.L., Grant Thornton LLP,
Association du Jeune Barreau de Montréal,
Commission ontarienne des droits de la
personne et Commission canadienne des
droits de la personne** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : McCORMICK c. FASKEN MARTINEAU
DUMOULIN S.E.N.C.R.L./S.R.L.**

2014 CSC 39

N° du greffe : 34997.

2013 : 13 décembre; 2014 : 22 mai.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges LeBel,
Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver et Karakatsanis.

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

Droits de la personne — Discrimination — Emploi — Âge — Contrat de société d'un cabinet d'avocats comportant une disposition relative au départ à la retraite à l'âge de 65 ans — Dépôt par un associé participant d'une plainte auprès du Tribunal des droits de la personne au motif que cette disposition constituerait de la discrimination en matière d'emploi fondée sur l'âge — L'associé participant était-il dans une « relation d'emploi » visée par le code des droits de la personne? — La plainte relève-t-elle de la compétence du Tribunal des droits de la personne? — Human Rights Code, R.S.B.C. 1996, ch. 210, art. 1, 13, 27.

M became an equity partner at his law firm in 1979. An equity partner has an ownership interest in the firm. In the 1980s, the equity partners voted to adopt a provision in their Partnership Agreement that required equity partners to retire as equity partners and divest their ownership shares at the end of the year in which they turned 65. A partner could make individual arrangements to continue working as an employee or as a “regular” partner without an equity stake, but such arrangements are stated in the Agreement to be the exception rather than the rule. In 2009, when he was 64, M brought a complaint to the Human Rights Tribunal arguing that this provision constituted age discrimination in employment, contrary to s. 13(1) of the *Human Rights Code*, R.S.B.C. 1996, c. 210 (“*Code*”).

The law firm applied to have the complaint dismissed on the grounds that M, as an equity partner, was not in the type of workplace relationship covered by the *Code*. The Tribunal concluded that there was an employment relationship. The law firm’s application for judicial review was dismissed by the B.C. Supreme Court. The Court of Appeal allowed the appeal, concluding that M, as a partner, was not in an employment relationship pursuant to the *Code*.

Held: The appeal should be dismissed.

The *Code* is quasi-constitutional legislation that attracts a generous interpretation to permit the achievement of its broad public purposes. Those purposes include the prevention of arbitrary disadvantage or exclusion based on enumerated grounds, so that individuals deemed to be vulnerable by virtue of a group characteristic can be protected from discrimination. The *Code* achieves those purposes by prohibiting discrimination in specific contexts. One of these contexts is employment.

Deciding who is in an “employment relationship” for purposes of the *Code* means examining how two synergistic aspects function in an employment relationship: control exercised by an employer over working conditions and remuneration, and corresponding dependency on the part of a worker. The test is who is responsible for determining working conditions and financial benefits and to what extent does a worker have an influential

En 1979, M est devenu un associé participant (*equity partner*) au sein du cabinet d’avocats dont il faisait partie. Les associés participants possèdent une part des capitaux propres du cabinet. Dans les années 1980, les associés participants ont voté pour l’inclusion dans leur Contrat de société (*Partnership Agreement*) d’une disposition obligeant les associés de cette catégorie à se retirer à ce titre et à se départir de leur participation financière à la fin de l’année à laquelle ils atteignaient l’âge de 65 ans. Un associé pouvait convenir d’arrangements individuels lui permettant de continuer de travailler à titre d’employé ou d’associé « ordinaire » sans participation financière, mais le contrat précise que de tels arrangements sont l’exception plutôt que la règle. En 2009, alors âgé de 64 ans, M a déposé une plainte devant le Tribunal des droits de la personne (« Tribunal »), affirmant que cette disposition du Contrat de société constituait de la discrimination en matière d’emploi fondée sur l’âge et contrevenait au par. 13(1) du *Human Rights Code*, R.S.B.C. 1996, ch. 210 (« *Code* »).

Le cabinet d’avocats a demandé le rejet de la plainte, au motif que, en tant qu’associé participant, M ne se trouvait pas dans une relation d’emploi du type de celles visées par le *Code*. Le Tribunal a conclu qu’il existait une relation d’emploi. La demande de contrôle judiciaire présentée par le cabinet d’avocats a été rejetée par la Cour suprême de la C.-B. La Cour d’appel a accueilli l’appel formé contre cette décision, concluant qu’en tant qu’associé M ne se trouvait pas dans une relation d’emploi visée par le *Code*.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

Le *Code* est une loi quasi constitutionnelle, qui commande une interprétation généreuse afin de permettre la réalisation de ses larges objectifs d’intérêt public. Ces objectifs incluent la prévention des désavantages ou exclusions arbitraires fondés sur des motifs énumérés, afin que les personnes réputées vulnérables en raison d’une caractéristique collective puissent être protégées contre la discrimination. Le *Code* réalise ces objectifs en prohibant la discrimination dans certains contextes précis. L’un de ces contextes est l’emploi.

Décider qui se trouve dans une « relation d’emploi » pour les besoins du *Code* consiste essentiellement à examiner comment deux aspects synergiques interagissent dans une relation de travail donnée : le contrôle exercé par un employeur à l’égard des conditions de travail et de la rémunération, et la dépendance correspondante du travailleur. L’analyse consiste à se demander qui est responsable de fixer les conditions de travail et les

say in those determinations? The more the work life of individuals is controlled, the greater their dependency and, consequently, their economic, social and psychological vulnerability in the workplace.

Control and dependency are a function not only of whether the worker receives immediate direction from, or is affected by the decisions of others, but also whether he or she has the ability to influence decisions that critically affect his or her working life. The answers to these questions represent the compass for determining the true nature of the relationship. Ultimately, the key is the degree of control and the extent to which the worker is subject and subordinate to someone else's decision-making over working conditions and remuneration.

Applying the control/dependency test to this case, in addition to the right to participate in the management of the partnership, as an equity partner M benefited from other control mechanisms, including the right to vote for — and stand for election to — the firm's Board; the duty that the other partners owed to him to render accounts; the right not to be subject to discipline or dismissal; the right, on leaving the firm, to his share of the firm's capital account; and the protection that he could only be expelled from the partnership by a special resolution passed by a meeting of all equity partners and a regional resolution in his region.

As an equity partner, and based on his ownership, sharing of profits and losses, and the right to participate in management, M was part of the group that controlled the partnership, not a person vulnerable to its control, and, for over 30 years, benefited financially from the retirement of other partners. In no material way was M structurally or substantively ever in a subordinate relationship with the other equity partners. It is true that the law firm had certain administrative rules to which M was subject, but they did not transform the substance of the relationship into one of subordination or dependency. This is not to say that a partner in a firm can never be an employee under the *Code*, but in the absence of any genuine control of M in the significant decisions affecting the workplace,

avantages pécuniaires, et dans quelle mesure le travailleur exerce une influence sur ces décisions. Plus on exerce de contrôle sur les conditions de travail d'une personne, plus on accroît la dépendance de cette personne et, par voie de conséquence, sa vulnérabilité professionnelle sur les plans économique, social et psychologique.

L'existence d'une situation de contrôle et de dépendance dépend non seulement de la question de savoir si le travailleur reçoit des directives directes de la part d'autrui ou s'il est touché par des décisions prises par autrui, mais également de celle de savoir s'il a la capacité d'influencer les décisions qui ont une incidence sérieuse sur sa vie professionnelle. Les réponses à ces questions représentent les balises à suivre pour déterminer la nature véritable de la relation. En définitive, le facteur clé est le degré de contrôle et la mesure dans laquelle le travailleur est assujéti et subordonné au pouvoir décisionnel de quelqu'un d'autre à l'égard des conditions de travail et de la rémunération.

Selon l'analyse fondée sur les notions de contrôle et de dépendance à la présente affaire, en plus du droit de participer à la gestion de la société, M bénéficiait, en sa qualité d'associé participant, d'autres mesures lui accordant un pouvoir de contrôle au sein de la société, notamment les suivantes : le droit de voter à l'élection des membres du Conseil d'administration du cabinet et de se présenter comme candidat à cette élection; l'obligation faite aux autres associés de lui rendre des comptes; le droit de ne pas faire l'objet de mesures disciplinaires ou d'être renvoyé; le droit à sa part des capitaux propres de la société à son départ de celle-ci; la protection contre l'exclusion de la société autrement qu'en vertu d'une résolution extraordinaire adoptée à une réunion de l'ensemble des associés participants et d'une résolution régionale de sa région.

En tant qu'associé participant, et compte tenu de son intérêt financier dans la société, de sa participation aux bénéfices et aux pertes ainsi que de son droit de prendre part à la gestion, M faisait partie du groupe qui contrôlait la société, non des personnes vulnérables à l'exercice de ce pouvoir de contrôle, et, pendant plus de 30 ans, il a profité financièrement des départs à la retraite d'autres associés. À aucun moment M ne s'est trouvé, sous quelque aspect important que ce soit, structurellement ou concrètement, dans une relation de subordination par rapport aux autres associés participants. Il est vrai que le cabinet d'avocats avait établi certaines règles administratives auxquelles M était assujéti, mais ces règles n'avaient pas pour effet de transformer la substance de la relation et

there was no employment relationship between him and the partnership under the provisions of the *Code*.

The Tribunal therefore had no jurisdiction over M's relationship with the partnership.

Cases Cited

Referred to: *Crane v. British Columbia (Ministry of Health Services) (No. 1)*, 2005 BCHRT 361, 53 C.H.R.R. D/156, rev'd 2007 BCSC 460, 60 C.H.R.R. D/381; *Moore v. British Columbia (Education)*, 2012 SCC 61, [2012] 3 S.C.R. 360; *British Columbia (Workers' Compensation Board) v. Figliola*, 2011 SCC 52, [2011] 3 S.C.R. 422; *Winnipeg School Division No. 1 v. Craton*, [1985] 2 S.C.R. 150; *Ontario Human Rights Commission v. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 S.C.R. 536; *Canadian National Railway Co. v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, [1987] 1 S.C.R. 1114; *Council of Canadians with Disabilities v. VIA Rail Canada Inc.*, 2007 SCC 15, [2007] 1 S.C.R. 650; *Zurich Insurance Co. v. Ontario (Human Rights Commission)*, [1992] 2 S.C.R. 321; *National Bank of Greece (Canada) v. Katsikonouris*, [1990] 2 S.C.R. 1029; *University of British Columbia v. Berg*, [1993] 2 S.C.R. 353; *Canadian Pacific Ltd. v. Canada (Human Rights Commission)*, [1991] 1 F.C. 571; *Pannu v. Prestige Cab Ltd.* (1986), 73 A.R. 166; *Yu v. Shell Canada Ltd.*, 2004 BCHRT 28, 49 C.H.R.R. D/56; *Canada (Attorney General) v. Rosin*, [1991] 1 F.C. 391; *Mans v. British Columbia Council of Licensed Practical Nurses* (1990), 14 C.H.R.R. D/221; *International Woodworkers of America v. Atway Transport Inc.*, [1989] OLRB Rep. 540; *Pointe-Claire (City) v. Quebec (Labour Court)*, [1997] 1 S.C.R. 1015; *York Condominium Corp.*, [1977] OLRB Rep. 645; *Clackamas Gastroenterology Associates, P. C. v. Wells*, 538 U.S. 440 (2003); *Backman v. Canada*, 2001 SCC 10, [2001] 1 S.C.R. 367; *Boyd v. Attorney-General for British Columbia* (1917), 54 S.C.R. 532; *Green v. Harnum*, 2007 NLCA 57, 269 Nfld. & P.E.I.R. 97; *Blue Line Hockey Acquisition Co. v. Orca Bay Hockey Ltd. Partnership*, 2008 BCSC 27, 40 B.L.R. (4th) 83, aff'd 2009 BCCA 34, 52 B.L.R. (4th) 108; *Re Davies and Council of the Institute of Chartered Accountants of Saskatchewan* (1985), 19 D.L.R. (4th) 447; *Coal Harbour Properties Partnership v. Liu*, 2004 BCCA 283, 48 B.L.R. (3d) 237; *Largie v. TCBA Watson*

de faire de celle-ci une relation de subordination ou de dépendance. Il ne s'ensuit pas qu'un associé au sein d'un cabinet ne peut jamais être considéré comme un employé visé par le *Code*, mais vu l'absence de véritable contrôle exercé sur M relativement aux décisions importantes touchant le milieu de travail, il n'existait pas entre lui et la société de personnes une relation d'emploi visée par les dispositions du *Code*.

Le Tribunal n'avait donc pas compétence à l'égard de la relation entre M et la société de personnes.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *Crane c. British Columbia (Ministry of Health Services) (No. 1)*, 2005 BCHRT 361, 53 C.H.R.R. D/156, inf. par 2007 BCSC 460, 60 C.H.R.R. D/381; *Moore c. Colombie-Britannique (Éducation)*, 2012 CSC 61, [2012] 3 R.C.S. 360; *Colombie-Britannique (Workers' Compensation Board) c. Figliola*, 2011 CSC 52, [2011] 3 R.C.S. 422; *Winnipeg School Division No. 1 c. Craton*, [1985] 2 R.C.S. 150; *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 R.C.S. 536; *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1987] 1 R.C.S. 1114; *Conseil des Canadiens avec déficiences c. VIA Rail Canada Inc.*, 2007 CSC 15, [2007] 1 R.C.S. 650; *Zurich Insurance Co. c. Ontario (Commission des droits de la personne)*, [1992] 2 R.C.S. 321; *Banque nationale de Grèce (Canada) c. Katsikonouris*, [1990] 2 R.C.S. 1029; *Université de la Colombie-Britannique c. Berg*, [1993] 2 R.C.S. 353; *Canadien Pacifique Ltée c. Canada (Commission des droits de la personne)*, [1991] 1 C.F. 571; *Pannu c. Prestige Cab Ltd.* (1986), 73 A.R. 166; *Yu c. Shell Canada Ltd.*, 2004 BCHRT 28, 49 C.H.R.R. D/56; *Canada (Procureur général) c. Rosin*, [1991] 1 C.F. 391; *Mans c. British Columbia Council of Licensed Practical Nurses* (1990), 14 C.H.R.R. D/221; *International Woodworkers of America c. Atway Transport Inc.*, [1989] OLRB Rep. 540; *Pointe-Claire (Ville) c. Québec (Tribunal du travail)*, [1997] 1 R.C.S. 1015; *York Condominium Corp.*, [1977] OLRB Rep. 645; *Clackamas Gastroenterology Associates, P. C. c. Wells*, 538 U.S. 440 (2003); *Backman c. Canada*, 2001 CSC 10, [2001] 1 R.C.S. 367; *Boyd c. Attorney-General for British Columbia* (1917), 54 R.C.S. 532; *Green c. Harnum*, 2007 NLCA 57, 269 Nfld. & P.E.I.R. 97; *Blue Line Hockey Acquisition Co. c. Orca Bay Hockey Ltd. Partnership*, 2008 BCSC 27, 40 B.L.R. (4th) 83, conf. par 2009 BCCA 34, 52 B.L.R. (4th) 108; *Re Davies and Council of the Institute of Chartered Accountants of Saskatchewan*

Rice, LLP, 2013 U.S. Dist. LEXIS 117688; *Bowers v. Ophthalmology Group, LLP*, 2012 U.S. Dist. LEXIS 118761, rev'd 733 F.3d 647 (2013); *Kirleis v. Dickie, McCamey & Chilcote, P.C.*, 2009 U.S. Dist. LEXIS 100326; *Equal Employment Opportunity Commission v. Sidley Austin Brown & Wood*, 315 F.3d 696 (2002); *Ellis v. Joseph Ellis & Co.*, [1905] 1 K.B. 324; *Re Thorne and New Brunswick Workmen's Compensation Board* (1962), 33 D.L.R. (2d) 167, aff'd [1962] S.C.R. viii; *Hitchcock v. Sykes* (1914), 49 S.C.R. 403; *Cameron v. Julien* (1957), 9 D.L.R. (2d) 460; *Rochweg v. Truster* (2002), 58 O.R. (3d) 687.

Statutes and Regulations Cited

Administrative Tribunals Act, S.B.C. 2004, c. 45, s. 59.
Age Discrimination Act 2004 (Cth.), No. 68, s. 21.
Anti-Discrimination Act 1977 (N.S.W.), No. 48, ss. 10A, 27A, 49G.
Anti-Discrimination Act 1991 (Qld.), No. 85, ss. 16 to 18.
Disability Discrimination Act 1992 (Cth.), No. 135, s. 18.
Equal Opportunity Act 1984 (S.A.), ss. 33, 55, 70.
Equal Opportunity Act 1984 (W.A.), ss. 14, 40, 66E.
Equal Opportunity Act 2010 (Vic.), No. 16, ss. 30, 31.
Equality Act 2010 (U.K.), 2010, c. 15, s. 44.
Human Rights Act 1993 (N.Z.), 1993, No. 82, s. 36.
Human Rights Code, R.S.B.C. 1996, c. 210, ss. 1 "employment", "person", 3, 13, 27(1)(a), (c).
Partnership Act, R.S.B.C. 1996, c. 348, ss. 1 "firm", 2 "partnership", 22, 27(e), 28, 31, 104.
Partnership Act 1890 (U.K.), 1890, c. 39.
Sex Discrimination Act 1984 (Cth.), No. 4, s. 17.

Authors Cited

Adams, George W. *Canadian Labour Law*, 2nd ed. Toronto: Canada Law Book, 1993 (loose-leaf updated December 2013, release 48).
 Arthurs, H. W. "The Dependent Contractor: A Study of the Legal Problems of Countervailing Power" (1965), 16 *U.T.L.J.* 89.
 Davidov, Guy. "The Three Axes of Employment Relationships: A Characterization of Workers in Need of Protection" (2002), 52 *U.T.L.J.* 357.
 England, Geoffrey. *Individual Employment Law*, 2nd ed. Toronto: Irwin Law, 2008.
 Houh, Emily M. S. "Critical Race Realism: Re-Claiming the Antidiscrimination Principle through the Doctrine of Good Faith in Contract Law" (2005), 66 *U. Pitt. L. Rev.* 455.

(1985), 19 D.L.R. (4th) 447; *Coal Harbour Properties Partnership c. Liu*, 2004 BCCA 283, 48 B.L.R. (3d) 237; *Largie c. TCBA Watson Rice, LLP*, 2013 U.S. Dist. LEXIS 117688; *Bowers c. Ophthalmology Group, LLP*, 2012 U.S. Dist. LEXIS 118761, inf. par 733 F.3d 647 (2013); *Kirleis c. Dickie, McCamey & Chilcote, P.C.*, 2009 U.S. Dist. LEXIS 100326; *Equal Employment Opportunity Commission c. Sidley Austin Brown & Wood*, 315 F.3d 696 (2002); *Ellis c. Joseph Ellis & Co.*, [1905] 1 K.B. 324; *Re Thorne and New Brunswick Workmen's Compensation Board* (1962), 33 D.L.R. (2d) 167, conf. par [1962] R.C.S. viii; *Hitchcock c. Sykes* (1914), 49 R.C.S. 403; *Cameron c. Julien* (1957), 9 D.L.R. (2d) 460; *Rochweg c. Truster* (2002), 58 O.R. (3d) 687.

Lois et règlements cités

Administrative Tribunals Act, S.B.C. 2004, ch. 45, art. 59.
Age Discrimination Act 2004 (Cth.), No. 68, art. 21.
Anti-Discrimination Act 1977 (N.S.W.), No. 48, art. 10A, 27A, 49G.
Anti-Discrimination Act 1991 (Qld.), No. 85, art. 16 à 18.
Disability Discrimination Act 1992 (Cth.), No. 135, art. 18.
Equal Opportunity Act 1984 (S.A.), art. 33, 55, 70.
Equal Opportunity Act 1984 (W.A.), art. 14, 40, 66E.
Equal Opportunity Act 2010 (Vic.), No. 16, art. 30, 31.
Equality Act 2010 (R.-U.), 2010, ch. 15, art. 44.
Human Rights Act 1993 (N.-Z.), 1993, No. 82, art. 36.
Human Rights Code, R.S.B.C. 1996, ch. 210, art. 1 « employment », « person », 3, 13, 27(1)(a), (c).
Partnership Act, R.S.B.C. 1996, ch. 348, art. 1 « firm », 2 « partnership », 22, 27(e), 28, 31, 104.
Partnership Act 1890 (R.-U.), 1890, ch. 39.
Sex Discrimination Act 1984 (Cth.), No. 4, art. 17.

Doctrine et autres documents cités

Adams, George W. *Canadian Labour Law*, 2nd ed. Toronto : Canada Law Book, 1993 (loose-leaf updated December 2013, release 48).
 Arthurs, H. W. « The Dependent Contractor : A Study of the Legal Problems of Countervailing Power » (1965), 16 *U.T.L.J.* 89.
 Davidov, Guy. « The Three Axes of Employment Relationships : A Characterization of Workers in Need of Protection » (2002), 52 *U.T.L.J.* 357.
 England, Geoffrey. *Individual Employment Law*, 2nd ed. Toronto : Irwin Law, 2008.
 Houh, Emily M. S. « Critical Race Realism : Re-Claiming the Antidiscrimination Principle through the Doctrine of Good Faith in Contract Law » (2005), 66 *U. Pitt. L. Rev.* 455.

Lindley & Banks on Partnership, 19th ed., by Roderick F'Anson Banks. London: Sweet & Maxwell, 2010.

Manitoba. Law Reform Commission. *Good Faith and the Individual Contract of Employment*, Report #107. Winnipeg: The Commission, 2001.

Manzer, Alison R. *A Practical Guide to Canadian Partnership Law*. Toronto: Canada Law Book, 1994 (loose-leaf updated December 2013, release 20).

Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2008.

VanDuzer, J. Anthony. *The Law of Partnerships and Corporations*, 3rd ed. Toronto: Irwin Law, 2009.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Finch C.J. and Newbury and Levine J.J.A.), 2012 BCCA 313, 352 D.L.R. (4th) 294, [2012] 9 W.W.R. 633, 325 B.C.A.C. 216, 34 B.C.L.R. (5th) 160, 100 C.C.E.L. (3d) 196, [2012] B.C.J. No. 1508 (QL), 2012 CarswellBC 2180, setting aside a decision of Bruce J., 2011 BCSC 713, 335 D.L.R. (4th) 450, 93 C.C.E.L. (3d) 314, 71 C.H.R.R. D/280, [2011] B.C.J. No. 999 (QL), 2011 CarswellBC 1340. Appeal dismissed.

Murray Tevlin and John Chesko, for the appellant.

Irwin G. Nathanson, Q.C., and *Peter Senkpiel*, for the respondent.

Arman Mujahid Chak and Audrey Dean, for the intervener the Alberta Human Rights Commission.

Katherine Hardie, for the intervener the British Columbia Human Rights Tribunal.

Peter H. Griffin and Rory Gillis, for the interveners Ernst & Young LLP, KPMG LLP, Deloitte LLP, PricewaterhouseCoopers LLP, BDO Canada LLP and Grant Thornton LLP.

Written submissions only by *Vincent de l'Étoile* and *Catherine Galardo*, for the intervener the Young Bar Association of Montreal.

Reema Khawja and Anthony D. Griffin, for the intervener the Ontario Human Rights Commission.

Lindley & Banks on Partnership, 19th ed., by Roderick F'Anson Banks. London : Sweet & Maxwell, 2010.

Manitoba. Commission de réforme du droit. *Good Faith and the Individual Contract of Employment*, Report #107. Winnipeg : La Commission, 2001.

Manzer, Alison R. *A Practical Guide to Canadian Partnership Law*. Toronto : Canada Law Book, 1994 (loose-leaf updated December 2013, release 20).

Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed. Markham, Ont. : LexisNexis, 2008.

VanDuzer, J. Anthony. *The Law of Partnerships and Corporations*, 3rd ed. Toronto : Irwin Law, 2009.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (le juge en chef Finch et les juges Newbury et Levine), 2012 BCCA 313, 352 D.L.R. (4th) 294, [2012] 9 W.W.R. 633, 325 B.C.A.C. 216, 34 B.C.L.R. (5th) 160, 100 C.C.E.L. (3d) 196, [2012] B.C.J. No. 1508 (QL), 2012 CarswellBC 2180, qui a infirmé une décision de la juge Bruce, 2011 BCSC 713, 335 D.L.R. (4th) 450, 93 C.C.E.L. (3d) 314, 71 C.H.R.R. D/280, [2011] B.C.J. No. 999 (QL), 2011 CarswellBC 1340. Pourvoi rejeté.

Murray Tevlin et John Chesko, pour l'appelant.

Irwin G. Nathanson, c.r., et *Peter Senkpiel*, pour l'intimée.

Arman Mujahid Chak et Audrey Dean, pour l'intervenante Alberta Human Rights Commission.

Katherine Hardie, pour l'intervenant British Columbia Human Rights Tribunal.

Peter H. Griffin et Rory Gillis, pour les intervenantes Ernst & Young s.r.l./S.E.N.C.R.L., KPMG s.r.l./S.E.N.C.R.L., Deloitte S.E.N.C.R.L./s.r.l., PricewaterhouseCoopers s.r.l., BDO Canada s.r.l./S.E.N.C.R.L. et Grant Thornton LLP.

Argumentation écrite seulement par *Vincent de l'Étoile* et *Catherine Galardo*, pour l'intervenante l'Association du Jeune Barreau de Montréal.

Reema Khawja et Anthony D. Griffin, pour l'intervenante la Commission ontarienne des droits de la personne.

Philippe Dufresne and Valerie Phillips, for the interveners the Canadian Human Rights Commission.

The judgment of the Court was delivered by

[1] ABELLA J. — John Michael McCormick became an equity partner at Fasken Martineau DuMoulin LLP in 1979. In the 1980s, the equity partners — those partners with an ownership interest in the firm — voted to adopt a provision in their Partnership Agreement whereby equity partners were to retire as equity partners and divest their ownership shares in the partnership at the end of the year in which they turned 65. A partner could make individual arrangements to continue working as an employee or as a “regular” partner without an equity stake, but such arrangements were stated in the Agreement to be “the exception”.

[2] In 2009, when he was 64, Mr. McCormick brought a claim alleging that this provision in the Partnership Agreement constituted age discrimination contrary to s. 13(1) of the British Columbia *Human Rights Code*.¹

[3] Fasken applied to have the claim dismissed on the grounds that the complaint was not within the jurisdiction of the tribunal and that there was no reasonable prospect that the complaint would succeed.² In its view, Mr. McCormick, as an equity partner, was not in the type of workplace relationship covered by the *Code*.

[4] The issue before this Court, therefore, is how to characterize Mr. McCormick’s relationship with his firm in order to determine if it comes within the jurisdiction of the *Code* over employment. That

Philippe Dufresne et Valerie Phillips, pour l’intervenante la Commission canadienne des droits de la personne.

Version française du jugement de la Cour rendu par

[1] LA JUGE ABELLA — En 1979, John Michael McCormick est devenu un associé participant (*equity partner*) au sein du cabinet Fasken Martineau DuMoulin S.E.N.C.R.L., s.r.l. (« Fasken Martineau »). Dans les années 1980, les associés participants — c’est-à-dire les associés possédant une participation financière dans le cabinet — ont voté pour l’inclusion dans leur Contrat de société (*Partnership Agreement*) d’une disposition obligeant les associés de cette catégorie à se retirer à ce titre et à se départir de leur participation financière à la fin de l’année à laquelle ils atteignaient l’âge de 65 ans. Un associé pouvait convenir d’arrangements individuels lui permettant de continuer de travailler à titre d’employé ou d’associé [TRADUCTION] « ordinaire » sans participation financière, mais le contrat précisait que de tels arrangements étaient « l’exception ».

[2] En 2009, alors âgé de 64 ans, M. McCormick a déposé une plainte dans laquelle il plaidait que cette disposition du Contrat de société constituait de la discrimination fondée sur l’âge et contrevenait au par. 13(1) du *Human Rights Code* (« *Code* ») de la Colombie-Britannique¹.

[3] Fasken Martineau a demandé le rejet de la plainte, au motif que celle-ci ne relevait pas de la compétence du tribunal administratif et qu’il n’y avait aucune possibilité raisonnable qu’elle soit accueillie². De l’avis de Fasken Martineau, en tant qu’associé participant M. McCormick ne se trouvait pas dans une relation d’emploi du type de celles visées par le *Code*.

[4] La question en litige devant notre Cour consiste donc à qualifier la relation entre M. McCormick et son cabinet, afin de décider si cette relation relève du champ d’application du *Code* en matière d’emploi.

¹ R.S.B.C. 1996, c. 210.

² *Human Rights Code*, s. 27(1)(a) and (c).

¹ R.S.B.C. 1996, ch. 210.

² *Human Rights Code*, al. 27(1)(a) et (c).

requires us to examine the essential character of the relationship and the extent to which it is a dependent one.

[5] At the time this complaint was brought, Fasken had 650 lawyers worldwide, of whom 260 were equity partners. There were about 60 equity partners in Fasken's Vancouver office. Responsibility for the day-to-day running of the partnership is delegated through the Partnership Agreement to the Partnership Board, consisting of 13 equity partners, including three from the British Columbia region, elected to three-year terms by the equity partners. Before the creation of the Board, this responsibility had been given to the "Executive Committee". In 1998-1999, Mr. McCormick served for a year on that committee.

[6] The Board determines the compensation criteria for equity partners.³ The compensation criteria in place at the relevant time included the quality of the legal work, teamwork, generation of profitable business from new and existing clients, profitable maintenance of existing clients, contribution to the firm's image, reputation and seniority, profitable personal production, businesslike personal practice management, contribution to firm activities, ancillary income generated for the firm, and peer review. A regional compensation committee, comprised of equity partners, allocates the firm's profits to the equity partners in the region based on these criteria. There is a limited right of appeal back to the committee based on information not available at the time the initial allocation was made.

[7] The Board appoints and gives direction to the firm's managing partner, who is responsible for the overall management of the firm and who is accountable to the Board. The duties of the managing partner include "managing and structuring

Cette question nous oblige à nous interroger sur l'essence de la relation et sur la mesure dans laquelle il s'agit d'une relation de dépendance.

[5] À l'époque où la plainte a été déposée, Fasken Martineau comptait 650 avocats à travers le monde, dont 260 étaient des associés participants. Il y avait environ 60 associés de cette catégorie au bureau du cabinet à Vancouver. Aux termes du Contrat de société, la responsabilité à l'égard de la gestion quotidienne de la firme est déléguée au Conseil d'administration, lequel est constitué de 13 associés participants — dont trois de la région de la Colombie-Britannique — élus pour des mandats de trois ans par les associés participants. Avant la création du Conseil d'administration, cette responsabilité avait été confiée au « Comité exécutif ». En 1998-1999, M. McCormick a siégé pendant un an à ce comité.

[6] Le Conseil d'administration établit les critères de rémunération des associés participants³. Les critères qui étaient appliqués durant la période pertinente incluaient les suivants : qualité des services juridiques; travail d'équipe; obtention de mandats rentables de clients nouveaux et existants; maintien de la clientèle existante et de la rentabilité des services qui lui sont offerts; contribution à l'image du cabinet; réputation, expérience et expertise; rentabilité personnelle; gestion méthodique de la pratique personnelle; contribution aux activités du cabinet; revenus secondaires produits pour le cabinet; évaluation par les pairs. Un comité régional de la rémunération, composé d'associés participants, distribue les profits réalisés par le cabinet aux associés participants de la région concernée en fonction de ces critères. Il existe un droit d'appel limité au comité sur la base de renseignements qui n'étaient pas disponibles à l'époque où la distribution initiale a été faite.

[7] Le Conseil d'administration nomme et dirige l'associé directeur, qui est responsable de la gestion globale du cabinet et qui est comptable devant le Conseil d'administration. Les fonctions de l'associé directeur comprennent [TRADUCTION] « la gestion et

³ Partnership Agreement, ss. 7.1(b) and 7.4(a).

³ Contrat de société, al. 7.1(b) et 7.4(a).

the human resources of the Firm, including Partners, associates and staff” and “delegat[ing] specific functions, responsibilities, authorities and accountabilities to Regional Managing Partners, committees, task forces, individual Partners or associates, as appropriate, and supervis[ing] the execution of those tasks”.⁴ Within the firm, all management and support staff report directly or indirectly to a chief operating officer.⁵ The chief operating officer reports through the firm’s managing partner to the Board.⁶

[8] All written opinions given to a client are the opinion of the firm, and must be reviewed and approved by a partner other than the partner who prepared it. The firm appoints a “client manager” for each client, who may not be the lawyer who brought the client to the firm. Each matter the firm handles for a client is overseen by a “file manager”, who is responsible for ensuring that the matter is efficiently and properly dealt with. The client manager monitors the performance of the file manager for each matter. All content produced by lawyers, including equity partners, becomes the property of the firm. Any income earned by a partner that relates in any manner to the practice of law is deemed to be property of the firm.⁷ Partners are prohibited from entering into financial arrangements or contracts in the name of the firm without the authorization of the firm’s managing partner, Board Chair, regional managing partner or two members of the Board.⁸

[9] A vote of the equity partnership as a whole is required for such matters as an amendment to the Partnership Agreement, the admission of a new equity partner, the expulsion of an equity partner, the dissolution of the firm, the removal of the managing

la structuration des ressources humaines du cabinet, y compris les associés, les avocats et le personnel » et « la délégation de fonctions, d’obligations de rendre compte, de responsabilités et de pouvoirs particuliers à des associés directeurs régionaux, comités, groupes de travail, associés ou avocats, selon le cas, et la supervision de l’exécution de ces tâches »⁴. Tout le personnel de gestion et de soutien du cabinet relève directement ou indirectement d’un chef des opérations⁵. Le chef des opérations relève du Conseil, par l’intermédiaire de l’associé directeur⁶.

[8] Tout avis écrit donné à un client constitue un avis du cabinet et doit être examiné et approuvé par un associé différent de celui qui l’a rédigé. Le cabinet nomme, pour chaque client, un « gestionnaire-client » qui n’est pas nécessairement l’avocat qui a amené ce client à recourir aux services du cabinet. Chaque mandat est supervisé par un « gestionnaire-dossier » chargé de veiller à ce que le mandat soit traité de façon compétente et efficiente. Le gestionnaire-client surveille le rendement du gestionnaire-dossier relativement à chaque mandat. Tous les travaux produits par les avocats, y compris par les associés participants, deviennent la propriété du cabinet. Tout revenu gagné par un associé participant et se rapportant de quelque manière que ce soit à la pratique du droit est réputé être la propriété du cabinet⁷. Il est interdit aux associés participants de conclure des arrangements financiers ou des contrats au nom du cabinet sans l’autorisation de l’associé directeur, du président du Conseil d’administration, de l’associé directeur régional ou de deux membres du Conseil d’administration⁸.

[9] Un vote de l’ensemble des associés participants est nécessaire à l’égard de questions comme la modification du Contrat de société, l’admission d’un nouvel associé participant, l’expulsion d’un associé participant, la dissolution du cabinet, la

4 Partnership Agreement, s. 5.3(b) and (g).

5 Partnership Agreement, s. 5.6.

6 Partnership Agreement, s. 5.6.

7 Partnership Agreement, s. 8.4.

8 Partnership Agreement, s. 3.7.

4 Contrat de société, al. 5.3(b) et (g).

5 Contrat de société, art. 5.6.

6 Contrat de société, art. 5.6.

7 Contrat de société, art. 8.4.

8 Contrat de société, art. 3.7.

partner, the opening of a new office, as well as the approval of certain significant expenses or debts.⁹

[10] An equity partner also has a capital account with the firm, which is paid out when he or she leaves the firm.¹⁰ The aggregate of the partners' capital accounts represents the funding of the partnership. Partners are liable for the debts of the partnership to the extent that they are not covered by insurance or which the Board elects to treat as an expense, and as limited by s. 104 of the *Partnership Act*.¹¹ If the partnership is dissolved, partners are entitled to receive a share of the assets remaining after all of the partnership's debts and obligations are satisfied.

[11] An equity partner like Mr. McCormick has an ownership interest in the firm. The terms of the Partnership Agreement require that equity partners divest their ownership shares in the partnership at the end of the year in which they turn 65. All equity partners are subject to this time limit on their ownership interests in the firm. A partner may make individual arrangements to continue working as an employee or as a "regular" partner without an equity stake, but such arrangements are stated in the Agreement to be "the exception rather than the rule".¹²

[12] Mr. McCormick brought a complaint to the British Columbia Human Rights Tribunal, arguing that this provision of the Partnership Agreement constituted age discrimination in employment, contrary to s. 13(1) of the *Code*. Fasken brought an application to dismiss Mr. McCormick's claim on the grounds that the Tribunal did not have jurisdiction over the claim because Fasken was not in an employment relationship with Mr. McCormick.

destitution de l'associé directeur, l'ouverture d'un nouveau bureau et l'approbation de certaines charges ou dettes importantes⁹.

[10] En outre, un associé participant possède un compte de capital dans le cabinet, dont le solde lui est versé lorsqu'il quitte la société¹⁰. L'ensemble des comptes de capital des associés représente la capitalisation de la société. Les associés sont responsables des dettes de la société qui ne sont pas couvertes par une assurance ou que le Conseil d'administration choisit de considérer comme des charges, et ce, selon les limites prévues à l'art. 104 de la *Partnership Act*¹¹. En cas de dissolution de la société, les associés participants ont droit à une part du solde de l'actif une fois réglées l'ensemble des dettes et obligations de la société.

[11] Un associé participant comme M. McCormick possède une part des capitaux propres du cabinet. Aux termes du Contrat de société, les associés participants doivent se départir de leur part dans la société à la fin de l'année où ils ont atteint l'âge de 65 ans. Tous les associés participants sont assujettis à cette limite temporelle imposée à l'égard de leur participation financière dans le cabinet. Un associé peut convenir d'arrangements individuels lui permettant de continuer de travailler à titre d'employé ou d'associé [TRADUCTION] « ordinaire » sans participation financière, mais le contrat précise que de tels arrangements constituent « l'exception plutôt que la règle »¹².

[12] Monsieur McCormick a déposé une plainte devant le British Columbia Human Rights Tribunal (« Tribunal »), affirmant que cette disposition du Contrat de société constituait de la discrimination en matière d'emploi fondée sur l'âge et contrevenait au par. 13(1) du *Code*. Fasken Martineau a demandé le rejet de la plainte de M. McCormick, plaidant que le Tribunal n'avait pas compétence à l'égard de la plainte, puisqu'il n'existait pas de relation d'emploi entre le cabinet et M. McCormick.

9 Partnership Agreement, ss. 3.3 and 3.4.

10 Partnership Agreement, s. 9.5.

11 R.S.B.C. 1996, c. 348.

12 Partnership Agreement, s. 9.2.

9 Contrat de société, art. 3.3 et 3.4.

10 Contrat de société, art. 9.5.

11 R.S.B.C. 1996, ch. 348.

12 Contrat de société, art. 9.2.

[13] In assessing whether Mr. McCormick was in an employment relationship with the firm, the Tribunal relied on the factors it had developed in *Crane v. British Columbia (Ministry of Health Services) (No. 1)* (2005), 53 C.H.R.R. D/156, rev'd on other grounds (2007), 60 C.H.R.R. D/381 (B.C.S.C.): utilization, control, financial burden, and remedial purpose. Under the first factor, the Tribunal found that Fasken “utilized” Mr. McCormick to provide legal services to the firm’s clients and to generate intellectual property. Under the second, the Tribunal found that Fasken exercised control over Mr. McCormick through the direction given by managing partners and client and file managers. With respect to remuneration, the Tribunal found that despite the fact that the partnership involves sharing profits rather than paying fixed wages, the firm nevertheless had the burden of determining and paying Mr. McCormick’s compensation. Finally, the Tribunal concluded that allegations that Fasken treated Mr. McCormick differently because of his age engaged the broad remedial purposes of the *Code*. It concluded that there was therefore an employment relationship and dismissed Fasken’s application. Fasken’s application for judicial review was dismissed by the B.C. Supreme Court.

[14] The B.C. Court of Appeal allowed Fasken’s appeal, concluding that Mr. McCormick, as a partner, was not in an employment relationship pursuant to the *Code*. It held that because a partnership is not, in law, a separate legal entity from its partners, it is a legal impossibility for a partner ever to be “employed” by a partnership of which he or she is a member.

[15] For the reasons that follow, I agree with the Court of Appeal that the Tribunal’s decision was incorrect and that the Tribunal had no jurisdiction over Mr. McCormick’s relationship with the firm,

[13] Dans son analyse de la question de savoir s’il existait une relation d’emploi entre M. McCormick et le cabinet, le Tribunal s’est appuyé sur les facteurs qu’il avait élaborés dans *Crane c. British Columbia (Ministry of Health Services) (No. 1)* (2005), 53 C.H.R.R. D/156, inf. pour d’autres motifs (2007), 60 C.H.R.R. D/381 (C.S.C.-B.) : l’utilisation, le contrôle, le fardeau financier et l’objectif de réparation. Eu égard au premier facteur, le Tribunal a conclu que Fasken Martineau avait « utilisé » M. McCormick pour fournir des services juridiques aux clients du cabinet et créer de la propriété intellectuelle. Quant au deuxième facteur, le Tribunal a jugé que Fasken Martineau avait exercé un pouvoir de contrôle sur M. McCormick par les directives que lui donnaient les associés directeurs ainsi que les gestionnaires-clients et les gestionnaires-dossiers. Pour ce qui est de la rémunération, le Tribunal a considéré que, bien que le régime des sociétés de personnes implique le partage de bénéfices plutôt que le paiement d’un salaire fixe, le cabinet avait néanmoins le fardeau de déterminer et de payer la rémunération de M. McCormick. Enfin, le Tribunal a estimé que les allégations selon lesquelles Fasken Martineau avait traité M. McCormick différemment en raison de son âge faisaient entrer en jeu les larges objectifs réparateurs du *Code*. Le Tribunal a conclu qu’il existait par conséquent une relation d’emploi et il a refusé de faire droit à la demande de Fasken Martineau. La demande de contrôle judiciaire présentée par le cabinet a été rejetée par Cour suprême de la Colombie-Britannique.

[14] La Cour d’appel de la Colombie-Britannique a accueilli l’appel de Fasken Martineau, concluant qu’en tant qu’associé participant M. McCormick ne se trouvait pas dans une relation d’emploi visée par le *Code*. La Cour d’appel a jugé que, comme une société de personnes ne constitue pas en droit une entité distincte de ses associés, il est juridiquement impossible qu’un associé puisse jamais être « employé » par une société de personnes dont il est membre.

[15] Pour les motifs qui suivent, à l’instar de la Cour d’appel, je suis d’avis que la décision du Tribunal était erronée et que ce dernier n’avait pas compétence à l’égard de la relation qui existait entre

but do not accept that a partner can never be an employee for purposes of the *Code*. The key is the degree of control and dependency.

Analysis

[16] In the prior proceedings, the parties did not dispute that the standard of review was correctness. Since the issue does not deal with a finding of fact or the exercise of the Tribunal's discretion, under s. 59 of the B.C. *Administrative Tribunals Act*¹³ a correctness standard is mandated: *Moore v. British Columbia (Education)*, [2012] 3 S.C.R. 360, at paras. 55-57; *British Columbia (Workers' Compensation Board) v. Figliola*, [2011] 3 S.C.R. 422, at paras. 18-20.

[17] The *Code* is quasi-constitutional legislation that attracts a generous interpretation to permit the achievement of its broad public purposes: *Winnipeg School Division No. 1 v. Craton*, [1985] 2 S.C.R. 150; *Ontario Human Rights Commission v. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 S.C.R. 536, at p. 547, per McIntyre J.; *Canadian National Railway Co. v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, [1987] 1 S.C.R. 1114, at pp. 1133-36; *Council of Canadians with Disabilities v. VIA Rail Canada Inc.*, [2007] 1 S.C.R. 650.

[18] Those purposes include the prevention of arbitrary disadvantage or exclusion based on enumerated grounds, so that individuals deemed to be vulnerable by virtue of a group characteristic can be protected from discrimination.

[19] The *Code* achieves those purposes by prohibiting discrimination in specific contexts. One of those contexts is "employment". The definition of employment must be approached consistently with the generous, aspirational purposes set out in s. 3

M. McCormick et le cabinet; je ne puis toutefois accepter la conclusion voulant qu'un associé ne puisse jamais être un employé relevant du champ d'application du *Code*. Le facteur clé est le degré de contrôle et de dépendance.

Analyse

[16] Au cours des procédures antérieures, les parties n'ont pas contesté que la norme de contrôle était celle de la décision correcte. Puisque le litige ne porte pas sur une conclusion de fait ou sur l'exercice du pouvoir discrétionnaire du Tribunal, c'est la norme de la décision correcte qui s'applique aux termes de l'art. 59 de la loi intitulée *Administrative Tribunals Act* de la Colombie-Britannique¹³ : *Moore c. Colombie-Britannique (Éducation)*, [2012] 3 R.C.S. 360, par. 55-57; *Colombie-Britannique (Workers' Compensation Board) c. Figliola*, [2011] 3 R.C.S. 422, par. 18-20.

[17] Le *Code* est une loi quasi constitutionnelle, qui commande une interprétation généreuse afin de permettre la réalisation de ses larges objectifs d'intérêt public : *Winnipeg School Division No. 1 c. Craton*, [1985] 2 R.C.S. 150; *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 R.C.S. 536, p. 547, le juge McIntyre; *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1987] 1 R.C.S. 1114, p. 1133-1136; *Conseil des Canadiens avec déficiences c. VIA Rail Canada Inc.*, [2007] 1 R.C.S. 650.

[18] Ces objectifs incluent la prévention des désavantages ou exclusions arbitraires fondés sur des motifs énumérés, afin que les personnes réputées vulnérables en raison d'une caractéristique collective puissent être protégées contre la discrimination.

[19] Le *Code* réalise ces objectifs en prohibant la discrimination dans certains contextes précis. L'un de ces contextes est l'« emploi ». La définition de ce mot doit donc être analysée d'une manière qui s'harmonise avec les objectifs généreux énoncés à

¹³ S.B.C. 2004, c. 45.

¹³ S.B.C. 2004, ch. 45.

of the *Code* and understood in light of the protective nature of human rights legislation, which is “often the final refuge of the disadvantaged and the disenfranchised” and of “the most vulnerable members of society”: *Zurich Insurance Co. v. Ontario (Human Rights Commission)*, [1992] 2 S.C.R. 321, at p. 339. This is the philosophical framework for ascertaining whether a particular workplace relationship represents the kind of vulnerability the *Code* intended to bring under its protective scope.

[20] Mr. McCormick’s claim was based on age, an enumerated ground, and was brought under s. 13 of the *Code*, which states:

13 [Discrimination in employment] (1) A person must not

- (a) refuse to employ or refuse to continue to employ a person, or
- (b) discriminate against a person regarding employment or any term or condition of employment

because of the race, colour, ancestry, place of origin, political belief, religion, marital status, family status, physical or mental disability, sex, sexual orientation or age of that person or because that person has been convicted of a criminal or summary conviction offence that is unrelated to the employment or to the intended employment of that person.

(3) Subsection (1) does not apply

- (a) as it relates to age, to a bona fide scheme based on seniority, or
- (b) as it relates to marital status, physical or mental disability, sex or age, to the operation of a bona fide retirement, superannuation or pension plan or to a bona fide group or employee insurance plan, whether or not the plan is the subject of a contract of insurance between an insurer and an employer.

l’art. 3 du *Code*, objectifs qui expriment les aspirations de la société, et être interprétée à la lumière de la nature protectrice des lois sur les droits de la personne, lesquelles constituent « souvent le dernier recours de la personne désavantagée et de la personne privée de ses droits de représentation » et « des membres les plus vulnérables de la société » : *Zurich Insurance Co. c. Ontario (Commission des droits de la personne)*, [1992] 2 R.C.S. 321, p. 339. Voilà le cadre philosophique applicable pour déterminer si une relation d’emploi donnée représente le genre de vulnérabilité que le *Code* est censé protéger.

[20] Monsieur McCormick a déposé une plainte fondée sur l’âge — un motif énuméré — en vertu de l’art. 13 du *Code*, disposition qui est rédigée en partie ainsi :

[TRADUCTION]

13 [Discrimination en matière d’emploi] (1) Nul ne peut

- (a) soit refuser d’employer ou de continuer d’employer une personne;
- (b) soit faire preuve de discrimination envers une personne relativement à son emploi ou aux modalités de son emploi,

du fait de sa race, de sa couleur, de son ascendance, de son lieu d’origine, de ses opinions politiques, de sa religion, de son état matrimonial, de sa situation familiale, de ses déficiences mentales ou physiques, de son sexe, de son orientation sexuelle ou de son âge, ou en raison de sa déclaration de culpabilité à l’égard d’une infraction criminelle ou d’une infraction punissable par procédure sommaire qui n’ont aucun rapport avec l’emploi actuel ou envisagé de la personne en question.

(3) Le paragraphe (1) ne s’applique pas

- (a) en ce qui concerne l’âge, à un régime d’ancienneté légitime;
- (b) en ce qui concerne l’état matrimonial, les déficiences physiques ou mentales, le sexe ou l’âge, à la mise en œuvre d’un régime de retraite ou de pension légitime ou à un régime d’assurance collective ou d’assurance des employés légitime, que le régime soit l’objet ou non d’un contrat d’assurance entre un assureur et un employeur.

(4) Subsections (1) and (2) do not apply with respect to a refusal, limitation, specification or preference based on a bona fide occupational requirement.

“[E]mployment” and “person” are defined in s. 1 as follows:

“employment” includes the relationship of master and servant, master and apprentice and principal and agent, if a substantial part of the agent’s services relate to the affairs of one principal, and “employ” has a corresponding meaning;

. . .

“person” includes an employer, an employment agency, an employers’ organization, an occupational association and a trade union;

[21] While the starting point of the analysis is found in the legislative language of “master and servant”, “master and apprentice”, and “principal and agent”, it is important to note that the definition of employment “includes” these relationships, but is not restricted to them (Ruth Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (5th ed. 2008), at p. 239; *National Bank of Greece (Canada) v. Katsikonouris*, [1990] 2 S.C.R. 1029, at p. 1041). Moreover, relying on a formalistic approach to a “master and servant” relationship, resurrects an unduly restrictive traditional test for employment (H. W. Arthurs, “The Dependent Contractor: A Study of the Legal Problems of Countervailing Power” (1965), 16 *U.T.L.J.* 89; George W. Adams, *Canadian Labour Law* (2nd ed. (loose-leaf)), at p. 6-35). At the same time, the relationships which are deemed to be included should be analogous to those set out in the definition. As this Court said in *University of British Columbia v. Berg*, [1993] 2 S.C.R. 353: “It is the duty of boards and courts to give [provisions] a liberal and purposive construction, without reading the limiting words out of the Act or otherwise circumventing the intention of the legislature” (p. 371).

(4) Les paragraphes (1) et (2) ne s’appliquent pas à un refus, à une limite, à une spécification ou à une préférence fondés sur une exigence professionnelle justifiée.

Les mots « emploi » et « personne » sont définis en ces termes à l’art. 1 :

[TRADUCTION]

« emploi » S’entend notamment des relations commettant-préposé, maître-apprenti ou mandant-mandataire, si une partie substantielle des services du mandataire a trait aux affaires d’un seul mandant, et le mot « employer » a un sens correspondant.

. . .

« personne » Sont assimilés à une personne les employeurs, les bureaux de placement, les associations d’employeurs, les associations professionnelles et les syndicats.

[21] Quoique le point de départ de l’analyse soit les termes « commettant-préposé », « maître-apprenti » et « mandant-mandataire » figurant dans la loi, il importe de souligner que la définition du mot emploi précise que celui-ci « [s]’entend notamment » (« *includes* ») de ces relations, mais ne se limite pas à ces relations (Ruth Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (5^e éd. 2008), p. 239; *Banque nationale de Grèce (Canada) c. Katsikonouris*, [1990] 2 R.C.S. 1029, p. 1041). Qui plus est, le recours à une approche formaliste à l’égard de la relation « commettant-préposé » fait revivre un critère classique indûment restrictif en matière d’emploi (H. W. Arthurs, « The Dependent Contractor : A Study of the Legal Problems of Countervailing Power » (1965), 16 *U.T.L.J.* 89; George W. Adams, *Canadian Labour Law* (2^e éd. (feuilles mobiles)), p. 6-35). Par ailleurs, les relations qui sont réputées être visées devraient être analogues à celles énoncées dans la définition. Comme l’a affirmé notre Cour dans *Université de la Colombie-Britannique c. Berg*, [1993] 2 R.C.S. 353 : « Il incombe aux commissions et aux cours de justice de donner [aux dispositions] une interprétation libérale et fondée sur l’objet visé, sans faire abstraction des termes restrictifs de la Loi ni autrement contourner l’intention de la législature » (p. 371).

[22] The jurisprudence confirms that there should be an expansive approach to the definition of “employment” under the *Code*. Independent contractors, for example, have been found to be employees for purposes of human rights legislation, even though they would not be considered employees in other legal contexts: *Canadian Pacific Ltd. v. Canada (Human Rights Commission)*, [1991] 1 F.C. 571 (C.A.); *Pannu v. Prestige Cab Ltd.* (1986), 73 A.R. 166 (C.A.); *Yu v. Shell Canada Ltd.* (2004), 49 C.H.R.R. D/56 (B.C.H.R.T.). See also *Canada (Attorney General) v. Rosin*, [1991] 1 F.C. 391 (C.A.); *Mans v. British Columbia Council of Licensed Practical Nurses* (1990), 14 C.H.R.R. D/221 (B.C.C.H.R.).

[23] Deciding who is in an employment relationship for purposes of the *Code* means, in essence, examining how two synergetic aspects function in an employment relationship: control exercised by an employer over working conditions and remuneration, and corresponding dependency on the part of a worker. In other words, the test is who is responsible for determining working conditions and financial benefits and to what extent does a worker have an influential say in those determinations? The more the work life of individuals is controlled, the greater their dependency and, consequently, their economic, social and psychological vulnerability in the workplace: Guy Davidov, “The Three Axes of Employment Relationships: A Characterization of Workers in Need of Protection” (2002), 52 *U.T.L.J.* 357, at pp. 377-94; Arthurs, at pp. 89-90; *International Woodworkers of America v. Atway Transport Inc.*, [1989] OLRB Rep. 540; *Pointe-Claire (City) v. Quebec (Labour Court)*, [1997] 1 S.C.R. 1015.

[24] The test applied by the Human Rights Tribunal in British Columbia for determining whether someone is in an employment relationship under the *Code* was developed in *Crane*, where it identified the following indicia:

[22] La jurisprudence confirme qu’il y a lieu d’interpréter de manière extensive la définition du mot « emploi » dans le cadre de l’application du *Code*. Par exemple, des entrepreneurs indépendants ont été jugés être des employés visés par des lois sur les droits de la personne, même s’ils ne seraient pas considérés comme tels dans d’autres contextes juridiques : *Canadien Pacifique Ltée c. Canada (Commission des droits de la personne)*, [1991] 1 C.F. 571 (C.A.); *Pannu c. Prestige Cab Ltd.* (1986), 73 A.R. 166 (C.A.); *Yu c. Shell Canada Ltd.* (2004), 49 C.H.R.R. D/56 (T.D.P.C.-B.). Voir aussi *Canada (Procureur général) c. Rosin*, [1991] 1 C.F. 391 (C.A.); *Mans c. British Columbia Council of Licensed Practical Nurses* (1990), 14 C.H.R.R. D/221 (C.D.P.C.-B.).

[23] Décider qui se trouve dans une relation d’emploi pour les besoins du *Code* consiste essentiellement à examiner comment deux aspects synergiques interagissent dans une relation donnée : le contrôle exercé par un employeur à l’égard des conditions de travail et de la rémunération, et la dépendance correspondante du travailleur. Autrement dit, l’analyse consiste à se demander qui est responsable de fixer les conditions de travail et les avantages pécuniaires, et dans quelle mesure le travailleur exerce une influence sur ces décisions. Plus on exerce de contrôle sur les conditions de travail d’une personne, plus on accroît la dépendance de cette personne et, par voie de conséquence, sa vulnérabilité professionnelle sur les plans économique, social et psychologique : Guy Davidov, « The Three Axes of Employment Relationships : A Characterization of Workers in Need of Protection » (2002), 52 *U.T.L.J.* 357, p. 377-394; Arthurs, p. 89-90; *International Woodworkers of America c. Atway Transport Inc.*, [1989] OLRB Rep. 540; *Pointe-Claire (Ville) c. Québec (Tribunal du travail)*, [1997] 1 R.C.S. 1015.

[24] L’analyse appliquée par le Tribunal pour déterminer si une personne se trouve dans une relation d’emploi visée par le *Code* a été élaborée dans l’affaire *Crane*, où le Tribunal a énoncé les indices suivants :

- a. “Utilization” — this . . . looks to the question of whether the alleged employer “utilized” or gained some benefit from the employee in question;
- b. Control — did the alleged employer exercise control over the employee, whether in relation to the determination of his or her wages or other terms and conditions of employment, or in relation to their work more generally, such as the nature of the work to be performed or questions of discipline and discharge?
- c. Financial burden — did the alleged employer bear the burden of remuneration of the employee? and
- d. Remedial purpose — does the ability to remedy any discrimination lie with the alleged employer? [para. 79]

This test too is, in essence, a control/dependency test. The concepts of utilization, control, financial burden, as well as the ability of the employer to remedy any discrimination, all ultimately relate to whether the employer controls working conditions and remuneration, resulting in dependency on the part of the employee.

[25] Placing the emphasis on control and dependency in determining whether there is an employment relationship is consistent with approaches taken to the definition of employment in the context of protective legislation both in Canada and internationally: Davidov, at pp. 365-71. The Ontario Labour Relations Board, for example, uses a seven-factor test for determining if an employment relationship exists, based on indicia that relate mainly to control and economic dependency. Among other criteria, the Board asks whether the alleged employer exercises direction and control over the performance of work; imposes discipline; has the authority to dismiss employees; bears the burden of remuneration; and is perceived to be the employer (*York Condominium Corp.*, [1977] OLRB Rep. 645; Adams, at p. 6-36). That said, while significant underlying similarities may exist across different statutory schemes dealing with employment, it must

[TRADUCTION]

- a. L’« utilisation » : Ce concept [. . .] porte sur la question de savoir si le présumé employeur a « utilisé » l’employé en question ou tiré certains bénéfices de ce dernier.
- b. Le contrôle : Le présumé employeur exerçait-il un contrôle sur l’employé, que ce soit relativement à l’établissement de son salaire ou à d’autres conditions d’emploi, ou relativement à son travail de manière plus générale, par exemple la nature du travail à effectuer ou des questions de discipline et de renvoi?
- c. Le fardeau financier : Le présumé employeur assumait-il le fardeau de la rémunération de l’employé?
- d. L’objectif de réparation : La capacité de corriger une situation de discrimination appartient-elle à l’employeur? [par. 79]

Essentiellement, cette analyse constitue elle aussi une approche fondée sur les critères de contrôle et de dépendance. Les concepts d’utilisation, de contrôle et de fardeau financier, ainsi que la capacité de l’employeur de remédier à des situations de discrimination, se rattachent en définitive tous à la question de savoir si l’employeur contrôle les conditions de travail et la rémunération, ce qui a pour effet de placer l’employé dans une situation de dépendance.

[25] Le fait de mettre l’accent sur le contrôle et la dépendance pour déterminer si on est en présence d’une relation d’emploi est conforme aux approches qui sont adoptées, tant au Canada qu’à l’étranger, pour définir la notion d’emploi dans le contexte de mesures législatives de protection : Davidov, p. 365-371. Par exemple, la Commission des relations de travail de l’Ontario se livre à une analyse fondée sur sept facteurs pour décider s’il existe ou non une relation de travail, et ce, à partir d’indices se rapportant principalement aux concepts de contrôle et de dépendance économique. Entre autres critères, la Commission se demande si le présumé employeur exerce un pouvoir de direction et de contrôle sur l’exécution du travail, s’il impose des mesures disciplinaires, s’il a le pouvoir de renvoyer les employés, s’il assume le fardeau de la rémunération et s’il est perçu comme étant l’employeur (*York Condominium Corp.*, [1977] OLRB Rep. 645;

always be assessed in the context of the particular scheme being scrutinized.

[26] While the specific indicia used in other jurisdictions may vary from those adopted by Canadian authorities, the consistent animating themes are control and dependency. For example, in *Clackamas Gastroenterology Associates, P. C. v. Wells*, 538 U.S. 440 (2003), a case that required the U.S. Supreme Court to define who is an employee under the *Americans with Disabilities Act of 1990* (104 Stat. 327, as amended, 42 U.S.C. § 12101 *et seq.*), the court relied on the following control/dependency factors:

“Whether the organization can hire or fire the individual or set the rules and regulations of the individual’s work

“Whether and, if so, to what extent the organization supervises the individual’s work

“Whether the individual reports to someone higher in the organization

“Whether and, if so, to what extent the individual is able to influence the organization

“Whether the parties intended that the individual be an employee, as expressed in written agreements or contracts

“Whether the individual shares in the profits, losses, and liabilities of the organization.” EEOC Compliance Manual § 605:0009. [pp. 449-50]

[27] Control and dependency, in other words, are a function not only of whether the worker receives immediate direction from, or is affected by the decisions of others, but also whether he or she has the ability to influence decisions that critically affect his or her working life. The answers to these questions represent the compass for determining the true nature of the relationship.

Adams, p. 6-36). Cela dit, il est possible que différents régimes législatifs en matière d’emploi présentent d’importantes similitudes, mais la question doit néanmoins toujours être appréciée dans le contexte du régime particulier en cause.

[26] Bien que les indices particuliers utilisés dans d’autres pays puissent différer de ceux adoptés par la jurisprudence canadienne, les deux thèmes qui reviennent constamment sont le contrôle et la dépendance. À titre d’exemple, dans *Clackamas Gastroenterology Associates, P. C. c. Wells*, 538 U.S. 440 (2003), une affaire qui a obligé la Cour suprême des États-Unis à définir qui est un employé visé par l’*Americans with Disabilities Act of 1990* (104 Stat. 327, modifiée, 42 U.S.C. § 12101 *et suiv.*), la cour s’est appuyée sur les facteurs suivants relativement à la question du contrôle et de la dépendance :

[TRADUCTION] L’organisation peut-elle embaucher ou congédier l’intéressé ou fixer les règles régissant son travail?

L’organisation supervise-t-elle le travail de l’intéressé et, si oui, dans quelle mesure?

L’intéressé relève-t-il de quelqu’un qui occupe un rang hiérarchique supérieur dans l’organisation?

L’intéressé est-il capable d’influencer l’organisation et, si oui, dans quelle mesure?

Les parties entendaient-elles que l’intéressé soit un employé, comme en feraient foi des ententes ou des contrats écrits?

L’intéressé participe-t-il aux bénéfices, aux pertes et aux dettes de l’organisation? EEOC Compliance Manual § 605:0009. [p. 449-450]

[27] Autrement dit, l’existence d’une situation de contrôle et de dépendance dépend non seulement de la question de savoir si le travailleur reçoit des directives directes de la part d’autrui ou s’il est touché par des décisions prises par autrui, mais également de celle de savoir s’il a la capacité d’influencer les décisions qui ont une incidence sérieuse sur sa vie professionnelle. Les réponses à ces questions représentent les balises à suivre pour déterminer la nature véritable de la relation.

[28] While control and dependency define the essence of an employment relationship for purposes of human rights legislation, this does not mean that other indicia that courts and tribunals have developed, such as the *Crane* factors, are unhelpful in assessing the extent to which control and dependency are present. But such factors are unweighted taxonomies, a checklist that helps explore different aspects of the relationship. While helpful in framing the inquiry, they should not be applied formulaically. What is more defining than any particular facts or factors is the extent to which they illuminate the essential character of the relationship and the underlying control and dependency. Ultimately, the key is the degree of control, that is, the extent to which the worker is subject and subordinate to someone else's decision-making over working conditions and remuneration: Geoffrey England, *Individual Employment Law* (2nd ed. 2008), at p. 19.

[29] This brings us to partnerships generally. British Columbia's *Partnership Act* is modeled on the U.K. *Partnership Act 1890*¹⁴ (Alison R. Manzer, *A Practical Guide to Canadian Partnership Law* (loose-leaf), at p. 1-2). Section 1 states that "'firm' is the collective term for persons who have entered into partnership with one another". Section 2 defines a partnership as "the relation which subsists between persons carrying on business in common with a view of profit". Accordingly, a partnership is by its nature an entrepreneurial relationship among individuals agreeing to do business together.

[30] The conventional view of a partnership was famously described in *Lindley & Banks on Partnership* (19th ed. 2010) as a collection of partners,

14 1890, c. 39.

[28] Bien que les notions de contrôle et de dépendance définissent l'essence d'une relation d'emploi pour l'application des lois sur les droits de la personne, il ne s'ensuit pas que d'autres indices élaborés par les tribunaux judiciaires ou administratifs, notamment les facteurs mentionnés dans *Crane*, ne sont pas utiles dans l'appréciation du degré de contrôle et de dépendance qui existe. Toutefois, de tels facteurs constituent des éléments taxonomiques non pondérés, une liste de contrôle qui aide à examiner différents aspects de la relation. Bien qu'utiles pour établir le cadre de l'analyse, ces indices ou facteurs ne devraient pas être appliqués mécaniquement. Un aspect plus déterminant que tout fait ou facteur individuel est la mesure dans laquelle ces faits ou facteurs éclairent sur le caractère essentiel de la relation, ainsi que sur les éléments de contrôle et de dépendance sous-jacents. En définitive, le facteur clé est le degré de contrôle, c'est-à-dire la mesure dans laquelle le travailleur est assujéti et subordonné au pouvoir décisionnel de quelqu'un d'autre à l'égard des conditions de travail et de la rémunération : Geoffrey England, *Individual Employment Law* (2^e éd. 2008), p. 19.

[29] Ce qui nous amène aux sociétés de personnes en général. La *Partnership Act* de la Colombie-Britannique est inspirée de la *Partnership Act 1890* du Royaume-Uni¹⁴ (Alison R. Manzer, *A Practical Guide to Canadian Partnership Law* (feuilles mobiles), p. 1-2). Son article 1 précise que le mot [TRADUCTION] « "firme" est un terme collectif désignant un ensemble d'individus qui se sont associés pour former une société de personnes ». L'article 2 définit la société de personnes comme « la relation qui existe entre des personnes qui exploitent une entreprise en commun en vue de réaliser des bénéfices ». Par conséquent, une telle société est, de par sa nature, une relation entrepreneuriale entre individus qui conviennent d'exercer des activités ensemble.

[30] La conception classique de la société de personnes a été l'objet d'une description célèbre dans l'ouvrage *Lindley & Banks on Partnership* (19^e éd.

14 1890, ch. 39.

rather than a distinct legal entity separate from the parties who are its members:

The law, ignoring the firm, looks to the partners composing it; any change amongst them destroys the identity of the firm; what is called the property of the firm is their property, and what are called the debts and liabilities of the firm are their debts and their liabilities. [para. 3-04]

(Cited with approval in *Backman v. Canada*, [2001] 1 S.C.R. 367, at para. 41. See also *Boyd v. Attorney-General for British Columbia* (1917), 54 S.C.R. 532; *Green v. Harnum* (2007), 269 Nfld. & P.E.I.R. 97 (N.L.C.A.); *Blue Line Hockey Acquisition Co. v. Orca Bay Hockey Ltd. Partnership* (2008), 40 B.L.R. (4th) 83 (B.C.S.C.), at paras. 79-89, aff'd (2009), 52 B.L.R. (4th) 108 (B.C.C.A.); *Re Davies and Council of the Institute of Chartered Accountants of Saskatchewan* (1985), 19 D.L.R. (4th) 447 (Sask. Q.B.), at pp. 451-53; *Coal Harbour Properties Partnership v. Liu* (2004), 48 B.L.R. (3d) 237 (B.C.C.A.), at para. 10.)

[31] Among the distinctive features of a partnership is that partners generally have a right to participate meaningfully in the decision-making process that determines their workplace conditions and remuneration (J. Anthony VanDuzer, *The Law of Partnerships and Corporations* (3rd ed. 2009), at p. 75; *Partnership Act*, s. 27(e)). This is reflected in, for example, the duty to render accounts to other partners in order to permit them to have the information they need to participate in workplace decisions and ensure that their interests are adequately considered. This duty is set out in s. 31 of the *Partnership Act*:

31 Partners are bound to render true accounts and full information of all things affecting the partnership to any partner or his or her legal representatives.

2010), à savoir un groupement d'associés, plutôt qu'une entité juridique distincte des personnes qui sont ses membres :

[TRADUCTION] Le droit, faisant abstraction de la firme, s'attache aux associés qui la composent; tout changement en leur sein a pour effet de détruire l'identité de la firme; ce qu'on appelle les biens de la firme constituent les biens des associés, et ce qu'on appelle les dettes et obligations de la firme sont les dettes et obligations des associés. [par. 3-04]

(Citée avec approbation dans *Backman c. Canada*, [2001] 1 R.C.S. 367, par. 41. Voir aussi *Boyd c. Attorney-General for British Columbia* (1917), 54 R.C.S. 532; *Green c. Harnum* (2007), 269 Nfld. & P.E.I.R. 97 (C.A.T.-N.-L.); *Blue Line Hockey Acquisition Co. c. Orca Bay Hockey Ltd. Partnership* (2008), 40 B.L.R. (4th) 83 (C.S.C.-B.), par. 79-89, conf. (2009), 52 B.L.R. (4th) 108 (C.A.C.-B.); *Re Davies and Council of the Institute of Chartered Accountants of Saskatchewan* (1985), 19 D.L.R. (4th) 447 (B.R. Sask.), p. 451-453; *Coal Harbour Properties Partnership c. Liu* (2004), 48 B.L.R. (3d) 237 (C.A.C.-B.), par. 10.)

[31] Une des caractéristiques distinctives de la société de personnes est le fait que ses associés possèdent généralement le droit de participer de manière effective au processus décisionnel qui détermine leurs conditions de travail et leur rémunération (J. Anthony VanDuzer, *The Law of Partnerships and Corporations* (3^e éd. 2009), p. 75; *Partnership Act*, al. 27(e)). Un exemple de cela est l'obligation faite à chaque associé de rendre compte aux autres associés, afin que ceux-ci puissent disposer des renseignements dont ils ont besoin pour participer aux décisions touchant le milieu de travail et faire en sorte que leurs intérêts soient adéquatement pris en compte. Cette obligation est énoncée à l'art. 31 de la *Partnership Act* :

[TRADUCTION]

31 Les associés sont tenus de rendre des comptes exacts et de donner des renseignements complets, relativement à tout ce qui touche la société de personnes, à tout associé ou à ses représentants légaux.

[32] Partnership agreements also typically create a high threshold for expulsion and, unless the agreement explicitly provides otherwise, a partner cannot be expelled by a simple majority of partners (*Partnership Act*, s. 28). The Fasken Partnership Agreement, for example, requires a special resolution passed by a meeting of all equity partners, as well as a regional resolution in the partner's region.¹⁵ When partners do leave a partnership, they are entitled to be paid their share of the partnership's capital account: VanDuzer, at p. 73; Partnership Agreement, s. 9.5.

[33] In other words, the control over workplace conditions and remuneration is with the partners who form the partnership. In most cases, therefore, partners are not employees of the partnership, they are, collectively, the employer.

[34] American courts have generally found that partnerships are not employment relationships under anti-discrimination legislation since even in a large partnership, partners are typically able to influence the running of the partnership to a significant extent: *Largie v. TCBA Watson Rice, LLP*, 2013 U.S. Dist. LEXIS 117688 (D.N.J.); *Bowers v. Ophthalmology Group, LLP*, 2012 U.S. Dist. LEXIS 118761 (W.D. Ky.), rev'd on other grounds 733 F.3d 647 (6th Cir. 2013); *Kirleis v. Dickie, McCamey & Chilcote, P.C.*, 2009 U.S. Dist. LEXIS 100326 (W.D. Pa.), at [*82]. In *Clackamas*, however, the U.S. Supreme Court specifically left open the possibility that nominal "partners" could still be considered employees in exceptional circumstances based on an assessment of the substance of the relationship (p. 446; see also *Equal Employment Opportunity Commission v. Sidley Austin Brown & Wood*, 315 F.3d 696 (7th Cir. 2002), at pp. 702-7).

¹⁵ Partnership Agreement, s. 3.3.

[32] En outre, les contrats de société comportent habituellement une procédure d'expulsion exigeante et, sauf indication expresse à l'effet contraire, un associé ne peut être exclu par une majorité simple d'associés (*Partnership Act*, art. 28). Par exemple, le Contrat de société de Fasken Martineau exige une résolution extraordinaire adoptée lors d'une réunion de l'ensemble des associés participants, ainsi qu'une résolution régionale de la région de l'associé¹⁵. Lorsqu'un associé se retire d'une société de personnes, il a droit au paiement de sa part du compte de capital de la société : VanDuzer, p. 73; Contrat de société, art. 9.5.

[33] En d'autres mots, le pouvoir de contrôle sur les conditions de travail et la rémunération appartient aux associés qui composent la société de personnes. Par conséquent, dans la plupart des cas les associés ne sont pas des employés de la société, mais constituent plutôt, collectivement, l'employeur.

[34] En règle générale, les tribunaux américains ont conclu que la relation entre les associés et la société de personnes à laquelle ils appartiennent n'est pas une relation d'emploi visée par les lois antidiscrimination, puisque, même dans une grande société, les associés sont habituellement capables d'influencer l'administration de celle-ci dans une mesure importante : *Largie c. TCBA Watson Rice, LLP*, 2013 U.S. Dist. LEXIS 117688 (D.N.J.); *Bowers c. Ophthalmology Group, LLP*, 2012 U.S. Dist. LEXIS 118761 (W.D. Ky.), inf. pour d'autres motifs par 733 F.3d 647 (6th Cir. 2013); *Kirleis c. Dickie, McCamey & Chilcote, P.C.*, 2009 U.S. Dist. LEXIS 100326 (W.D. Pa.), à [*82]. Toutefois, dans l'arrêt *Clackamas*, la Cour suprême des États-Unis a expressément maintenu la possibilité que, dans certaines circonstances exceptionnelles, des « associés » nominaux puissent être assimilés à des employés au terme d'un examen de l'essence de la relation (p. 446; voir aussi *Equal Employment Opportunity Commission c. Sidley Austin Brown & Wood*, 315 F.3d 696 (7th Cir. 2002), p. 702-707).

¹⁵ Contrat de société, art. 3.3.

[35] Canadian and British courts have similarly held that partnerships are not relationships of employment for purposes of other forms of protective legislation, such as in the realm of workers' compensation: *Ellis v. Joseph Ellis & Co.*, [1905] 1 K.B. 324 (C.A.); *Re Thorne and New Brunswick Workmen's Compensation Board* (1962), 33 D.L.R. (2d) 167 (N.B.S.C. (App. Div.)), aff'd [1962] S.C.R. viii.

[36] This does not mean human rights legislation cannot apply to partnerships, it means that an express statutory provision is usually required, as is found in s. 44 of the U.K. *Equality Act 2010*, 2010, c. 15. The Explanatory Note to that provision states that a separate provision protecting partners from discrimination was necessary because their relationship with their partnership is not one of employment:

Because partners are mainly governed by their partnership agreements, rather than by employment contracts, separate provisions are needed to provide protection from discrimination, harassment and victimisation for partners in ordinary and limited partnerships. [para. 158]

[37] Partnership is also designated as a separate category from employer/employee relationships in anti-discrimination legislation in Australia and New Zealand: *Sex Discrimination Act 1984* (Cth.), No. 4, s. 17; *Disability Discrimination Act 1992* (Cth.), No. 135, s. 18; *Age Discrimination Act 2004* (Cth.), No. 68, s. 21; *Anti-Discrimination Act 1977* (N.S.W.), No. 48, ss. 10A, 27A and 49G; *Anti-Discrimination Act 1991* (Qld.), No. 85, ss. 16 to 18; *Equal Opportunity Act 1984* (S.A.), ss. 33, 55 and 70; *Equal Opportunity Act 2010* (Vic.), No. 16, ss. 30 and 31; *Equal Opportunity Act 1984* (W.A.), ss. 14, 40 and 66E; *Human Rights Act 1993* (N.Z.), 1993, No. 82, s. 36.

[35] De même, les tribunaux canadiens et britanniques ont conclu que la relation entre les associés et la société de personnes dont ils sont membres n'est pas une relation d'emploi visée par d'autres types de législation protectrice, par exemple en matière d'indemnisation des accidents du travail : *Ellis c. Joseph Ellis & Co.*, [1905] 1 K.B. 324 (C.A.); *Re Thorne and New Brunswick Workmen's Compensation Board* (1962), 33 D.L.R. (2d) 167 (C.S.N.-B. (Div. app.)), conf. par [1962] R.C.S. viii.

[36] Cela ne veut pas dire que les lois sur les droits de la personne ne peuvent pas s'appliquer aux sociétés de personnes; cela signifie plutôt qu'une disposition législative expresse, comme celle figurant à l'art. 44 de l'*Equality Act 2010* du Royaume-Uni, 2010, ch. 15, est habituellement requise. La note explicative concernant cette disposition précise qu'une disposition distincte protégeant les associés contre la discrimination est nécessaire, parce que la relation entre ceux-ci et la société de personnes n'est pas une relation d'emploi :

[TRADUCTION] Parce que les associés sont principalement régis par leur contrat de société, plutôt que par des contrats d'emploi, des dispositions distinctes sont nécessaires pour protéger les associés des sociétés de personnes et des sociétés en commandite contre la discrimination, le harcèlement et la victimisation. [par. 158]

[37] La société de personnes est également désignée comme une catégorie distincte de relations employeur-employé dans les lois antidiscrimination d'Australie et de Nouvelle-Zélande : *Sex Discrimination Act 1984* (Cth.), No. 4, art. 17; *Disability Discrimination Act 1992* (Cth.), No. 135, art. 18; *Age Discrimination Act 2004* (Cth.), No. 68, art. 21; *Anti-Discrimination Act 1977* (N.S.W.), No. 48, art. 10A, 27A et 49G; *Anti-Discrimination Act 1991* (Qld.), No. 85, art. 16 à 18; *Equal Opportunity Act 1984* (S.A.), art. 33, 55 et 70; *Equal Opportunity Act 2010* (Vic.), No. 16, art. 30 et 31; *Equal Opportunity Act 1984* (W.A.), art. 14, 40 et 66E; *Human Rights Act 1993* (N.-Z.), 1993, No. 82, art. 36.

[38] While the structure and protections normally associated with equity partnerships mean they will rarely be employment relationships for purposes of human rights legislation, this does not mean that form should trump substance. In this case, for example, the Court of Appeal appeared to focus exclusively on partnership as a legal concept, rather than examining the substance of the actual relationship and the extent to which control and dependency played a role.

[39] Turning to Mr. McCormick's relationship with his partnership and applying the control/dependency test, based on his ownership, sharing of profits and losses, and the right to participate in management, I see him more as someone in control of, rather than subject to, decisions about workplace conditions. As an equity partner, he was part of the group that controlled the partnership, not a person vulnerable to its control.

[40] It is true that Fasken had certain administrative rules to which Mr. McCormick was subject, but they did not transform the substance of the relationship into one of subordination or dependency. Management and compensation committees are necessary mechanisms to implement and coordinate the firm's policies, not limitations on a partner's autonomy. Fasken's Board, regional managing partners, and compensation committees were all directly or indirectly accountable to, and controlled by, the partnership as a whole, of which Mr. McCormick was a full and equal member. Under the Partnership Agreement, most major decisions, *including those relating to the firm's mandatory retirement policy*, were subject to a vote of the partnership, in which all partners, including Mr. McCormick, had an

[38] Bien que, en raison de la structure et des protections normalement associées aux sociétés de personnes, il y ait rarement relation d'emploi entre ces sociétés et leurs associés participants visée par les lois sur les droits de la personne, cela ne signifie pas qu'il faille laisser la forme l'emporter sur le fond. Dans le cas qui nous occupe, par exemple, la Cour d'appel semble s'être attachée exclusivement à la société de personnes en tant que concept juridique, au lieu d'examiner la substance de la relation qui existait dans les faits ainsi que la mesure dans laquelle les facteurs de contrôle et de dépendance jouaient un rôle.

[39] Appliquant maintenant l'analyse fondée sur les notions de contrôle et de dépendance à la relation entre M. McCormick et la société de personnes à laquelle il appartenait, compte tenu de l'intérêt financier de M. McCormick dans la société, de sa participation aux bénéfices et aux pertes ainsi que de son droit de prendre part à la gestion, je le considère davantage comme une personne qui exerçait un pouvoir de contrôle sur les décisions relatives aux conditions de travail, plutôt que comme une personne qui était soumise à ces décisions. En tant qu'associé participant, il faisait partie du groupe qui contrôlait la société, et non des personnes vulnérables à l'exercice de ce pouvoir de contrôle.

[40] Il est vrai que Fasken Martineau avait établi certaines règles administratives auxquelles M. McCormick était assujéti, mais ces règles n'avaient pas pour effet de transformer la substance de la relation et de faire de celle-ci une relation de subordination ou de dépendance. Les comités de gestion et de rémunération sont des mécanismes nécessaires à la mise en œuvre et à la coordination des politiques du cabinet; ils ne limitent pas l'autonomie des associés. Le Conseil d'administration, les associés directeurs régionaux et les comités de rémunération de Fasken Martineau étaient tous, directement ou indirectement, comptables devant la société dans son ensemble et contrôlés par celle-ci, société dont M. McCormick était un membre à part entière et au sein de laquelle il jouissait de la

equal say.¹⁶ Mr. McCormick was an equity partner when the current retirement policy was adopted, and was entitled to vote on the very policy that he is now challenging.

[41] In addition to the right to participate in the management of the partnership, as an equity partner Mr. McCormick benefited from other control mechanisms, including the right to vote for — and stand for election to — the firm’s Board; the duty that the other partners owed to him to render accounts; the right not to be subject to discipline or dismissal; the right, on leaving the firm, to his share of the firm’s capital account; and the protection that he could only be expelled from the partnership by a special resolution passed by a meeting of all equity partners and a regional resolution in his region, arguably giving him tenure since there is no evidence of any equity partners being expelled from this partnership.

[42] Nor was Mr. McCormick dependent on Fasken in a meaningful sense. It is true that his remuneration came exclusively from the partnership, but this remuneration represented his share of the profits of the partnership in accordance with his ownership interest. The partnership was run for the economic benefit of the partners, *including* Mr. McCormick. While the financial proceeds of Mr. McCormick’s work were pooled with those of other lawyers in the firm, and the distribution of profits was ultimately determined by internal committees, these committees applied criteria that

pleine égalité. Aux termes du Contrat de société, la plupart des décisions importantes, *y compris celles ayant trait à la politique de départ à la retraite obligatoire*, devaient faire l’objet d’un vote de la société dans le cadre duquel tous les associés, *y compris* M. McCormick, avaient voix égale au chapitre¹⁶. Monsieur McCormick était un associé participant lorsque la politique de retraite en vigueur a été adoptée, et il avait droit de voter sur la politique même qu’il conteste maintenant.

[41] En plus du droit de participer à la gestion de la société, M. McCormick bénéficiait, en sa qualité d’associé participant, d’autres mesures lui accordant un pouvoir de contrôle au sein de la société, notamment les suivantes : le droit de voter à l’élection des membres du Conseil d’administration du cabinet et de se présenter comme candidat à cette élection; l’obligation faite aux autres associés de lui rendre des comptes; le droit de ne pas faire l’objet de mesures disciplinaires ou d’être renvoyé; le droit à sa part des capitaux propres de la société à son départ de celle-ci; la protection contre l’exclusion de la société autrement qu’en vertu d’une résolution extraordinaire adoptée à une réunion de l’ensemble des associés participants et d’une résolution régionale de sa région, une mesure de protection qui, peut-on soutenir, lui accordait l’inamovibilité, puisqu’aucune preuve n’indique qu’un associé participant ait déjà été exclu de cette société de personnes.

[42] On ne peut pas vraiment dire non plus que M. McCormick était dans une situation de dépendance par rapport à Fasken Martineau. Il est vrai que sa rémunération provenait exclusivement de la société, mais cette rémunération représentait sa part des bénéfices du cabinet conformément à sa participation financière dans celui-ci. La société était administrée pour le bénéfice pécuniaire des associés, *y compris* M. McCormick. Même si les revenus générés par le travail de M. McCormick étaient mis en commun avec ceux des autres avocats du cabinet, et que la distribution des bénéfices était déterminée

¹⁶ Partnership Agreement, s. 3.2.

¹⁶ Contrat de société, art. 3.2.

were designed to measure the partner's contribution to the firm. Mr. McCormick drew his income from the profits of the partnership and was liable for its debts and losses. In addition, he had a capital account and was entitled to share in the partnership's assets if it dissolved. In effect, Mr. McCormick was not working for the benefit of someone else, as the Tribunal's reasons suggest, he was, as an equity partner, in a common enterprise with his partners for profit, and was therefore working for his own benefit.

[43] Finally, it must be observed that in order to change the firm's mandatory retirement policy, all of Fasken's equity partners would have been entitled to vote. Responsibility for remedying any alleged inequity thus lay in the hands of Mr. McCormick as much as any other equity partner. Instead, he financially benefited for over 30 years from the retirement of the other partners. In fact, in no material way was Mr. McCormick structurally or substantively ever in a subordinate relationship with the other equity partners.

[44] I appreciate that the Tribunal sought, through the application of the *Crane* factors, to assess Mr. McCormick's relationship with his firm, but in so doing, it paid insufficient attention to whether he was actually subject to the control of others and dependent on them. It assessed "control", for example, in terms of some administrative restrictions on partners rather than examining the underlying power dynamics of the relationship. And it found that Mr. McCormick was "utilized" and "remunerated" by Fasken, while disregarding the fact that the firm was run for the benefit of, and by, its equity partners, including Mr. McCormick.

en dernier ressort par des comités internes, ces comités appliquaient des critères qui étaient conçus de façon à mesurer l'apport de l'associé à la société. Monsieur McCormick tirait son revenu des bénéfices de la société et il était responsable des dettes et des pertes de celle-ci. En outre, il possédait un compte de capital et avait droit à une part de l'actif de la société en cas de dissolution. En fait, M. McCormick ne travaillait pas pour le bénéfice de quelqu'un d'autre, comme le suggèrent les motifs du Tribunal, mais, en tant qu'associé participant, il exploitait avec ses associés une entreprise commune dans un but lucratif et, de ce fait, il travaillait pour son propre bénéfice.

[43] Enfin, il convient de signaler que tous les associés participants de Fasken Martineau auraient eu le droit de voter à l'égard d'un changement à la politique du cabinet en matière de départ obligatoire à la retraite. La responsabilité de remédier à toute présumée iniquité appartenait donc autant à M. McCormick qu'à tout autre associé participant. Mais M. McCormick a plutôt profité financièrement pendant plus de 30 ans des départs à la retraite d'autres associés. En fait, à aucun moment ce dernier ne s'est trouvé, sous quelque aspect important que ce soit, structurellement ou concrètement, dans une relation de subordination par rapport aux autres associés participants.

[44] Je comprends que le Tribunal a essayé, en appliquant les facteurs énoncés dans *Crane*, de saisir la relation entre M. McCormick et le cabinet, mais dans sa démarche le Tribunal n'a pas accordé suffisamment d'attention à la question de savoir si M. McCormick était dans les faits assujéti au pouvoir de contrôle d'autres personnes et dépendant de celles-ci. À titre d'exemple, le Tribunal a analysé le « contrôle » en tenant compte de certaines restrictions administratives imposées aux associés plutôt qu'en considérant le rapport de force sous-jacent dans la relation. Le Tribunal a ensuite conclu que M. McCormick était « utilisé » et « rémunéré » par Fasken Martineau, sans tenir compte du fait que la société était dirigée pour le bénéfice de ses associés participants et par ceux-ci, y compris M. McCormick.

[45] In the absence of any genuine control over Mr. McCormick in the significant decisions affecting the workplace, there cannot, under the *Code*, be said to be an employment relationship with the partnership. Far from being subject to the control of Fasken, Mr. McCormick was among the partners who controlled it from 1979, when he became an equity partner, until he left in 2012. The Tribunal therefore erred in concluding that it had jurisdiction over his relationship with the partnership.

[46] This is not to say that a partner in a firm can never be an employee under the *Code*, but such a finding would only be justified in a situation quite different from this case, one where the powers, rights and protections normally associated with a partnership were greatly diminished.

[47] But the fact that a partner like Mr. McCormick has no remedy under the *Code* does not necessarily mean that partners have no recourse for claims of discrimination. One of the duties partners owe each other is the duty of utmost fairness and good faith, set out in s. 22 of the *Partnership Act*:

22 (1) A partner must act *with the utmost fairness and good faith towards the other members of the firm in the business of the firm.*

(2) The duties imposed by this section are in addition to, and not in derogation of, any enactment or rule of law or equity relating to the duties or liabilities of partners.

[48] This duty is an important source of protection for partners: *Hitchcock v. Sykes* (1914), 49 S.C.R. 403, at p. 407; *Cameron v. Julien* (1957), 9 D.L.R. (2d) 460 (Ont. C.A.); *Rochweg v. Truster* (2002), 58 O.R. (3d) 687 (C.A.). While this case does not require us to decide the point, the duty of

[45] Vu l'absence de véritable contrôle exercé sur M. McCormick relativement aux décisions importantes touchant le milieu de travail, il est impossible d'affirmer qu'il existait entre lui et la société une relation d'emploi visée par le *Code*. Loin d'avoir été assujéti au contrôle de Fasken Martineau, M. McCormick a fait partie des associés qui contrôlaient ce cabinet, et ce, de 1979 — lorsqu'il est devenu un associé participant — jusqu'à son départ en 2012. Le Tribunal a donc eu tort de conclure qu'il avait compétence à l'égard de la relation entre M. McCormick et la société de personnes.

[46] Il ne s'ensuit pas qu'un associé au sein d'un cabinet ne peut jamais être considéré comme un employé visé par le *Code*. Mais une telle conclusion ne serait justifiée que dans une situation fort différente de celle qui nous occupe, c'est-à-dire dans une situation où les pouvoirs, les droits et les protections normalement associés à une société de personnes seraient considérablement réduits.

[47] Toutefois, le fait qu'un associé comme M. McCormick ne puisse obtenir de réparation en vertu du *Code* ne signifie pas nécessairement que des associés n'ont aucun recours en cas de discrimination. En effet, les associés ont, les uns envers les autres, l'obligation d'agir en toute honnêteté et bonne foi, comme le précise l'art. 22 de la *Partnership Act* :

[TRADUCTION]

22 (1) *Dans les affaires de la firme, l'associé agit en toute honnêteté et bonne foi envers les autres associés.*

(2) Les obligations imposées par le présent article s'ajoutent et ne dérogent pas à tout autre texte législatif ou à toute règle de droit ou d'équité relative aux obligations ou aux responsabilités des associés.

[48] Cette obligation constitue une importante source de protection pour les associés : *Hitchcock c. Sykes* (1914), 49 R.C.S. 403, p. 407; *Cameron c. Julien* (1957), 9 D.L.R. (2d) 460 (C.A. Ont.); *Rochweg c. Truster* (2002), 58 O.R. (3d) 687 (C.A.). Bien que nous ne soyons pas tenus de trancher

utmost good faith in a partnership may well capture some forms of discrimination among partners that represent arbitrary disadvantage: see Manitoba Law Reform Commission, *Good Faith and the Individual Contract of Employment*, Report #107 (2001), at pp. 22 and 32-33; Emily M. S. Houh, “Critical Race Realism: Re-Claiming the Antidiscrimination Principle through the Doctrine of Good Faith in Contract Law” (2005), 66 *U. Pitt. L. Rev.* 455. That said, absent special circumstances, it is difficult to see how the duty of good faith would preclude a partnership from instituting an equity divestment policy designed to benefit all partners by ensuring the regenerative turnover of partnership shares.

cette question en l’espèce, l’obligation d’agir en toute bonne foi au sein d’une société de personnes pourrait fort bien être invoquée à l’égard de certaines formes de discrimination entre les associés qui représentent un désavantage arbitraire : voir Commission de réforme du droit du Manitoba, *Good Faith and the Individual Contract of Employment*, Report #107 (2001), p. 22 et 32-33; Emily M. S. Houh, « Critical Race Realism : Re-Claiming the Antidiscrimination Principle through the Doctrine of Good Faith in Contract Law » (2005), 66 *U. Pitt. L. Rev.* 455. Cela dit, en l’absence de circonstances spéciales, il est difficile de voir comment l’obligation de bonne foi pourrait empêcher une société de personnes d’instaurer une politique de dessaisissement des fonds propres qui est à l’avantage de l’ensemble des associés en ce qu’elle assure un renouvellement régénérateur des parts sociales.

[49] The appeal is dismissed with costs.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellant: TevlinGleadle Employment Law Strategies, Vancouver.

Solicitors for the respondent: Nathanson Schachter & Thompson, Vancouver.

Solicitor for the intervener the Alberta Human Rights Commission: Alberta Human Rights Commission, Edmonton.

Solicitor for the intervener the British Columbia Human Rights Tribunal: British Columbia Human Rights Tribunal, Vancouver.

Solicitors for the interveners Ernst & Young LLP, KPMG LLP, Deloitte LLP, PricewaterhouseCoopers LLP, BDO Canada LLP and Grant Thornton LLP: Lenczner Slaght Royce Smith Griffin, Toronto.

Solicitors for the intervener the Young Bar Association of Montreal: Langlois Kronström Desjardins, Montréal.

[49] Le pourvoi est rejeté avec dépens.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs de l’appelant : TevlinGleadle Employment Law Strategies, Vancouver.

Procureurs de l’intimée : Nathanson Schachter & Thompson, Vancouver.

Procureur de l’intervenante Alberta Human Rights Commission : Alberta Human Rights Commission, Edmonton.

Procureur de l’intervenant British Columbia Human Rights Tribunal : British Columbia Human Rights Tribunal, Vancouver.

Procureurs des intervenantes Ernst & Young s.r.l./S.E.N.C.R.L., KPMG s.r.l./S.E.N.C.R.L., Deloitte S.E.N.C.R.L./s.r.l., PricewaterhouseCoopers s.r.l., BDO Canada s.r.l./S.E.N.C.R.L. et Grant Thornton LLP : Lenczner Slaght Royce Smith Griffin, Toronto.

Procureurs de l’intervenante l’Association du Jeune Barreau de Montréal : Langlois Kronström Desjardins, Montréal.

Solicitor for the intervener the Ontario Human Rights Commission: Ontario Human Rights Commission, Toronto.

Solicitor for the intervener the Canadian Human Rights Commission: Canadian Human Rights Commission, Ottawa.

Procureur de l'intervenante la Commission ontarienne des droits de la personne : Commission ontarienne des droits de la personne, Toronto.

Procureur de l'intervenante la Commission canadienne des droits de la personne : Commission canadienne des droits de la personne, Ottawa.

**Canadian National Railway
Company** *Appellant*

v.

**Attorney General of Canada,
Peace River Coal Inc.
and Canadian Industrial
Transportation Association** *Respondents*

**INDEXED AS: CANADIAN NATIONAL RAILWAY CO. v.
CANADA (ATTORNEY GENERAL)**

2014 SCC 40

File No.: 35145.

2014: January 14; 2014: May 23.

Present: McLachlin C.J. and LeBel, Abella, Rothstein,
Cromwell, Karakatsanis and Wagner JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF
APPEAL

*Administrative law — Transportation law — Boards
and tribunals — Judicial review — Standard of review
— Governor in Council rescinding decision of Canadian
Transportation Agency — Whether Governor in Council
empowered to vary or rescind decision of Agency —
Whether applicable standard of review is correctness or
reasonableness — Canadian Transportation Act, S.C.
1996, c. 10, ss. 40, 41, 120.1.*

The confidential contract between PRC and CN for shipping coal specified that a fuel surcharge set out in Tariff 7402 would be applied when the monthly average price of highway diesel fuel equalled or exceeded the “strike price”. Tariff 7402 set the strike price at US\$1.25 per gallon. CN could make unilateral changes to Tariff 7402, and the contract provided no mechanism for PRC to challenge any such change.

Shortly after the confidential contract took effect, CN introduced Tariff 7403, which provided for a higher strike price. Tariff 7402 and its lower strike price would remain in effect until the expiration of those contracts to which it applied. CN refused to apply the higher strike price to PRC’s traffic, and the Canadian Transportation Agency (“Agency”) dismissed PRC’s application under s. 120.1

**Compagnie des chemins de fer nationaux
du Canada** *Appelante*

c.

**Procureur général du Canada,
Peace River Coal Inc. et
Association canadienne de
transport industriel** *Intimés*

**RÉPERTORIÉ : COMPAGNIE DES CHEMINS DE
FER NATIONAUX DU CANADA c. CANADA
(PROCUREUR GÉNÉRAL)**

2014 CSC 40

N° du greffe : 35145.

2014 : 14 janvier; 2014 : 23 mai.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges LeBel,
Abella, Rothstein, Cromwell, Karakatsanis et Wagner.

EN APPEL DE LA COUR D’APPEL FÉDÉRALE

*Droit administratif — Droit des transports — Orga-
nismes et tribunaux administratifs — Contrôle judiciaire
— Norme de contrôle — Gouverneur en conseil annulant
une décision de l’Office des transports du Canada — Le
gouverneur en conseil est-il habilité à modifier ou à
annuler une décision de l’Office? — La norme de contrôle
applicable est-elle celle de la décision correcte ou celle
de la décision raisonnable? — Loi sur les transports au
Canada, L.C. 1996, ch. 10, art. 40, 41, 120.1.*

Le contrat confidentiel conclu entre PRC et le CN pour le transport de charbon par voie ferrée précisait qu’un supplément carburant prévu au tarif 7402 s’appliquerait lorsque le prix moyen mensuel du carburant diesel pour véhicules routiers serait égal ou supérieur au « seuil » prévu. Le tarif 7402 fixait ce seuil à 1,25 \$ US le gallon. Le CN pouvait modifier unilatéralement le tarif 7402, et le contrat ne prévoyait aucun mécanisme permettant à PRC de contester un tel changement.

Peu après l’entrée en vigueur du contrat confidentiel, le CN a adopté le tarif 7403, qui prévoyait un seuil plus élevé. Le tarif 7402 et le seuil moins élevé qu’il prévoyait continueraient de s’appliquer jusqu’à l’expiration des contrats conclus à ce tarif. Le CN a refusé d’appliquer le seuil plus élevé aux services de transport qu’il fournissait à PRC, et l’Office des transports du

of the *Canada Transportation Act* (“CTA”) for an order that the strike price in Tariff 7402 be varied to reflect the higher strike price in Tariff 7403. The Canadian Industrial Transportation Association then filed a petition under s. 40 of the CTA requesting that the Governor in Council vary the Agency’s decision and direct the Agency that the confidential contract does not preclude the Agency from assessing the reasonableness of the fuel surcharge in Tariff 7402. The Governor in Council rescinded the Agency’s decision. On judicial review, the Federal Court found that the issue before the Governor in Council was one of pure jurisdiction, applied the correctness standard and set aside the Order of the Governor in Council, and restored the Agency’s decision. The Federal Court of Appeal, applying a reasonableness standard, set aside the judgment of the Federal Court and dismissed CN’s application for judicial review of the Governor in Council’s decision.

Held: The appeal should be dismissed.

Section 40 of the CTA confers broad authority on the Governor in Council to address any orders or decisions of the Agency, including those involving questions of law. Where Parliament intends to limit the Governor in Council’s authority, it does so expressly, but the only inherent limitation on the authority conferred by s. 40 is that the Governor in Council’s authority is limited to matters already dealt with by the Commission. Limitations like those placed on the right to appeal a decision of the Agency to the Federal Court of Appeal or on the Governor in Council’s authority under other legislation are not found in s. 40.

The *Dunsmuir* framework, which applies to administrative decision makers generally and not just to administrative tribunals, applies to adjudicative decisions of the Governor in Council made under s. 40, and the applicable standard of review is reasonableness. It is now well established that deference will usually result where a decision maker is interpreting its own statute or statutes closely connected to its function, with which it will have particular familiarity. Parliament has recognized that the Governor in Council has particular familiarity in the area of economic regulation and transportation law and policy is closely connected to the Governor in Council’s review function. The presumption of deference applies and is not rebutted. Whether a party to a confidential contract can bring a complaint under s. 120.1 is a question of law which

Canada (« Office ») a rejeté la demande présentée par PRC en vertu de l’art. 120.1 de la *Loi sur les transports au Canada* (« Loi ») en vue d’obtenir une ordonnance modifiant le seuil prévu au tarif 7402 de façon à le faire correspondre à celui plus élevé établi par le tarif 7403. L’Association canadienne de transport industriel a alors demandé au gouverneur en conseil, par voie de requête fondée sur l’art. 40 de la *Loi*, de modifier la décision de l’Office et d’ordonner à celui-ci de considérer que le contrat confidentiel ne l’empêchait pas de déterminer si le supplément carburant prévu au tarif 7402 était raisonnable. Le gouverneur en conseil a annulé la décision de l’Office. À l’issue d’un contrôle judiciaire, la Cour fédérale a conclu que la question soumise au gouverneur en conseil touchait véritablement à la compétence, a appliqué la norme de la décision correcte, a annulé le décret du gouverneur en conseil et a rétabli la décision de l’Office. Appliquant la norme de la décision raisonnable, la Cour d’appel fédérale a infirmé le jugement de la Cour fédérale et a rejeté la demande de contrôle judiciaire de la décision du gouverneur en conseil présentée par le CN.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

L’article 40 de la *Loi* confère au gouverneur en conseil un vaste pouvoir décisionnel à l’égard des arrêtés et des décisions de l’Office, y compris ceux qui soulèvent des questions de droit. Lorsque le législateur entend restreindre les pouvoirs du gouverneur en conseil, il le fait expressément, mais la seule limite inhérente au pouvoir conféré par l’art. 40 est que le pouvoir du gouverneur en conseil se limite à l’examen des questions déjà examinées par l’Office. Des restrictions comme celles relatives au droit de porter une décision de l’Office devant la Cour d’appel fédérale ou celles qu’imposent d’autres lois au pouvoir du gouverneur en conseil n’apparaissent pas à l’art. 40.

Le cadre énoncé dans l’arrêt *Dunsmuir*, qui s’applique aux décideurs administratifs en général et non seulement aux tribunaux administratifs, s’applique aux décisions juridictionnelles prises par le gouverneur en conseil en vertu de l’art. 40, et la norme de contrôle est celle de la décision raisonnable. Il est aujourd’hui bien établi que la déférence est habituellement de mise lorsqu’un décideur interprète sa propre loi constitutive ou une loi étroitement liée à son mandat et dont il a une connaissance approfondie. Le législateur a reconnu au gouverneur en conseil une connaissance approfondie du secteur de la réglementation économique, et les lois et politiques en matière de transport sont liées de près à la fonction d’examen du gouverneur en conseil. La présomption de déférence s’applique et n’est pas réfutée.

does not fall within one of the established categories of questions to which correctness review applies. There is no issue of constitutionality or competing jurisdiction between tribunals. The question at issue is not a question of central importance to the legal system as a whole. Finally, it is an issue of statutory interpretation and could not be a true question of jurisdiction or *vires* of the Governor in Council.

The Governor in Council's conclusion that a party to a confidential contract is able to bring a complaint under s. 120.1 in certain circumstances was reasonable. It is supported by the facts and the wording of s. 120.1(1). The conclusion that the existence of a confidential contract did not bar a shipper from applying for a reasonableness assessment under s. 120.1(1) is consistent with the terms of the *CTA*, which do not preclude the Agency from reviewing the reasonableness of a charge contained in a tariff applicable to more than one shipper, whether or not it is incorporated by reference into a confidential contract. In addition, it was open to the Governor in Council to conclude that Parliament's intent in enacting s. 120.1 was to provide a measure of protection for shippers. Accordingly, without deciding whether in any particular case a confidential contract would preclude a shipper from relief under s. 120.1, leaving access to the s. 120.1 complaint mechanism available to parties to confidential contracts can reasonably be said to be consistent with that intention. The Governor in Council's interpretation of s. 120.1 was reasonable.

Cases Cited

Referred to: *Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada*, [1980] 2 S.C.R. 735; *Public Mobile Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2011 FCA 194, [2011] 3 F.C.R. 344; *British Columbia (Attorney General) v. Canada (Attorney General)*, [1994] 2 S.C.R. 41; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *R. v. Morgentaler*, [1993] 3 S.C.R. 463; *Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 53, [2011] 3 S.C.R. 471; *Placer Dome Canada Ltd. v. Ontario (Minister of Finance)*, 2006 SCC 20, [2006] 1 S.C.R. 715; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Katz Group Canada Inc. v. Ontario (Health and Long-Term Care)*, 2013 SCC 64, [2013] 3 S.C.R. 810;

La question de savoir si une partie à un contrat confidentiel peut déposer une plainte en vertu de l'art. 120.1 constitue une question de droit qui n'appartient pas à l'une des catégories établies de questions auxquelles s'applique la norme de contrôle de la décision correcte. Aucune question de constitutionnalité ou de compétence concurrente entre tribunaux administratifs ne se pose. La question en litige ne revêt pas une importance capitale pour le système juridique dans son ensemble. Enfin, il s'agit d'une question d'interprétation législative et il ne pouvait donc s'agir d'une question touchant véritablement la compétence ou la validité du pouvoir du gouverneur en conseil.

Le gouverneur en conseil a raisonnablement conclu qu'une partie à un contrat confidentiel peut dans certaines circonstances déposer une plainte en vertu de l'art. 120.1. Cette décision est étayée par les faits et par le libellé du par. 120.1(1). La conclusion suivant laquelle l'existence d'un contrat confidentiel n'empêchait pas un expéditeur de demander un examen du caractère raisonnable des frais en vertu du par. 120.1(1) concorde avec les dispositions de la *Loi*, lesquelles n'empêchent pas l'Office d'examiner le caractère raisonnable des frais que contient un tarif applicable à plus d'un expéditeur, que le tarif soit ou non incorporé par renvoi dans un contrat confidentiel. En outre, le gouverneur en conseil pouvait conclure qu'en édictant l'art. 120.1, le législateur entendait offrir une certaine protection aux expéditeurs. En conséquence, sans décider si, dans un cas donné, un contrat confidentiel pourrait priver un expéditeur du recours prévu à l'art. 120.1, il est raisonnable d'affirmer que le fait de laisser aux parties à des contrats confidentiels l'accès au mécanisme des plaintes prévu à l'art. 120.1 serait conforme à cette intention du législateur. L'interprétation de l'art. 120.1 donnée par le gouverneur en conseil était raisonnable.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada*, [1980] 2 R.C.S. 735; *Public Mobile Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2011 CAF 194, [2011] 3 R.C.F. 344; *Colombie-Britannique (Procureur général) c. Canada (Procureur général)*, [1994] 2 R.C.S. 41; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *R. c. Morgentaler*, [1993] 3 R.C.S. 463; *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 53, [2011] 3 R.C.S. 471; *Placer Dome Canada Ltd. c. Ontario (Ministre des Finances)*, 2006 CSC 20, [2006] 1 R.C.S. 715; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Katz Group Canada Inc.*

Catalyst Paper Corp. v. North Cowichan (District), 2012 SCC 2, [2012] 1 S.C.R. 5; *Smith v. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 SCC 7, [2011] 1 S.C.R. 160; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654.

Statutes and Regulations Cited

Broadcasting Act, S.C. 1991, c. 11, s. 28.
Canada Marine Act, S.C. 1998, c. 10, ss. 52(2), 94(3).
Canada Oil and Gas Operations Act, R.S.C. 1985, c. O-7, s. 51.
Canada Transportation Act, S.C. 1996, c. 10, ss. 40, 41, 120.1, 126, 161, 162(1), 165(1), (3).
National Transportation Act, S.C. 1966-67, c. 69.
National Transportation Act, 1987, S.C. 1987, c. 34, s. 120.
Pilotage Act, R.S.C. 1985, c. P-14, s. 35(7).
Railway Act, S.C. 1888, c. 29, s. 11(r).
Railway Act, 1868, S.C. 1868, c. 68, s. 23.
Railway Act, 1903, S.C. 1903, c. 58.
Telecommunications Act, S.C. 1993, c. 38, s. 12.

Authors Cited

Canada. House of Commons. *Debates of the House of Commons of the Dominion of Canada*, vol. LVIII, 3rd Sess., 9th Parl., March 20, 1903, pp. 248 and 259.
 Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. XI, 1st Sess., 27th Parl., January 10, 1967, p. 11630.
 Canada. House of Commons. Standing Committee on Transport, Infrastructure and Communities. *Evidence*, No. 2, 2nd Sess., 39th Parl., November 22, 2007, pp. 1-2.
 Canada. House of Commons. Standing Committee on Transport, Infrastructure and Communities. *Evidence*, No. 3, 2nd Sess., 39th Parl., November 27, 2007, pp. 1-2.
 Canada. Parliamentary Information and Research Service. Legislative Summary LS-569E. "Bill C-8: An Act to Amend the Canada Transportation Act (Railway Transportation)", by David Johansen, Law and Government Division, November 2, 2007, revised June 27, 2008.
 Canada. Transport Canada. *Freedom to Move: The Legislation: Overview of National Transportation Legislation 1986*. Ottawa: Transport Canada, 1986.

c. Ontario (Santé et Soins de longue durée), 2013 CSC 64, [2013] 3 R.C.S. 810; *Catalyst Paper Corp. c. North Cowichan (District)*, 2012 CSC 2, [2012] 1 R.C.S. 5; *Smith c. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 CSC 7, [2011] 1 R.C.S. 160; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654.

Lois et règlements cités

Acte des chemins de fer, S.C. 1888, ch. 29, art. 11r).
Acte des chemins de fer, 1868, S.C. 1868, ch. 68, art. 23.
Acte des chemins de fer, 1903, S.C. 1903, ch. 58.
Loi maritime du Canada, L.C. 1998, ch. 10, art. 52(2), 94(3).
Loi nationale de 1987 sur les transports, L.C. 1987, ch. 34, art. 120.
Loi nationale sur les transports, S.C. 1966-67, ch. 69.
Loi sur la radiodiffusion, L.C. 1991, ch. 11, art. 28.
Loi sur le pilotage, L.R.C. 1985, ch. P-14, art. 35(7).
Loi sur les opérations pétrolières au Canada, L.R.C. 1985, ch. O-7, art. 51.
Loi sur les télécommunications, L.C. 1993, ch. 38, art. 12.
Loi sur les transports au Canada, L.C. 1996, ch. 10, art. 40, 41, 120.1, 126, 161, 162(1), 165(1), (3).

Doctrine et autres documents cités

Canada. Chambre des communes. Comité permanent des transports, de l'infrastructure et des collectivités. *Témoignages*, n° 2, 2^e sess., 39^e lég., 22 novembre 2007, p. 1-2.
 Canada. Chambre des communes. Comité permanent des transports, de l'infrastructure et des collectivités. *Témoignages*, n° 3, 2^e sess., 39^e lég., 27 novembre 2007, p. 1-2.
 Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. XI, 1^{re} sess., 27^e lég., 10 janvier 1967, p. 11630.
 Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes du Canada*, vol. LVIII, 3^e sess., 9^e lég., 20 mars 1903, p. 252 et 262.
 Canada. Service d'information et de recherche parlementaires. Résumé législatif LS-569F. « Projet de loi C-8 : Loi modifiant la Loi sur les transports au Canada (transport ferroviaire) », par David Johansen, Division du droit et du gouvernement, 2 novembre 2007, révisé 27 juin 2008.
 Canada. Transports Canada. *Aller sans entraves : l'étape de la législation : aperçu de la loi nationale sur les transports 1986*. Ottawa : Transports Canada, 1986.

Coyne, H. E. B. *The Railway Law of Canada*. Toronto: Canada Law Book Co., 1947.

Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2008.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (Dawson, Gauthier and Stratas JJ.A.), 2012 FCA 278, 440 N.R. 217, [2012] F.C.J. No. 1438 (QL), 2012 CarswellNat 4527, setting aside a decision of Hughes J., 2011 FC 1201, 398 F.T.R. 218, [2011] F.C.J. No. 1469 (QL), 2011 CarswellNat 4297. Appeal dismissed.

Guy J. Pratte, Nadia Effendi and Éric Harvey, for the appellant.

Peter Southey and Sean Gaudet, for the respondent the Attorney General of Canada.

Forrest C. Hume and Cynthia A. Millar, for the respondents Peace River Coal Inc. and the Canadian Industrial Transportation Association.

The judgment of the Court was delivered by

ROTHSTEIN J. —

I. Overview

[1] In *The Railway Act, 1868*, S.C. 1868, c. 68, the Governor in Council was given the power to approve railway freight rates in Canada. In 1903, the regulation of freight rates devolved to the Board of Railway Commissioners and the role of the Governor in Council changed to that of a reviewing body with the power to vary or rescind decisions of the Board of Railway Commissioners. Section 40 of the *Canada Transportation Act*, S.C. 1996, c. 10 (“CTA”), continues this role for the Governor in Council to vary or rescind any decision or order of the Canadian Transportation Agency (“Agency”).

[2] The questions at issue in this appeal centre on whether the Governor in Council was empowered to vary or rescind a decision of the Agency on a

Coyne, H. E. B. *The Railway Law of Canada*. Toronto : Canada Law Book Co., 1947.

Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed. Markham, Ont. : LexisNexis, 2008.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel fédérale (les juges Dawson, Gauthier et Stratas), 2012 CAF 278, 440 N.R. 217, [2012] A.C.F. n° 1438 (QL), 2012 CarswellNat 5639, qui a infirmé une décision du juge Hughes, 2011 CF 1201, 398 F.T.R. 218, [2011] A.C.F. n° 1469 (QL), 2011 CarswellNat 5850. Pourvoi rejeté.

Guy J. Pratte, Nadia Effendi et Éric Harvey, pour l’appelante.

Peter Southey et Sean Gaudet, pour l’intimé le procureur général du Canada.

Forrest C. Hume et Cynthia A. Millar, pour les intimées Peace River Coal Inc. et l’Association canadienne de transport industriel.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE ROTHSTEIN —

I. Aperçu

[1] L’*Acte des chemins de fer, 1868*, S.C. 1868, ch. 68, conférait au gouverneur en conseil le pouvoir d’approuver les prix du transport des marchandises par voie ferrée au Canada. En 1903, la réglementation des prix du transport des marchandises a été dévolue à la Commission des chemins de fer, et le gouverneur en conseil s’est vu confier un nouveau rôle, celui d’organisme de révision habilité à modifier ou à annuler les décisions de la Commission. L’article 40 de la *Loi sur les transports au Canada*, L.C. 1996, ch. 10 (« Loi »), a maintenu ce rôle du gouverneur en conseil en matière de modification et d’annulation des décisions et arrêtés de l’Office des transports du Canada (« Office »).

[2] Les questions en litige dans le présent pourvoi ont principalement trait au fait de savoir si le gouverneur en conseil est habilité à modifier ou à

point of law. In my respectful opinion, the Governor in Council has such authority.

II. Facts

[3] This appeal concerns a confidential contract between the Canadian National Railway Company (“CN”) and Peace River Coal Inc. (“PRC”). PRC operates a coal loading facility at Trend, British Columbia. The confidential contract, effective for the period from January 1, 2008 to June 30, 2010, was for shipping coal from Trend to Ridley Terminals in Prince Rupert, British Columbia.

[4] The confidential contract incorporated by reference all applicable tariffs, rules and regulations. In particular, it incorporated “Fuel Surcharge Tariff CN 7402 series, supplements thereto or re-issues thereof”, which provided for the addition of a mileage-based fuel surcharge to the base rate CN charged for carriage of freight. The surcharge would be applied when the monthly average price of highway diesel fuel equalled or exceeded a set price called the “strike price”. Tariff 7402 set the strike price at US\$1.25 per gallon. CN and PRC both understood that, during the lifetime of the contract, CN could unilaterally make changes to Tariff 7402. The contract did not provide a mechanism for PRC to challenge any change to the Tariff unilaterally made by CN.

[5] On February 21, 2008, CN advised its customers that, effective April 1, 2008, it would be introducing Tariff 7403, which provided for a strike price of US\$2.30 per gallon. However, Tariff 7402 would remain in effect until the expiration of those contracts to which Tariff 7402 applied.

[6] PRC asked CN to apply Tariff 7403 to PRC’s traffic as of April 1, 2008. CN declined this request.

annuler une décision de l’Office sur un point de droit. À mon humble avis, le gouverneur en conseil a le pouvoir de le faire.

II. Faits

[3] Le présent pourvoi concerne un contrat confidentiel intervenu entre la Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada (« CN ») et Peace River Coal Inc. (« PRC »). PRC exploite une installation de chargement de charbon à Trend, en Colombie-Britannique. Ce contrat, qui a été en vigueur du 1^{er} janvier 2008 au 30 juin 2010, portait sur le transport de charbon par voie ferrée depuis Trend jusqu’à Ridley Terminals à Prince Rupert, en Colombie-Britannique.

[4] Le contrat confidentiel incorporait par renvoi tous les tarifs, les règles et les règlements applicables. En particulier, il incorporait le [TRADUCTION] « Tarif de supplément carburant CN 7402, ses ajouts ou ses rééditions », qui prévoyait l’ajout, au taux de base que facturait le CN pour le transport de marchandises, d’un supplément pour carburant calculé en fonction du millage parcouru. Le supplément carburant serait appliqué lorsque le prix moyen mensuel du carburant diesel pour véhicules routiers serait égal ou supérieur à un prix préétabli appelé le « seuil ». Le tarif 7402 fixait le seuil à 1,25 \$ US le gallon. Le CN et PRC savaient toutes deux que, pendant la durée du contrat, le CN pourrait modifier unilatéralement le tarif 7402. Le contrat ne prévoyait aucun mécanisme permettant à PRC de contester un changement que le CN apporterait unilatéralement à ce tarif.

[5] Le 21 février 2008, le CN a informé ses clients qu’il allait adopter le tarif 7403, avec effet à compter du 1^{er} avril 2008, et que le seuil serait de 2,30 \$ US le gallon. Cependant, le tarif 7402 continuerait à s’appliquer aux contrats conclus au tarif 7402 jusqu’à leur expiration.

[6] PRC a demandé au CN d’appliquer dès le 1^{er} avril 2008 le tarif 7403 aux services de transport qu’elle obtenait, mais le CN a refusé.

[7] On April 22, 2008, PRC applied to the Agency under s. 120.1 of the *CTA* for an order establishing a reasonable fuel surcharge to apply to PRC's traffic. PRC requested that the Agency require CN to vary its charges in Tariff 7402 to reflect the charges in Tariff 7403; that is, that its rates for the movement of its coal from Trend to Ridley Terminals in its confidential contract could not be increased by a fuel surcharge until the strike price of US\$2.30 per gallon was equalled or exceeded.

[8] On motion by CN, the Agency dismissed PRC's application on the ground that PRC was asking the Agency to amend its confidential contract, which the Agency said it did not have the jurisdiction to do. PRC did not seek leave to appeal to the Federal Court of Appeal, despite having the option to do so pursuant to s. 41 of the *CTA*, which provides for a right of appeal, on leave being obtained, on a matter of law or jurisdiction brought within one month of the Agency's decision.

[9] Six months after the Agency's decision, the Canadian Industrial Transportation Association ("CITA"), a trade association representing the interests of shippers, filed a petition with the Governor in Council requesting a variance of the Agency's decision pursuant to s. 40 of the *CTA*. PRC is a member of CITA. CITA asked the Governor in Council to direct the Agency that the confidential contract between PRC and CN does not preclude the Agency from assessing the reasonableness of the fuel surcharge in Tariff 7402. On June 10, 2010, the Governor in Council rescinded the Agency's decision.

III. Relevant Statutory Provisions

[10] The relevant statutory provisions are contained in the Appendix. The statutory provisions most directly at issue in this appeal are ss. 40, 41 and 120.1 of the *CTA*.

[7] Le 22 avril 2008, PRC a demandé à l'Office, en vertu de l'art. 120.1 de la *Loi*, de rendre une ordonnance fixant un supplément carburant raisonnable pour les services de transport qu'elle obtenait du CN. Elle a demandé à l'Office d'obliger le CN à modifier les frais prescrits par le tarif 7402 de façon à les faire correspondre à ceux que prévoyait le tarif 7403, c'est-à-dire d'ordonner que les taux prévus aux termes du contrat confidentiel concernant le transport de son charbon depuis le terminal de Trend jusqu'à Ridley Terminals, ne soient pas assujettis à un supplément carburant avant que le seuil soit égal ou supérieur à 2,30 \$ US le gallon.

[8] Saisi d'une requête du CN, l'Office a rejeté la demande de PRC au motif que cette dernière lui demandait de modifier son contrat confidentiel, ce que l'Office affirmait ne pas avoir le pouvoir de faire. PRC n'a pas demandé l'autorisation d'interjeter appel de cette décision auprès de la Cour d'appel fédérale, même s'il lui était loisible de le faire aux termes de l'art. 41 de la *Loi*, lequel prévoit un droit d'appel, avec l'autorisation de la cour, sur une question de droit ou de compétence à la suite d'une demande présentée dans le mois suivant la date de la décision de l'Office.

[9] Six mois après la décision de l'Office, l'Association canadienne de transport industriel (« ACTI »), une association commerciale représentant les intérêts des expéditeurs, a demandé par voie de requête au gouverneur en conseil de modifier la décision de l'Office en vertu de l'art. 40 de la *Loi*. PRC est membre de l'ACTI. Cette dernière a demandé au gouverneur en conseil d'ordonner à l'Office de considérer que le contrat confidentiel passé entre PRC et le CN n'empêchait pas l'Office de déterminer si le supplément carburant prévu au tarif 7402 était raisonnable. Le 10 juin 2010, le gouverneur en conseil a annulé la décision de l'Office.

III. Dispositions législatives applicables

[10] Les dispositions législatives applicables figurent à l'annexe. Les articles 40, 41 et 120.1 de la *Loi* sont plus directement en cause en l'espèce.

IV. Administrative Decisions

A. *The Decision of the Agency*

[11] CN brought a preliminary motion before the Agency, seeking to dismiss PRC's application on two grounds: (1) the Agency did not have jurisdiction to amend the terms of a confidential contract under s. 120.1 of the *CTA* and (2) the fuel surcharge was part of the rate for the movement of traffic such that s. 120.1(7) would preclude review of the surcharge under s. 120.1 of the *CTA*.

[12] The Agency found that PRC was seeking to have the fuel surcharge provided for in the contract changed to reflect a different fuel surcharge.

[13] Citing certainty and predictability of contract, the Agency found that the parties were bound by the contract and that it had no jurisdiction to change the terms of a contract under s. 120.1. The Agency did not find it necessary to go on to consider whether the fuel surcharge forms part of the rate for the movement of traffic within the meaning of s. 120.1(7). The Agency dismissed PRC's application.

B. *The Decision of the Governor in Council*

[14] The Governor in Council rescinded the Agency's decision. The Order in Council, P.C. 2010-749, stated that s. 120.1 of the *CTA* is a complaint-based regulatory remedy against unreasonable charges for the movement of traffic imposed by a railway company. Section 120.1 is aimed at benefiting all shippers subject to the charges in the challenged tariff rather than only benefiting the complainant. The complaint filed by PRC was for the benefit of all shippers subject to the charge contained in Tariff 7402, which applies to more than one shipper.

[15] The Order in Council stated that the Governor in Council was of the opinion that, while the existence and terms and conditions of a confidential contract are relevant to whether PRC will benefit from an order made by the Agency under s. 120.1,

IV. Décisions administratives

A. *Décision de l'Office*

[11] Le CN a présenté à l'Office une requête préliminaire visant à faire rejeter la demande de PRC pour deux motifs : (1) l'Office n'était pas compétent pour modifier les modalités d'un contrat confidentiel en vertu de l'art. 120.1 de la *Loi*; (2) le supplément carburant faisait partie du prix relatif au transport, de sorte que le par. 120.1(7) empêchait que le supplément soit révisé en vertu de l'art. 120.1 de la *Loi*.

[12] L'Office a conclu que PRC demandait que le supplément carburant prévu au contrat soit modifié pour qu'il corresponde à un supplément carburant différent.

[13] Invoquant la certitude et la prévisibilité des contrats, l'Office a conclu que les parties étaient liées par le contrat et qu'il n'avait pas compétence pour modifier les modalités du contrat en vertu de l'art. 120.1. Il n'a pas jugé nécessaire d'examiner la question de savoir si le supplément carburant faisait partie du prix relatif au transport au sens du par. 120.1(7) et il a rejeté la demande de PRC.

B. *Décision du gouverneur en conseil*

[14] Le gouverneur en conseil a annulé la décision de l'Office. Le décret C.P. 2010-749 précisait que l'art. 120.1 de la *Loi* prévoit un recours administratif par voie de plainte à l'encontre des frais de transport déraisonnables appliqués par une compagnie de chemin de fer. L'article 120.1 est censé bénéficier non pas seulement au plaignant mais également à l'ensemble des expéditeurs assujettis aux frais prévus dans le tarif contesté. La plainte déposée par PRC avait été présentée dans l'intérêt de tous les expéditeurs assujettis aux frais prévus par le tarif 7402, lequel s'applique à plus d'un expéditeur.

[15] Selon le décret, le gouverneur en conseil estimait que, même si l'existence et les modalités d'un contrat confidentiel avaient une incidence sur la question de savoir si PRC profiterait d'une ordonnance de l'Office rendue en vertu de l'art. 120.1, ce

the confidential contract had no bearing on the reasonableness of a charge in a tariff that applies to more than one shipper and is not a tariff referred to in s. 165(3) of the *CTA*.

V. Judicial History

A. *Federal Court of Canada, 2011 FC 1201, 398 F.T.R. 218*

[16] CN sought judicial review of the Governor in Council's decision. Hughes J. set aside the Order of the Governor in Council and restored the Agency's decision. Hughes J. characterized the issue before the Governor in Council as one of "pure jurisdiction" as it centred on the Agency's jurisdiction over PRC's application and determined that the applicable standard of review was correctness (para. 68).

[17] Hughes J. found that PRC was seeking to have the fuel surcharge in the contract changed to reflect a different fuel surcharge. He also held that Tariff 7402 was part of the "rate" for the movement of traffic and was therefore exempt from review by the Agency on the basis of s. 120.1(7). The Agency had no power to vary a contract entered into by the parties and did not have jurisdiction to review rates which are covered by the s. 120.1(7) exemption. Although the Governor in Council has the authority to determine questions of law and jurisdiction, the decision of the Governor in Council to rescind the Agency's decision was incorrect.

B. *Federal Court of Appeal, 2012 FCA 278, 440 N.R. 217*

[18] The Federal Court of Appeal set aside the judgment of the Federal Court and dismissed CN's application for judicial review of the Governor in Council's decision.

[19] Applying a reasonableness standard, Dawson J.A. held that the decision of the Governor in Council was reasonable. She determined that "[t]he effect of the Governor in Council's decision was to impugn the Agency's factual determination that

contrat confidentiel n'avait aucune incidence sur le caractère raisonnable des frais prévus par un tarif qui est applicable à plus d'un expéditeur et qui n'est pas un tarif mentionné au par. 165(3) de la *Loi*.

V. Historique judiciaire

A. *Cour fédérale du Canada, 2011 CF 1201 (CanLII)*

[16] Le CN a demandé le contrôle judiciaire de la décision du gouverneur en conseil. Le juge Hughes a annulé le décret du gouverneur en conseil et rétabli la décision de l'Office. Le juge a qualifié la question soumise au gouverneur en conseil de question touchant « véritablement à la compétence » car elle était axée sur la compétence de l'Office à l'égard de la demande de PRC, et il a conclu que la norme de contrôle applicable était celle de la décision correcte (par. 68).

[17] Le juge Hughes a estimé que PRC cherchait à faire modifier le supplément carburant prévu au contrat pour qu'il corresponde à un supplément différent. Il a aussi décidé que le tarif 7402 faisait partie du « prix » relatif au transport et que, aux termes du par. 120.1(7), l'Office ne pouvait donc pas l'examiner. L'Office n'avait pas le pouvoir de modifier un contrat passé entre les parties et n'avait pas compétence pour réviser des prix auxquels s'applique l'exemption prévue au par. 120.1(7). Même si le gouverneur en conseil était habilité à trancher des questions de droit et de compétence, sa décision d'annuler la décision de l'Office était mal fondée.

B. *Cour d'appel fédérale, 2012 CAF 278 (CanLII)*

[18] La Cour d'appel fédérale a infirmé le jugement de la Cour fédérale et a rejeté la demande de contrôle judiciaire de la décision du gouverneur en conseil présentée par le CN.

[19] Appliquant la norme du caractère raisonnable, la juge Dawson a conclu que la décision du gouverneur en conseil était raisonnable. Elle a estimé que cette « décision du gouverneur en conseil a[vait] eu pour effet d'infirmé la conclusion de fait de l'Office

[PRC]’s application sought ‘an order requiring new fuel surcharge rates to apply to the confidential contract . . .’” (para. 43). The Governor in Council substituted its own view, which was that PRC’s application was for the benefit of all shippers. Dawson J.A. held that the characterization by the Governor in Council of the nature of PRC’s application to the Agency was a question of fact that carried a policy component. Accordingly, it was not necessary for the Federal Court of Appeal to consider whether the Governor in Council is a proper forum for determining questions of law and jurisdiction.

[20] Dawson J.A. concluded that the specific remedy sought, together with the fact that s. 120.1 is “‘aimed at benefiting all shippers subject to the . . . challenged tariff’” provided a basis upon which the Governor in Council could reasonably conclude that [PRC]’s application ‘was for the benefit of all shippers subject to the alleged charge’” (para. 50). She held that the Governor in Council’s decision was supported by the evidence and fell within a range of outcomes defensible in respect of the facts and law. The decision was therefore reasonable. In addition, as the Agency declined to decide whether the fuel surcharge was part of the rate for the movement of traffic within the meaning of s. 120.1(7), the Federal Court judge sitting on judicial review erred by determining this issue, which remained a live issue before the Agency. The s. 120.1(7) issue was not a proper basis for setting aside the decision of the Governor in Council. Making the judgment that the Federal Court ought to have pronounced, the Federal Court of Appeal dismissed CN’s application for judicial review.

VI. Issues

[21] This appeal raises four issues:

- (1) What was the nature of the question answered by the Governor in Council in this case?
- (2) What is the scope of the Governor in Council’s authority under s. 40 of the *CTA*?

selon laquelle [PRC] visait par sa plainte à obtenir “une ordonnance exigeant l’application de nouveaux suppléments pour le carburant au contrat . . .” » (par. 43). Le gouverneur en conseil avait, selon elle, substitué sa propre opinion à celle de l’Office en estimant que PRC avait déposé sa plainte dans l’intérêt de tous les expéditeurs. La juge Dawson a conclu que la manière dont le gouverneur en conseil avait caractérisé la nature de la demande de PRC à l’Office était une question de fait qui comportait un élément de politique. Il n’était donc pas nécessaire que la Cour d’appel fédérale détermine si le gouverneur en conseil avait compétence pour trancher des questions de droit et de compétence.

[20] La juge Dawson a conclu que, en raison de la réparation précise demandée et du fait que l’art. 120.1 « “doit profiter à tous les expéditeurs assujettis [au] tarif contesté”, le gouverneur en conseil était fondé à conclure [raisonnablement] que la plainte de [PRC] visait “l’intérêt de tous les expéditeurs assujettis aux frais allégués” » (par. 50). Elle a estimé que la décision du gouverneur en conseil était étayée par la preuve et appartenait aux issues pouvant se justifier au regard des faits et du droit. Cette décision était donc raisonnable. En outre, comme l’Office avait refusé de décider si le supplément carburant faisait partie du prix relatif au transport au sens du par. 120.1(7), le juge de la Cour fédérale saisi de la demande de contrôle judiciaire avait commis une erreur en tranchant cette question, dont l’Office demeurait encore saisi. La question relative au par. 120.1(7) n’était pas un motif valable permettant d’annuler la décision du gouverneur en conseil. Rendant le jugement que la Cour fédérale aurait dû rendre, la Cour d’appel fédérale a rejeté la demande de contrôle judiciaire du CN.

VI. Questions en litige

[21] Le présent pourvoi soulève quatre questions :

- (1) Quelle est la nature de la question à laquelle le gouverneur en conseil a répondu en l’espèce?
- (2) Quelle est l’étendue du pouvoir que l’art. 40 de la *Loi* confère au gouverneur en conseil?

(3) What is the applicable standard of review?

(3) Quelle est la norme de contrôle applicable?

(4) Does the Governor in Council's decision withstand judicial review?

(4) La décision du gouverneur en conseil résiste-t-elle à un contrôle judiciaire?

VII. Background to the Regulatory Scheme

VII. Contexte du régime de réglementation

A. *Section 120.1 of the CTA*

A. *L'article 120.1 de la Loi*

[22] Section 120.1 was added to the legislation following a 2001 statutory review of the *CTA* and as part of amendments aimed at updating the legislative framework (Parliamentary Information and Research Service, Legislative Summary LS-569E, "Bill C-8: An Act to Amend the Canada Transportation Act (Railway Transportation)", revised June 27, 2008, at p. 1). Shippers had expressed concerns about incidental or ancillary charges, applied over and above freight rates for the movement of traffic. Examples of such charges include those imposed for cleaning cars, storing cars, weighing product and demurrage, a charge imposed for taking longer than the permitted free time to load or unload a car. Unlike rates for the movement of traffic from origin to destination, which may be challenged through final offer arbitration, shippers had limited recourse to challenge incidental or ancillary charges established unilaterally by the railway companies (Standing Committee on Transport, Infrastructure and Communities, *Evidence*, No. 2, 2nd Sess., 39th Parl., November 22, 2007, at p. 2).

[22] L'article 120.1 a été ajouté à la suite d'un examen législatif de la *Loi* effectué en 2001 et dans le cadre de modifications visant à mettre à jour le cadre législatif (Service d'information et de recherche parlementaires, Résumé législatif LS-569F, « Projet de loi C-8 : Loi modifiant la Loi sur les transports au Canada (transport ferroviaire) », révisé au 27 juin 2008, p. 1). Les expéditeurs avaient exprimé des préoccupations à propos de l'application de frais connexes ou accessoires s'ajoutant aux prix relatifs au transport de marchandises. Parmi ces frais figuraient, par exemple, ceux que l'on exige pour le nettoyage ou le remisage des wagons et la pesée des produits, ainsi que les frais de stationnement, que l'on exige lorsqu'il faut plus de temps que le délai de séjour autorisé pour charger ou décharger un wagon. Contrairement à ce qui existait dans le cas des frais relatifs au transport entre le point d'origine et celui de destination, lesquels peuvent être contestés par voie d'arbitrage, les expéditeurs disposaient de peu de recours pour contester les frais connexes ou accessoires que fixaient unilatéralement les compagnies de chemin de fer (Comité permanent des transports, de l'infrastructure et des collectivités, *Témoignages*, n° 2, 2^e sess., 39^e lég., 22 novembre 2007, p. 2).

[23] The amendments came as part of a move towards partial re-regulation in the rail sector after two decades of deregulation. Beginning with legislative reform in 1987 and continuing with further amendments in 1996, the goals of deregulation were to increase efficiency and improve service in the rail industry in Canada (Standing Committee on Transport, Infrastructure and Communities, *Evidence*, No. 3, 2nd Sess., 39th Parl., November 27, 2007, at pp. 1-2). Although deregulation was seen to achieve these aims, rail services were and are not

[23] Les modifications s'inscrivaient dans la foulée d'un retour partiel vers la réglementation dans le secteur ferroviaire après deux décennies de déréglementation. La déréglementation, qui avait dans un premier temps donné lieu à une réforme législative en 1987 pour se poursuivre par d'autres modifications en 1996, avait pour objectifs d'accroître l'efficacité et d'améliorer les services au sein de l'industrie ferroviaire au Canada (Comité permanent des transports, de l'infrastructure et des collectivités, *Témoignages*, n° 3, 2^e sess., 39^e lég., 27 novembre

provided in a perfectly competitive marketplace. In certain circumstances, the railway companies were seen to have superior market power to shippers. This superior market power of the railway companies, combined with the complaints of shippers over railway service and rates, led to Parliament's efforts to respond to these concerns (Standing Committee on Transport, Infrastructure and Communities, November 22, 2007, at p. 1). As the Honourable Lawrence Cannon, Minister of Transport, Infrastructure and Communities explained: "I believe the time has come to rebalance the legislative framework in favour of shippers" (*ibid.*, at p. 2).

[24] In the context of this "rebalancing" in favour of shippers, s. 120.1 was introduced to provide a new remedy for shippers who are subject to unreasonable charges or associated terms and conditions for the movement of traffic or for the provision of incidental services that are found in a tariff that applies to more than one shipper, other than a tariff resulting from a decision of an arbitrator in a final offer arbitration. It provides that, if, on complaint in writing to the Agency, the Agency finds that the charges or associated terms and conditions are unreasonable, the Agency may establish new charges or associated terms and conditions. Under s. 120.1(7), this complaint-based remedy does not apply to rates for the movement of traffic from origin to destination.

B. *Confidential Contracts*

[25] Under s. 126 of the *CTA*, carriers and shippers may enter into confidential contracts. A confidential contract may pertain to the rates to be charged by the railway company to the shipper, reductions or allowances pertaining to rates in tariffs, rebates or allowances pertaining to rates in tariffs or confidential contracts, any conditions relating to the traffic to be moved by the railway company

2007, p. 1-2). Même si l'on considérait que la déréglementation permettait d'atteindre ces objectifs, les services ferroviaires n'étaient pas — et ne sont pas — fournis dans un marché parfaitement concurrentiel. Dans certaines circonstances, on considérait que les compagnies de chemin de fer avaient une puissance commerciale supérieure à celle des expéditeurs. Cette puissance commerciale supérieure des compagnies de chemin de fer, conjuguée aux plaintes des expéditeurs à l'égard des services et des prix du secteur ferroviaire, a amené le Parlement à répondre à ces préoccupations (Comité permanent des transports, de l'infrastructure et des collectivités, 22 novembre 2007, p. 1). Comme l'a expliqué l'honorable Lawrence Cannon, ministre des Transports, de l'Infrastructure et des Collectivités : « [j]e crois que le moment est venu de rééquilibrer le cadre législatif au profit des expéditeurs » (*ibid.*, p. 2).

[24] Dans le contexte de ce « rééquilibrage » en faveur des expéditeurs, l'art. 120.1 a été introduit afin d'offrir un nouveau recours aux expéditeurs à qui sont appliqués, pour le transport ou la prestation de services connexes, des frais ou des conditions afférentes déraisonnables qui figurent dans un tarif applicable à plus d'un expéditeur, exception faite d'un tarif découlant d'une décision rendue par un arbitre dans le cadre d'un arbitrage. Cet article prévoit que si, à la suite du dépôt d'une plainte, l'Office estime que ces frais ou ces conditions sont déraisonnables, il peut fixer de nouveaux frais ou de nouvelles conditions. Aux termes du par. 120.1(7), ce recours ne s'applique pas aux prix relatifs au transport entre le point d'origine et le point de destination.

B. *Les contrats confidentiels*

[25] Aux termes de l'art. 126 de la *Loi*, les transporteurs et les expéditeurs peuvent conclure des contrats confidentiels. Les contrats de cette nature peuvent porter sur les prix exigés de l'expéditeur par la compagnie ferroviaire, les baisses de prix, ou les allocations afférentes à ceux-ci, qui sont indiquées dans les tarifs établis, les rabais sur les prix, ou les allocations afférentes à ceux-ci, qui sont établis dans

and the manner in which the railway company shall fulfill its service obligations.

[26] Confidential contracts were introduced in 1987 amendments to railway legislation (*National Transportation Act, 1987*, S.C. 1987, c. 34, s. 120). Parliament provided for confidential contracts in order to promote flexibility in negotiations between railway companies and shippers for rates and services (*Freedom to Move: The Legislation: Overview of National Transportation Legislation 1986* (1986), at p. 8). Confidential contracts provide an alternative to the historic requirement that a railway company could only charge a rate in respect of the movement of traffic if the rate was set out in a tariff that had been issued and published by the railway company.

[27] Where a rate is not contained in a confidential contract, typically when a confidential contract expires, a shipper dissatisfied with the rate proposed by the railway company may submit the matter to the Agency for final offer arbitration (*CTA*, s. 161). The Agency itself does not conduct the final offer arbitration. Rather, if the parties do not agree upon the arbitrator or if no arbitrator is chosen, the arbitrator will be appointed by the Agency (*CTA*, s. 162(1)(a)). However, a party to a confidential contract cannot submit a matter governed by the confidential contract to the Agency for final offer arbitration unless the parties consent (*CTA*, s. 126(2)).

[28] As the evidence in this case established, it is common railway industry practice to include a term in confidential contracts which incorporates by reference all of the railway's tariffs covering ancillary and incidental charges (CITA petition, at para. 27, cited in Federal Court of Appeal reasons, at para. 38).

les tarifs ou dans les contrats confidentiels, les conditions relatives au transport à effectuer par la compagnie de chemin de fer, de même que les moyens pris par cette dernière pour s'acquitter de ses obligations en matière de services.

[26] Les contrats confidentiels ont été introduits dans les modifications apportées en 1987 aux dispositions législatives concernant le transport ferroviaire (*Loi nationale de 1987 sur les transports*, L.C. 1987, ch. 34, art. 120). Le législateur a prévu cette mesure afin de donner plus de souplesse aux négociations menées entre les compagnies de chemin de fer et les expéditeurs au sujet des prix et des services (*Aller sans entraves : l'étape de la législation : aperçu de la loi nationale sur les transports 1986* (1986), p. 8). Les contrats confidentiels offrent une solution de rechange à l'exigence historique selon laquelle une compagnie de chemin de fer ne pouvait facturer un prix relatif au transport que si ce prix était fixé dans un tarif établi et publié par cette compagnie.

[27] Lorsqu'un prix ne figure pas dans un contrat confidentiel, habituellement à l'expiration d'un tel contrat, l'expéditeur insatisfait du prix proposé par la compagnie de chemin de fer peut soumettre la question à l'Office en vue d'un arbitrage (art. 161 de la *Loi*). Ce n'est pas l'Office lui-même qui mène l'arbitrage. Mais si les parties ne s'entendent pas sur un arbitre ou si aucun arbitre n'est choisi, c'est l'Office qui le choisit (al. 162(1)a) de la *Loi*). Toutefois, une partie à un contrat confidentiel ne peut soumettre à l'Office pour arbitrage une question régie par le contrat confidentiel que si les parties y consentent (par. 126(2) de la *Loi*).

[28] Comme l'a établi la preuve produite en l'espèce, il est d'usage dans l'industrie du transport ferroviaire d'inclure dans un contrat confidentiel une clause qui incorpore par renvoi la totalité des tarifs de la compagnie de chemin de fer qui visent les frais connexes et accessoires (requête de l'ACTI, par. 27, citée dans les motifs de la Cour d'appel fédérale, par. 38).

VIII. Analysis

A. *The Nature of the Question Answered by the Governor in Council*

[29] The Governor in Council rescinded the Agency's decision. PRC argues, and the Federal Court of Appeal found, that the issue before the Governor in Council was predominantly fact-based and, in addition, carried a policy component. PRC submits that the Agency mischaracterized its application as it was not in fact seeking to have the Agency amend the terms of its confidential contract. Rather, PRC alleges that a finding by the Agency that the fuel surcharge in Tariff 7402 is unreasonable could result in an order from the Agency requiring CN to vary the fuel surcharge, such that a higher strike price would apply to shippers subject to Tariff 7402, including PRC. As I understand it, PRC's position is that, because the confidential contract states that fuel surcharges would be subject to supplements or reissuances of Tariff 7402, any variance of the fuel surcharge would be incorporated by reference into the confidential contract by reason of the issuance of a supplement to or reissuance of Tariff 7402, without constituting an amendment to the contract. Accordingly, the Agency mischaracterized PRC's application and the Governor in Council simply disagreed with the Agency in this regard — a question of fact that it says carried a policy component in light of the purpose of s. 120.1.

[30] The Order in Council contained two key findings. First, the Governor in Council found that PRC's complaint was for the benefit of all shippers subject to the fuel surcharge contained in Tariff 7402. Tariff 7402 applied to more than one shipper and was not a tariff referred to in s. 165(3) of the *CTA* (a tariff resulting from a decision of a final offer arbitrator). As these are the statutory conditions for bringing a complaint, PRC's application met the requirements of s. 120.1 of the *CTA*.

VIII. Analyse

A. *Nature de la question à laquelle le gouverneur en conseil a répondu*

[29] Le gouverneur en conseil a annulé la décision de l'Office. PRC fait valoir — et la Cour d'appel fédérale a conclu — que la question soumise au gouverneur en conseil était de nature essentiellement factuelle et qu'elle comportait aussi un élément de politique. PRC soutient que l'Office a mal interprété sa demande, car elle ne cherchait pas en fait à faire modifier les conditions de son contrat confidentiel. PRC allègue plutôt qu'une conclusion de l'Office selon laquelle le supplément carburant que prescrit le tarif 7402 est déraisonnable pourrait donner lieu à une ordonnance par laquelle l'Office obligerait le CN à modifier le supplément carburant, de sorte que les expéditeurs assujettis au tarif 7402 — et PRC en fait partie — seraient assujettis à un seuil supérieur. Si j'ai bien compris, PRC adopte cette position parce que le contrat confidentiel stipule que, comme les suppléments carburant feraient l'objet d'ajouts au tarif 7402 ou de rééditions de ce dernier, tout changement apporté au supplément carburant serait incorporé par renvoi au contrat confidentiel en raison de la publication d'un tel ajout ou d'une telle réédition, sans que cela constitue une modification au contrat. De ce fait, l'Office a mal interprété la demande de PRC et le gouverneur en conseil a simplement exprimé son désaccord avec l'Office à cet égard — une question de fait qui, dit-elle, comportait un élément de politique à la lumière de l'objet de l'art. 120.1.

[30] Le décret contenait deux conclusions clés. Premièrement, le gouverneur en conseil a conclu que la plainte de PRC était dans l'intérêt de tous les expéditeurs assujettis au supplément carburant contenu dans le tarif 7402. Ce tarif s'appliquait à plus d'un expéditeur et n'était pas visé au par. 165(3) de la *Loi* (un tarif découlant d'une décision d'un arbitre). Étant donné qu'il s'agit là des conditions que prévoit la *Loi* pour le dépôt d'une plainte, la demande de PRC satisfaisait aux exigences de l'art. 120.1 de la *Loi*.

[31] Second, the Governor in Council stated that while the existence of a confidential contract between a railway company and a complainant and the terms and conditions of such contract are relevant to the question of whether the complainant will benefit from any order made by the Agency under that section, a confidential contract has no bearing on the reasonableness of the charge that is found in a tariff that applies to more than one shipper.

[32] Having regard to these two findings, the Governor in Council determined that the Agency can hear a complaint brought by a party to a confidential contract under s. 120.1. The necessary implication of the Governor in Council's key findings is that, where an applicant meets the statutory requirements of s. 120.1(1), the Agency must consider the reasonableness of the charge, notwithstanding the existence of a confidential contract. The decision therefore held that a confidential contract is not an impediment to a shipper's ability to bring a complaint under s. 120.1 about charges in a tariff that applies to more than one shipper. This decision was a matter of statutory interpretation.

[33] An issue of statutory interpretation is a question of law. In the present case, policy considerations that are at the heart of the complaint mechanism underlie the question of whether a party to a confidential contract can bring a complaint under s. 120.1. These policy considerations include the market power of a railway company in some circumstances and the relatively weaker position of shippers in those circumstances. These policy considerations may be at the root of the Governor in Council's interest in the statutory interpretation issue. However, although there may be policy considerations underlying the question at issue, that does not transform the nature of the question to one of policy or fact. The question of whether a party to a confidential contract can bring a complaint under s. 120.1 is one of law.

[31] Deuxièmement, le gouverneur en conseil a décidé que, même si l'existence et les conditions d'un contrat confidentiel entre une compagnie de chemin de fer et un plaignant sont pertinentes pour déterminer si le plaignant profitera d'une ordonnance que rend l'Office en vertu de cette disposition, un contrat de cette nature n'a aucune incidence sur le caractère raisonnable des frais figurant dans un tarif applicable à plus d'un expéditeur.

[32] Compte tenu de ces deux conclusions, le gouverneur en conseil a décidé que l'Office pouvait instruire la plainte déposée par une partie à un contrat confidentiel en vertu de l'art. 120.1. Les conclusions clés du gouverneur en conseil impliquent forcément que, lorsqu'un demandeur satisfait aux exigences du par. 120.1(1), l'Office est tenu de décider si les frais sont raisonnables, indépendamment de l'existence d'un contrat confidentiel. La décision concluait donc que l'existence d'un contrat confidentiel ne fait pas obstacle à la capacité d'un expéditeur de déposer une plainte en vertu de l'art. 120.1 à propos des frais prévus par un tarif qui s'applique à plus d'un expéditeur. Cette décision constituait une question d'interprétation législative.

[33] Une question d'interprétation législative est une question de droit. En l'espèce, des questions de politique qui se situent au cœur même du mécanisme de plaintes sous-tendent la question de savoir si une partie à un contrat confidentiel peut déposer une plainte en vertu de l'art. 120.1. Ces questions de politique comprennent la puissance commerciale d'une compagnie de chemin de fer dans certaines circonstances, de même que la position relativement plus faible des expéditeurs dans ces mêmes circonstances. Ces questions de politique sont peut-être à l'origine de l'intérêt que porte le gouverneur en conseil à la question de l'interprétation législative. Cependant, même s'il se peut que des questions de politique sous-tendent la question en litige, cela ne transforme pas cette dernière en une question de politique ou de fait. La question de savoir si une partie à un contrat confidentiel peut déposer une plainte en vertu de l'art. 120.1 est une question de droit.

B. *The Scope of the Governor in Council's Authority Under Section 40 of the CTA*

[34] That the Governor in Council answered a question of law in this case raises the issue of whether the Governor in Council has the authority to do so. CN argues that s. 40 of the *CTA* does not confer authority on the Governor in Council to determine matters of law or jurisdiction. Rather, questions of law or jurisdiction must be appealed to the Federal Court of Appeal pursuant to s. 41 of the *CTA*. The Governor in Council only has authority to determine questions of fact and policy. With respect, I cannot agree.

[35] For ease of reference, I produce the text of ss. 40 and 41(1) here:

40. The Governor in Council may, at any time, in the discretion of the Governor in Council, either on petition of a party or an interested person or of the Governor in Council's own motion, vary or rescind any decision, order, rule or regulation of the Agency, whether the decision or order is made *inter partes* or otherwise, and whether the rule or regulation is general or limited in its scope and application, and any order that the Governor in Council may make to do so is binding on the Agency and on all parties.

41. (1) An appeal lies from the Agency to the Federal Court of Appeal on a question of law or a question of jurisdiction on leave to appeal being obtained from that Court on application made within one month after the date of the decision, order, rule or regulation being appealed from, or within any further time that a judge of that Court under special circumstances allows, and on notice to the parties and the Agency, and on hearing those of them that appear and desire to be heard.

[36] The basic rule of statutory interpretation is that “the words of an Act are to be read in their entire context, in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament”: R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (5th ed. 2008), at p. 1, citing E. A. Driedger, *The Construction of Statutes* (1974), at p. 67.

[37] Section 40 does not contain any express limitations on the Governor in Council's authority.

B. *Portée des pouvoirs que l'art. 40 de la Loi confère au gouverneur en conseil*

[34] Le fait que le gouverneur en conseil ait tranché une question de droit en l'espèce soulève la question de savoir s'il était habilité à le faire. Le CN plaide que l'art. 40 de la *Loi* ne confère pas au gouverneur en conseil le pouvoir de trancher des questions de droit ou de compétence. Celles-ci doivent plutôt faire l'objet d'un appel auprès de la Cour d'appel fédérale aux termes de l'art. 41 de la *Loi*. Le gouverneur en conseil n'a le pouvoir de trancher que des questions de fait et de politique. En toute déférence, je ne puis être d'accord.

[35] Par souci de commodité, je reproduis ici le texte de l'art. 40 et du par. 41(1) :

40. Le gouverneur en conseil peut modifier ou annuler les décisions, arrêtés, règles ou règlements de l'Office soit à la requête d'une partie ou d'un intéressé, soit de sa propre initiative; il importe peu que ces décisions ou arrêtés aient été pris en présence des parties ou non et que les règles ou règlements soient d'application générale ou particulière. Les décrets du gouverneur en conseil en cette matière lient l'Office et toutes les parties.

41. (1) Tout acte — décision, arrêté, règle ou règlement — de l'Office est susceptible d'appel devant la Cour d'appel fédérale sur une question de droit ou de compétence, avec l'autorisation de la cour sur demande présentée dans le mois suivant la date de l'acte ou dans le délai supérieur accordé par un juge de la cour en des circonstances spéciales, après notification aux parties et à l'Office et audition de ceux d'entre eux qui comparaissent et désirent être entendus.

[36] Selon la règle fondamentale d'interprétation législative, [TRADUCTION] « il faut lire les termes d'une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'économie de la loi, son objet et l'intention du législateur » (R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (5^e éd. 2008), p. 1, citant E. A. Driedger, *The Construction of Statutes* (1974), p. 67).

[37] L'article 40 ne comporte aucune restriction expresse aux pouvoirs du gouverneur en conseil.

Unlike s. 41, which places a number of restrictions on the right of appeal to the Federal Court of Appeal, s. 40 states that the Governor in Council may at any time vary or rescind *any* decision, order, rule or regulation of the Agency on petition of a party or an interested person, or even on the Governor in Council's own motion. There is no language in the provision that suggests the Governor in Council's authority is in any way circumscribed, nor is the Governor in Council's authority restricted to answering issues of fact or policy.

[38] In *Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada*, [1980] 2 S.C.R. 735, this Court described s. 64 of the *National Transportation Act*, the predecessor provision to the current s. 40, as providing for an “unlimited or unconditional” right to petition the Governor in Council, a “quite different” avenue of review from the right of appeal on questions of law or jurisdiction to the Federal Court of Appeal (p. 745). Section 64 was substantially the same as the current s. 40.

[39] As Estey J. explained, “[t]here can be found in s. 64 nothing to qualify the freedom of action of the Governor in Council, or indeed any guidelines, procedural or substantive, for the exercise of its functions under subs. (1)” (p. 745). (Although Estey J.'s conclusion, at p. 759, that the trappings of procedural fairness could not be implied into the provision may not represent the current view of how natural justice operates in an administrative context, the issue of procedural fairness owed by the Governor in Council is not before this Court.) Of course, the Governor in Council is “constrained by statute” and cannot, in the course of exercising its authority under s. 40, enact or change a law of Parliament (*Public Mobile Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2011 FCA 194, [2011] 3 F.C.R. 344, at para. 29; see *Inuit Tapirisat*, at p. 752).

[40] For the purposes of this appeal, it remains the case that the only inherent limitation is that the

Contrairement à l'art. 41, qui impose un certain nombre de restrictions au droit d'interjeter appel à la Cour d'appel fédérale, l'art. 40 prévoit que le gouverneur en conseil peut en tout temps modifier ou annuler les décisions, arrêtés, règles ou règlements de l'Office, *quels qu'ils soient*, à la requête d'une partie ou d'un intéressé et même de sa propre initiative. Rien dans la disposition ne donne à penser que les pouvoirs du gouverneur en conseil sont circonscrits de quelque manière, ni que ces pouvoirs se limitent à répondre à des questions de fait ou de politique.

[38] Dans l'arrêt *Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada*, [1980] 2 R.C.S. 735, notre Cour a expliqué que l'art. 64 de la *Loi nationale sur les transports* — la disposition ayant précédé l'art. 40 actuel — prévoyait un droit « illimité ou inconditionnel » de présenter une requête au gouverneur en conseil, ce qui constitue une voie de révision « très différente » du droit de porter en appel des questions de droit ou de compétence devant la Cour d'appel fédérale (p. 745). Le texte de l'art. 64 était essentiellement le même que celui de l'art. 40 actuel.

[39] Ainsi que l'a expliqué le juge Estey : « Rien dans l'art. 64 ne restreint la liberté d'action du gouverneur en conseil, il ne formule même pas de principe, de fond ou de procédure, concernant l'exercice de ses fonctions en vertu du par. (1) » (p. 745). (Même si la conclusion du juge Estey, à la p. 759, à savoir que l'on ne peut justifier l'introduction dans la disposition des exigences en matière d'équité procédurale, ne représente peut-être pas la manière actuelle dont on considère l'application de la justice naturelle dans un contexte administratif, notre Cour n'est pas saisie de la question de l'équité procédurale dont le gouverneur en conseil doit faire preuve.) Bien sûr, le gouverneur en conseil est « limité par la loi » et ne peut, dans l'exercice des pouvoirs que lui confère l'art. 40, édicter ou modifier une loi du Parlement (*Public Mobile Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2011 CAF 194, [2011] 3 R.C.F. 344, par. 29; voir *Inuit Tapirisat*, p. 752).

[40] Pour les besoins du présent pourvoi, la seule limite inhérente est que le gouverneur en conseil

Governor in Council is not empowered to address issues arising under the *CTA ab initio*: “Cabinet’s authority is restricted to matters already dealt with by the Commission, and such matters must be orders, decisions, rules or regulations . . .” (*British Columbia (Attorney General) v. Canada (Attorney General)*, [1994] 2 S.C.R. 41, at p. 119, citing B. S. Romaniuk and H. N. Janisch, “Competition in Telecommunications: Who Polices the Transition?” (1986), 18 *Ottawa L. Rev.* 561, at p. 628). In this sense, the Governor in Council does not have any substantive law-making capacity by virtue of s. 40; however, this restriction does not mean that questions of law are excluded from the scope of the Governor in Council’s authority on review of Agency decisions.

[41] By contrast, where Parliament intended to circumscribe an avenue of review, it did so expressly. Section 41, for example, places a number of restrictions on the right to appeal a decision of the Agency to the Federal Court of Appeal: appeals under s. 41 are limited to questions of law or jurisdiction, leave to appeal must be obtained and the application for leave must be made within one month of the date of the decision, order, rule or regulation being appealed from, unless there are special circumstances which justify extending the time limit. The limitations contained in s. 41 provide strong indication that Parliament directed its attention to the issue of restrictions on the avenues of review and included intended limitations expressly.

[42] Unlike s. 40 of the *CTA*, Parliament has expressly limited the scope of the Governor in Council’s authority under other legislation. The *Broadcasting Act*, S.C. 1991, c. 11, empowers the Governor in Council to set aside or refer back decisions made by the Canadian Radio-television and Telecommunications Commission only if the Governor in Council is “satisfied that the decision derogates from the attainment of the objectives of the broadcasting policy set out in subsection 3(1)” of the legislation (s. 28(1)). This kind of limitation is not found in s. 40 of the *CTA*. The indication is that where Parliament has intended to limit the Governor in Council’s authority, it has done so expressly.

n’est pas habilité à traiter *ab initio* de questions découlant de l’application de la *Loi* : « Le pouvoir du Cabinet est limité aux questions déjà examinées par la Commission, et il doit s’agir de décisions, arrêtés, règles ou règlements . . . » (*Colombie-Britannique (Procureur général) c. Canada (Procureur général)*, [1994] 2 R.C.S. 41, p. 119, citant B. S. Romaniuk et H. N. Janisch, « Competition in Telecommunications : Who Polices the Transition? » (1986), 18 *Ottawa L. Rev.* 561, p. 628). En ce sens, le gouverneur en conseil n’a pas le pouvoir d’adopter des règles de fond en vertu de l’art. 40; mais cette restriction ne veut pas dire que les questions de droit sont exclues de la portée du pouvoir qu’a le gouverneur en conseil d’examiner les décisions de l’Office.

[41] Par contre, lorsque le législateur a voulu circonscrire une voie de recours, il l’a fait expressément. Par exemple, l’art. 41 impose un certain nombre de restrictions au droit de porter en appel une décision de l’Office devant la Cour d’appel fédérale : les appels interjetés en vertu de l’art. 41 se limitent à des questions de droit ou de compétence, l’appel doit être autorisé et cette autorisation doit être demandée dans le mois qui suit la date de la décision, de l’ordonnance, de la règle ou du règlement porté en appel, sauf si des circonstances spéciales justifient la prorogation de ce délai. Les limites prévues à l’art. 41 montrent bien que le législateur s’est penché sur la question des restrictions imposées aux voies de recours et qu’il les a expressément assorties de limites.

[42] Contrairement à l’art. 40 de la *Loi*, le législateur a, dans d’autres lois, expressément restreint la portée des pouvoirs du gouverneur en conseil. Ainsi, la *Loi sur la radiodiffusion*, L.C. 1991, ch. 11, n’habilite le gouverneur en conseil à annuler ou à renvoyer une décision du Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes que « s’il est convaincu que la décision en cause ne va pas dans le sens des objectifs de la politique canadienne de radiodiffusion » (par. 28(1)). Une limite de ce genre n’apparaît pas à l’art. 40 de la *Loi*, ce qui indique que, lorsque le législateur entend restreindre les pouvoirs du gouverneur en conseil, il le fait expressément.

[43] CN argues that s. 40 should be read as limiting the Governor in Council's authority to questions of fact or policy on the basis of the legislative history of ss. 40 and 41. CN maintains that Parliament's intention was to leave questions of law to the courts.

[44] However, the legislative history is ambiguous. Although some of the Hansard references to which reference was made seem to indicate that Parliament's intention was for the Governor in Council to review questions of fact and policy (*Debates of the House of Commons of the Dominion of Canada*, vol. LVIII, 3rd Sess. 9th Parl. ("1903 Debates"), March 20, 1903, at p. 248, per Hon. A. G. Blair, and vol. XI, 1st Sess., 27th Parl. ("1967 Debates"), January 10, 1967, at p. 11630, per Hon. J. W. Pickersgill), the Hansard also contains ministerial statements suggesting that the Governor in Council's power was intended to be untrammelled (1903 Debates, March 20, 1903, at p. 259, per Hon. A. G. Blair).

[45] The 1967 Debates include a statement by the Minister of Transport that the legislation provided for "an appeal on questions of fact to the governor in council" (January 10, 1967, at p. 11630). Although this correctly states the Governor in Council's legislative authority to determine questions of fact, this statement does not provide evidence of Parliament's intention to limit the Governor in Council's authority to reviewing questions of fact alone. In addition, although he was Minister of Transport at the time of the 1967 enactment of the *National Transportation Act*, S.C. 1966-67, c. 69, Mr. Pickersgill's interpretation of earlier enactments by other parliaments do not provide evidence of the intent of the legislature at the time of the earlier enactments. As such, the Hansard evidence does not establish an unambiguous parliamentary intention to limit the authority of the Governor in Council.

[46] In my view, the Hansard evidence does confirm that Parliament intended to prevent questions

[43] Le CN plaide qu'en raison de l'historique législatif des art. 40 et 41, il y a lieu de considérer que l'art. 40 limite les pouvoirs du gouverneur en conseil à des questions de fait ou de politique. Il soutient que le législateur entendait laisser aux tribunaux judiciaires le soin de trancher les questions de droit.

[44] L'historique législatif est toutefois ambigu. Même si certains extraits des *Débats de la Chambre des communes* auxquels il a été fait référence semblent indiquer que le législateur entendait permettre au gouverneur en conseil d'examiner des questions de fait et de politique (*Débats de la Chambre des communes du Canada*, vol. LVIII, 3^e sess., 9^e lég. (« débats de 1903 »), 20 mars 1903, p. 252, l'hon. A. G. Blair, et vol. XI, 1^{re} sess., 27^e lég. (« débats de 1967 »), 10 janvier 1967, p. 11630, l'hon. J. W. Pickersgill), on trouve également dans les *Débats de la Chambre des communes* des déclarations ministérielles donnant à penser qu'il était prévu que le gouverneur en conseil puisse exercer ses pouvoirs sans entraves (*débats de 1903*, 20 mars 1903, p. 262, l'hon. A. G. Blair).

[45] On trouve dans les *débats de 1967* une déclaration du ministre des Transports selon laquelle la loi prévoyait « un appel au gouverneur en conseil pour des questions de fait » (10 janvier 1967, p. 11630). Bien qu'elle énonce correctement le pouvoir que la loi accorde au gouverneur en conseil de trancher des questions de fait, cette déclaration ne démontre pas que le législateur entendait limiter aux seules questions de fait le pouvoir d'examen du gouverneur en conseil. De plus, même si M. Pickersgill était, en 1967, ministre des Transports au moment de l'adoption de la *Loi nationale sur les transports*, S.C. 1966-67, ch. 69, l'interprétation qu'il faisait de textes adoptés antérieurement par d'autres parlements n'est pas une preuve de l'intention qu'avait le législateur à l'époque des textes antérieurs. Dans ce contexte, les extraits des débats parlementaires n'établissent pas l'intention non équivoque du législateur de limiter les pouvoirs du gouverneur en conseil.

[46] À mon avis, les extraits des débats parlementaires confirment bel et bien que le législateur

of fact from being appealed to the Federal Court of Appeal. This does not, without more, demonstrate that the Governor in Council's role was intended to be limited to review of questions of fact or policy alone.

[47] This Court has observed that, while Hansard evidence is admitted as relevant to the background and purpose of the legislation, courts must remain mindful of the limited reliability and weight of such evidence (*Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at para. 35; *R. v. Morgentaler*, [1993] 3 S.C.R. 463, at p. 484; Sullivan, at pp. 608-14). Hansard references may be relied on as evidence of the background and purpose of the legislation or, in some cases, as direct evidence of purpose (*Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 53, [2011] 3 S.C.R. 471, at para. 44, *per* LeBel and Cromwell JJ.). Here, Hansard is advanced as evidence of legislative intent. However, such references will not be helpful in interpreting the words of a legislative provision where the references are themselves ambiguous (*Placer Dome Canada Ltd. v. Ontario (Minister of Finance)*, 2006 SCC 20, [2006] 1 S.C.R. 715, at para. 39, *per* LeBel J.). Accordingly, the evidence relied on by CN in this case does not support the argument that an implied restriction to questions of fact and policy should be read into the otherwise broad and unrestricted language in s. 40.

[48] CN submits that it is rare for the Governor in Council to vary or rescind an administrative decision on a question of law. I accept that it is unusual for the Governor in Council to determine a question of law and agree that the Governor in Council is generally concerned with issues of policy and fact. Although it is rare for the Governor in Council to determine a question of law, this does not mean that the Governor in Council has no authority under the statute to do so. Indeed, parties may prefer to comply with the requirements of s. 41 and seek leave to appeal to the Federal Court of Appeal,

avait l'intention d'éviter que des questions de fait soient portées en appel devant la Cour d'appel fédérale. À défaut d'autres éléments de preuve, ces extraits des débats parlementaires ne démontrent pas qu'il était prévu que le rôle du gouverneur en conseil se borne à l'examen des seules questions de fait ou de politique.

[47] Notre Cour a fait remarquer que, bien que les débats parlementaires soient admis en preuve et soient pertinents quant au contexte et à l'objet d'un texte législatif, les tribunaux ne doivent pas oublier que leur fiabilité et leur poids sont limités (*Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1988] 1 R.C.S. 27, par. 35; *R. c. Morgentaler*, [1993] 3 R.C.S. 463, p. 484; et Sullivan, p. 608-614). Les extraits des débats parlementaires peuvent être invoqués comme preuve de l'historique et de l'objet du texte législatif ou, dans certains cas, comme preuve directe de son objet (*Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 53, [2011] 3 R.C.S. 471, par. 44, les juges LeBel et Cromwell). En l'espèce, les extraits des débats parlementaires visent à établir l'intention du législateur. Cependant, ces renvois ne seront pas utiles pour interpréter le libellé d'une disposition législative s'ils sont eux-mêmes ambigus (*Placer Dome Canada Ltd. c. Ontario (Ministre des Finances)*, 2006 CSC 20, [2006] 1 R.C.S. 715, par. 39, le juge LeBel). De ce fait, l'élément de preuve qu'invoque le CN en l'espèce n'étaye pas l'argument selon lequel il convient d'inclure dans le libellé par ailleurs large et non restreint de l'art. 40 une restriction implicite aux questions de fait et de politique.

[48] Le CN plaide que le gouverneur en conseil ne modifie ou n'annule que rarement une décision administrative sur une question de droit. Je conviens qu'il est inusité pour le gouverneur en conseil de trancher une question de droit et que ce dernier examine généralement des questions de politique et de fait. Bien que le gouverneur en conseil ne tranche que rarement des questions de droit, cela ne veut pas dire que la loi ne l'habilite pas à le faire. En fait, les parties peuvent préférer se conformer aux exigences de l'art. 41 et demander l'autorisation d'interjeter appel à la Cour d'appel fédérale, qui

where a traditional full hearing on the matter will be carried out. Although these may be practical or strategic considerations, they do not alter the fact that the legislation does not restrict the Governor in Council from determining a question of law.

[49] Accordingly, petitions to the Governor in Council are not restricted to issues of fact or policy. The Governor in Council has the authority to answer legal questions. This authority is properly supervised by the courts in the course of judicial review.

C. *Standard of Review*

[50] Determining the appropriate standard of review in this case involves consideration of two issues. First, does the standard of review analysis set out by this Court in *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, apply to decisions of the Governor in Council? Second, what is the applicable standard of review in this case?

(1) The *Dunsmuir* Framework Applies to Decisions of the Governor in Council

[51] This case is not about whether a regulation made by the Governor in Council was *intra vires* its authority. Unlike cases involving challenges to the *vires* of regulations, such as *Katz Group Canada Inc. v. Ontario (Health and Long-Term Care)*, 2013 SCC 64, [2013] 3 S.C.R. 810, the Governor in Council does not act in a legislative capacity when it exercises its authority under s. 40 of the *CTA* to deal with a decision or order of the Agency. The issue is the review framework that should apply to such a determination by the Governor in Council. I am of the view that the *Dunsmuir* framework is the appropriate mechanism for the court's judicial review of a s. 40 adjudicative decision of the Governor in Council.

procédera à une audience en bonne et due forme selon la procédure habituelle. Bien qu'il puisse s'agir là de considérations pratiques ou stratégiques, celles-ci ne changent pas le fait que la loi n'empêche pas le gouverneur en conseil de trancher une question de droit.

[49] De ce fait, les requêtes adressées au gouverneur en conseil ne se limitent pas à des questions de fait ou de politique. Le gouverneur en conseil est habilité à répondre à des questions de droit, et ce pouvoir est supervisé de manière adéquate par les tribunaux dans le cadre d'un contrôle judiciaire.

C. *La norme de contrôle applicable*

[50] La détermination de la norme de contrôle applicable en l'espèce comporte l'examen de deux questions. En premier lieu, l'analyse de la norme de contrôle à laquelle notre Cour a procédé dans l'arrêt *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, vaut-elle dans le cas des décisions du gouverneur en conseil? En second lieu, quelle est la norme de contrôle applicable en l'espèce?

(1) Le cadre proposé dans l'arrêt *Dunsmuir* s'applique aux décisions du gouverneur en conseil

[51] Il ne s'agit pas en l'espèce de savoir si le gouverneur en conseil avait le pouvoir de prendre un règlement. Contrairement aux affaires qui, comme *Katz Group Canada Inc. c. Ontario (Santé et Soins de longue durée)*, 2013 CSC 64, [2013] 3 R.C.S. 810, mettent en cause une contestation de la validité d'un règlement, le gouverneur en conseil n'agit pas à titre de législateur lorsque, dans l'exercice du pouvoir que lui confère l'art. 40 de la *Loi*, il examine une décision ou un arrêté de l'Office. Il faut donc déterminer le cadre d'analyse qui doit s'appliquer à une décision de ce genre du gouverneur en conseil. Je suis d'avis que le cadre proposé dans l'arrêt *Dunsmuir* est le mécanisme qui permettra au tribunal de procéder au contrôle judiciaire d'une décision de nature juridictionnelle rendue par le gouverneur en conseil en vertu de l'art. 40.

[52] When the Governor in Council exercises its statutory authority under s. 40 of the *CTA*, it engages in its own substantive adjudication of the issue brought before it. The decision of the Governor in Council is then subject to judicial review by the Federal Court (*Public Mobile*, at para. 26). In this way, the court exercises a supervisory function over the Governor in Council, a public authority exercising the statutory powers delegated to it under s. 40 of the *CTA*.

[53] *Dunsmuir* is not limited to judicial review of tribunal decisions (paras. 27-28; *Public Mobile*, at para. 30). Rather, in *Dunsmuir*, the standard of review analysis was discussed in the context of “various administrative bodies”, “all exercises of public authority”, “those who exercise statutory powers”, and “administrative decision makers” (paras. 27-28 and 49).

[54] This Court has applied the *Dunsmuir* framework to a variety of administrative bodies (see, for example, *Catalyst Paper Corp. v. North Cowichan (District)*, 2012 SCC 2, [2012] 1 S.C.R. 5, at paras. 13 and 35, *per* McLachlin C.J.). The precedents instruct that the *Dunsmuir* framework applies to administrative decision makers generally and not just to administrative tribunals. The *Dunsmuir* framework thus is applicable to adjudicative decisions of the Governor in Council.

(2) The Applicable Standard of Review

[55] It is now well established that deference will usually result where a decision maker is interpreting its own statute or statutes closely connected to its function, with which it will have particular familiarity (*Dunsmuir*, at para. 54; *Smith v. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 SCC 7, [2011] 1 S.C.R. 160, at para. 28; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers’ Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654, at para. 30). In such cases, there is a presumption of deferential review, unless the question at issue falls into one of the categories to which the correctness standard applies: constitutional questions, questions of law that are

[52] Lorsque le gouverneur en conseil exerce les pouvoirs que lui confère l’art. 40 de la *Loi*, il se prononce lui-même sur le fond de la question qui lui est soumise. Sa décision peut alors faire l’objet d’un contrôle judiciaire devant la Cour fédérale (*Public Mobile*, par. 26). Ainsi, la Cour fédérale exerce un rôle de surveillance à l’égard du gouverneur en conseil, qui constitue une autorité publique exerçant les pouvoirs légaux qui lui sont délégués en vertu de l’art. 40 de la *Loi*.

[53] L’arrêt *Dunsmuir* ne réserve pas le contrôle judiciaire aux seules décisions des tribunaux administratifs (par. 27-28; *Public Mobile*, par. 30). Dans l’arrêt *Dunsmuir*, l’analyse relative à la norme de contrôle se situait plutôt dans le contexte de « divers organismes administratifs », de « tout exercice de l’autorité publique », de « [ceux qui exercent des] pouvoirs légaux » ainsi que des « décideurs administratifs » (par. 27-28 et 49).

[54] Notre Cour a appliqué le cadre énoncé dans l’arrêt *Dunsmuir* à divers organismes administratifs (voir, par exemple, *Catalyst Paper Corp. c. North Cowichan (District)*, 2012 CSC 2, [2012] 1 R.C.S. 5, par. 13 et 35, la juge en chef McLachlin). La jurisprudence nous enseigne que le cadre énoncé dans l’arrêt *Dunsmuir* s’applique aux décideurs administratifs en général, et non seulement aux tribunaux administratifs. Ce cadre est donc applicable aux décisions juridictionnelles du gouverneur en conseil.

(2) La norme de contrôle applicable

[55] Il est aujourd’hui bien établi que la déférence est habituellement de mise lorsqu’un décideur interprète sa propre loi constitutive ou une loi étroitement liée à son mandat et dont il a une connaissance approfondie (*Dunsmuir*, par. 54; *Smith c. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 CSC 7, [2011] 1 R.C.S. 160, par. 28; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers’ Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654, par. 30). En pareil cas, l’examen en fonction d’une norme déférente est présumé, sauf si la question en litige relève de l’une des catégories à laquelle s’applique la norme de la décision correcte, en l’occurrence, les questions

of central importance to the legal system as a whole and that are outside of the adjudicator's expertise, questions regarding the jurisdictional lines between two or more competing specialized tribunals, and the exceptional category of true questions of jurisdiction (*Dunsmuir*, at paras. 58-61, and *Alberta Teachers' Association*, at para. 30, citing *Canada (Canadian Human Rights Commission)*, at para. 18, and *Dunsmuir*).

[56] Economic regulation is an area with which the Governor in Council has particular familiarity. Authority similar to that conferred in s. 40 of the *CTA* — that is, authority to vary or rescind decisions of other administrative bodies — is found in a variety of federal economic regulatory legislation (*Telecommunications Act*, S.C. 1993, c. 38, s. 12; *Broadcasting Act*, at s. 28; *Canada Marine Act*, S.C. 1998, c. 10, ss. 52(2) and 94(3); *Pilotage Act*, R.S.C. 1985, c. P-14, s. 35(7); *Canada Oil and Gas Operations Act*, R.S.C. 1985, c. O-7, s. 51). The issues arising under these statutes are linked by the shared economic regulatory purpose of the legislation. The cluster of economic regulatory statutes in respect of which the Governor in Council is given authority to vary or rescind decisions of the tribunals administering the legislation is an indication of a parliamentary intention to recognize that the Governor in Council has particular familiarity with such matters. The presumption of reasonableness review therefore applies to adjudicative decisions of the Governor in Council under s. 40.

[57] Although this indication of parliamentary intent is sufficient to justify a reasonableness review of the decision of the Governor in Council in this case, further support is found in the history of the Governor in Council's involvement in the regulation of railways in Canada. The Governor in Council has always been closely connected to the regulation of railways in Canada. In the first session of the first Parliament of the Dominion, *The Railway Act, 1868*, was passed. This legislation,

constitutionnelles, les questions de droit qui revêtent une importance capitale pour le système juridique dans son ensemble et qui sont étrangères au domaine d'expertise du décideur, les questions portant sur la délimitation des compétences respectives de tribunaux spécialisés concurrents, de même que la catégorie exceptionnelle des questions touchant véritablement à la compétence (*Dunsmuir*, par. 58-61, et *Alberta Teachers' Association*, par. 30, citant *Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, par. 18, ainsi que *Dunsmuir*).

[56] La réglementation économique est un secteur dont le gouverneur en conseil a une connaissance approfondie. Un pouvoir semblable à celui que confère l'art. 40 de la *Loi* — soit le pouvoir de modifier ou d'annuler les décisions d'autres organes administratifs — figure dans diverses lois fédérales de réglementation économique (*Loi sur les télécommunications*, L.C. 1993, ch. 38, art. 12; *Loi sur la radiodiffusion*, art. 28; *Loi maritime du Canada*, L.C. 1998, ch. 10, par. 52(2) et 94(3); *Loi sur le pilotage*, L.R.C. 1985, ch. P-14, par. 35(7); *Loi sur les opérations pétrolières au Canada*, L.R.C. 1985, ch. O-7, art. 51). Les questions soulevées dans le cadre de ces lois sont liées par l'objet de réglementation économique commun de la législation. Le regroupement des lois de réglementation économique qui confèrent au gouverneur en conseil le pouvoir de modifier ou d'annuler les décisions des tribunaux qui administrent ces lois témoigne de l'intention qu'avait le législateur de reconnaître au gouverneur en conseil une connaissance approfondie des questions de cette nature. La norme de la décision raisonnable est donc présumée s'appliquer au contrôle des décisions juridictionnelles que rend le gouverneur en conseil en application de l'art. 40.

[57] Même si cette indication de l'intention du législateur suffit pour justifier l'application de la norme de la décision raisonnable au contrôle de la décision que le gouverneur en conseil a rendue en l'espèce, on trouve un autre appui dans l'historique de la participation du gouverneur en conseil à la réglementation des chemins de fer au Canada, un secteur auquel le gouverneur en conseil a toujours été lié de près. *L'Acte des chemins de fer, 1868* a été adopté au cours de la première session de la

the first incarnation of the present *CTA*, provided that “[t]he Governor General may, from time to time, appoint such Members of the Privy Council, to the number of four at least, as he may see fit, to constitute the Railway Committee of the Privy Council” (s. 23). In amendments to the Act in 1888, the jurisdiction of the Railway Committee of the Privy Council was extended beyond regulatory powers to include the power to hear and determine any application respecting “[a]ny manner, act or thing, which by this . . . is sanctioned, required to be done, or prohibited” (*The Railway Act*, S.C. 1888, c. 29, s. 11(r); see also H. E. B. Coyne, *The Railway Law of Canada* (1947), at p. vi).

[58] Although primary administrative jurisdiction over *The Railway Act* was later delegated to the Board of Railway Commissioners (the body that later became the Agency) in order to further efficiency in addressing issues arising under *The Railway Act*, the Governor in Council maintained an oversight role (*The Railway Act*, 1903, S.C. 1903, c. 58; Coyne, at pp. vi-vii). The long history of the Governor in Council’s involvement in transportation law and policy indicates that this is an area closely connected to the Governor in Council’s review function. Parliament has maintained a robust role for the Governor in Council in this area through s. 40, which confers broad authority on the Governor in Council to address any orders or decisions of the Agency, including those involving questions of law. When reviewing orders or decisions of the Agency in its s. 40 role, the Governor in Council acts in an adjudicative capacity and determines *de novo* substantive issues that were before the Agency. In this way, Parliament has recognized the Governor in Council’s longstanding involvement in this area. As such, the principle that deference will usually result where a tribunal is interpreting statutes closely connected to its function, with which it will have particular familiarity, can be said to apply in this case.

première législature du Dominion. Cette loi, la première version de la *Loi* actuellement en vigueur, prévoyait que « [l]e Gouverneur-Général pourra de temps à autre nommer tels membres du conseil privé, au nombre de quatre au moins, qu’il jugera convenables, pour former le comité des chemins de fer du conseil privé » (art. 23). Dans des modifications apportées à cette loi en 1888, les pouvoirs du comité des chemins du fer du conseil privé ont été étendus au-delà des pouvoirs de réglementation de manière à inclure celui de statuer sur les demandes concernant « [t]oute matière, acte ou chose que le présent acte [. . .] sanctionne, prescrit ou défend » (*Acte des chemins de fer*, S.C. 1888, ch. 29, al. 11r); voir aussi H. E. B. Coyne, *The Railway Law of Canada* (1947), p. vi).

[58] Même si la principale compétence administrative sur l’*Acte des chemins de fer* a plus tard été déléguée à la Commission des chemins de fer (devenue plus tard l’Office) de façon à pouvoir traiter plus efficacement des questions découlant de cette loi, le gouverneur en conseil a conservé un rôle de surveillance (*Acte des chemins de fer*, 1903, S.C. 1903, ch. 58; Coyne, p. vi-vii). Le long historique de la participation du gouverneur en conseil aux lois et aux politiques en matière de transport démontre qu’il s’agit là d’un secteur lié de près à la fonction d’examen du gouverneur en conseil. Le Parlement a laissé au gouverneur en conseil un rôle important dans ce domaine en lui accordant, à l’art. 40, un vaste pouvoir décisionnel à l’égard des arrêtés et des décisions de l’Office, y compris ceux qui soulèvent des questions de droit. Lorsqu’il examine des arrêtés et des décisions de l’Office aux termes de l’art. 40, le gouverneur en conseil exerce sa fonction d’adjudication et tranche de nouveau les questions de fond que l’Office avait examinées. Ainsi, le Parlement a confirmé le rôle que le gouverneur en conseil joue depuis longtemps dans ce domaine. On peut alors affirmer que le principe selon lequel la déférence est habituellement de mise lorsqu’un tribunal administratif interprète une loi liée de près à son mandat et dont il a une connaissance approfondie s’applique à la présente affaire.

[59] The presumption of deference is not rebutted here. The question at issue does not fall within one of the established categories of questions to which correctness review applies. In the present case, there is no issue of constitutionality or competing jurisdiction between tribunals.

[60] This is also not a question of central importance to the legal system as a whole. The question at issue centres on the interpretation of s. 120.1 of the *CTA*. The question is particular to this specific regulatory regime as it involves confidential contracts as provided for under the *CTA* and the availability of a complaint-based mechanism that is limited to shippers that meet the statutory conditions under s. 120.1(1). This question does not have precedential value outside of issues arising under this statutory scheme.

[61] To the extent that questions of true jurisdiction or *vires* have any currency, the Governor in Council's determination of whether a party to a confidential contract can bring a complaint under s. 120.1 does not fall within that category. This is not an issue in which the Governor in Council was required to explicitly determine whether its own statutory grant of power gave it the authority to decide the matter (see *Dunsmuir*, at para. 59). Rather, it is simply a question of statutory interpretation involving the issue of whether the s. 120.1 complaint mechanism is available to certain parties. This could not be a true question of jurisdiction or *vires* of the Governor in Council — the decision maker under review in this case.

[62] In this case, the Governor in Council was interpreting the *CTA*, legislation closely related to its economic regulation review function. This issue of statutory interpretation does not fall within any of the categories of questions to which a correctness review applies. As such, the applicable standard of review is reasonableness.

[59] La présomption de déférence n'est pas réfutée en l'espèce. La question en litige n'appartient pas à l'une des catégories établies de questions auxquelles s'applique la norme de contrôle de la décision correcte. Dans la présente affaire, il n'y a aucune question de constitutionnalité ou de compétence concurrente entre tribunaux administratifs.

[60] Il ne s'agit pas non plus d'une question qui revêt une importance capitale pour le système juridique dans son ensemble. La question en litige concerne l'interprétation de l'art. 120.1 de la *Loi*. La question est propre à ce régime de réglementation particulier, car elle met en cause des contrats confidentiels prévus par la *Loi* ainsi que la possibilité de recourir à un mécanisme de plaintes qui se limite aux expéditeurs répondant aux conditions que prévoit le par. 120.1(1). La réponse qui est donnée à la question en litige n'a valeur de précédent que pour les questions relevant de ce régime législatif.

[61] Dans la mesure où des questions touchant véritablement à la compétence ou à la constitutionnalité se posent en l'espèce, la décision du gouverneur en conseil quant à savoir si une partie à un contrat confidentiel peut déposer une plainte en vertu de l'art. 120.1 ne se range pas dans cette catégorie. Il ne s'agit pas d'une question qui obligeait le gouverneur en conseil à déterminer expressément si le pouvoir dont le législateur l'a investi l'autorise à trancher la question (voir *Dunsmuir*, par. 59). Il s'agit plutôt simplement d'une question d'interprétation législative soulevant la question de savoir si certaines parties peuvent se prévaloir du mécanisme de plaintes prévu à l'art. 120.1. Il ne pouvait donc s'agir d'une question touchant véritablement la compétence ou la validité du pouvoir du gouverneur en conseil — le décideur qui a pris la décision examinée en l'espèce.

[62] Dans le cas qui nous occupe, le gouverneur en conseil interprétait la *Loi*, un texte qui est lié de près à sa fonction d'examen de la réglementation économique. Cette question d'interprétation législative n'appartient à aucune des catégories de questions auxquelles s'applique la norme de contrôle de la décision correcte. Ainsi, la norme de contrôle applicable est celle de la décision raisonnable.

D. Application of the Reasonableness Standard in This Case

[63] In the present case, the Governor in Council concluded that a party to a confidential contract is able to bring a complaint under s. 120.1 of the *CTA* in certain circumstances. In my view, this decision was reasonable.

[64] The wording of s. 120.1 provides the basis for the Governor in Council's decision. Section 120.1(1) sets out the circumstances under which the Agency can inquire into the reasonableness of a charge imposed by a railway company: the shipper bringing the complaint must be subject to any charges and associated terms and conditions for the movement of traffic or for the provision of incidental services; the charges must be found in a tariff; the tariff must apply to more than one shipper; and the tariff must not be one referred to in s. 165(3) (a tariff resulting from a decision of a final offer arbitrator). As noted by the Governor in Council, PRC met all of these conditions. As such, the only reason to preclude PRC from bringing a complaint under s. 120.1 is the existence of the confidential contract between PRC and CN.

[65] The Governor in Council concluded that, while the terms of a confidential contract are relevant to whether PRC may benefit from any order made by the Agency, the existence of a confidential contract does not bar a shipper from applying for a reasonableness assessment under s. 120.1(1). This conclusion is consistent with the terms of the *CTA*, which do not preclude the Agency from reviewing the reasonableness of a charge contained in a tariff applicable to more than one shipper, whether or not it is incorporated by reference into a confidential contract. There was also no evidence in this case that the parties attempted to contract out of the availability of the s. 120.1 remedy, nor is it necessary in this case to decide whether a shipper could contract out of the recourse provided by s. 120.1. The Governor in Council also did not resolve the question of whether PRC could benefit from any change to the tariff and this remains an open question.

D. Application de la norme de la décision raisonnable à la présente espèce

[63] Dans la présente affaire, le gouverneur en conseil a conclu qu'une partie à un contrat confidentiel pouvait dans certaines circonstances déposer une plainte en vertu de l'art. 120.1 de la *Loi*. À mon avis, cette décision était raisonnable.

[64] Le libellé de l'art. 120.1 sert de fondement à la décision du gouverneur en conseil. Le paragraphe 120.1(1) énonce les circonstances dans lesquelles l'Office peut examiner le caractère raisonnable des frais qu'impose une compagnie de chemin de fer : l'expéditeur qui dépose la plainte doit être assujéti à des frais relatifs au transport et à des services connexes ou des conditions afférentes; les frais doivent figurer dans un tarif; le tarif doit s'appliquer à plus d'un expéditeur; le tarif ne doit pas être visé au par. 165(3) (un tarif découlant d'une décision d'un arbitre). Comme l'a fait remarquer le gouverneur en conseil, PRC remplissait toutes ces conditions. Cela étant, le seul facteur qui empêche PRC de déposer une plainte en vertu de l'art. 120.1 est l'existence d'un contrat confidentiel entre elle et le CN.

[65] Le gouverneur en conseil a conclu que, même s'il y a lieu de tenir compte des modalités d'un contrat confidentiel pour répondre à la question de savoir si PRC peut bénéficier d'un arrêté de l'Office, l'existence d'un contrat confidentiel n'empêche pas un expéditeur de demander un examen du caractère raisonnable des frais en vertu du par. 120.1(1). Cette conclusion concorde avec les dispositions de la *Loi*, lesquelles n'empêchent pas l'Office d'examiner le caractère raisonnable des frais que contient un tarif applicable à plus d'un expéditeur, que le tarif soit ou non incorporé par renvoi dans un contrat confidentiel. En l'espèce, il n'y avait pas non plus de preuve que les parties avaient tenté d'écartier par contrat la réparation qu'offre l'art. 120.1, pas plus qu'il n'est nécessaire en l'espèce de décider si un expéditeur pourrait écartier par contrat un recours ouvert par l'art. 120.1. Également, le gouverneur en conseil n'a pas décidé si PRC pouvait bénéficier d'une modification du tarif, et cette question reste en suspens.

[66] The Governor in Council's interpretation of s. 120.1(1) is also supported by a reasonable view of the provision's purpose. It was open to the Governor in Council to conclude that Parliament's intention in including this complaint-based mechanism in the *CTA* was to rebalance the legislative framework in favour of shippers in an industry where there are circumstances of railway market power. We are not deciding in this case whether the confidential contract between PRC and CN would preclude PRC from any relief ordered by the Agency under s. 120.1 or whether a mileage-based fuel surcharge tariff is a rate for the movement of traffic under s. 120.1(7). However, there was evidence before the Governor in Council that confidential contracts are standard in the industry (CITA petition to the Governor in Council, at para. 27, found in the Federal Court of Appeal reasons, at para. 38). Accordingly, without deciding whether in any particular case a confidential contract would preclude a shipper from relief under s. 120.1, the Governor in Council's interpretation of s. 120.1 was reasonable. Leaving access to the s. 120.1 complaint mechanism available to parties to confidential contracts can reasonably be said to be consistent with Parliament's intention to provide a measure of protection for shippers.

[67] The Governor in Council's decision is supported by the facts and the wording of s. 120.1(1), and it is consistent with Parliament's intention. The Governor in Council's decision was reasonable.

E. *Rate for the Movement of Traffic*

[68] I agree with the Federal Court of Appeal that, as the Agency did not consider the question of whether fuel surcharges are a component of the "rates for the movement of traffic" within the meaning of s. 120.1(7) and the Governor in Council did not make any finding in this regard, this question remains a live issue before the Agency (Federal Court of Appeal reasons, at paras. 52-56). It is within the Agency's jurisdiction to determine this question and it remains open for the Agency to do so.

[66] L'interprétation du par. 120.1(1) par le gouverneur en conseil s'appuie également sur une interprétation raisonnable de l'objet de cette disposition. Le gouverneur en conseil pouvait conclure qu'en incluant ce mécanisme des plaintes dans la *Loi*, le législateur avait l'intention de rééquilibrer le cadre législatif en faveur des expéditeurs au sein d'une industrie dans laquelle les compagnies de chemin de fer peuvent bénéficier d'une puissance commerciale. Nous ne déterminons pas en l'espèce si le contrat confidentiel passé entre PRC et le CN empêcherait PRC de bénéficier d'une réparation ordonnée par l'Office en vertu de l'art. 120.1 ou si un supplément carburant basé sur le millage parcouru constitue un prix relatif au transport au sens du par. 120.1(7). Toutefois, la preuve indiquait au gouverneur en conseil que les contrats confidentiels sont la norme au sein de l'industrie (requête de l'ACTI au gouverneur en conseil, par. 27, citée dans les motifs de la Cour d'appel fédérale, par. 38). En conséquence, sans décider si, dans un cas donné, un contrat confidentiel pourrait priver un expéditeur d'un recours prévu à l'art. 120.1, l'interprétation de l'art. 120.1 donnée par le gouverneur en conseil était raisonnable. Il est raisonnable de conclure que le fait de laisser aux parties à des contrats confidentiels l'accès au mécanisme des plaintes prévu à l'art. 120.1 serait conforme à l'intention du législateur, qui est d'offrir une certaine protection aux expéditeurs.

[67] La décision du gouverneur en conseil est étayée par les faits ainsi que par le libellé du par. 120.1(1), et elle concorde avec l'intention du législateur. La décision du gouverneur en conseil était raisonnable.

E. *Le prix relatif au transport*

[68] Je conviens avec la Cour d'appel fédérale qu'étant donné que l'Office n'a pas examiné la question de savoir si le supplément carburant est un élément du « prix relati[f] au transport » au sens du par. 120.1(7) et que le gouverneur en conseil n'a pas tiré de conclusion à cet égard, l'Office demeure saisi de cette question (voir les motifs de la Cour d'appel fédérale, par. 52-56). Il relève du pouvoir de l'Office de trancher cette question et il lui est toujours loisible de le faire.

IX. Conclusion

[69] I would dismiss the appeal with costs to the Attorney General of Canada and one set of costs to PRC and CITA.

APPENDIX

Canada Transportation Act, S.C. 1996, c. 10

40. The Governor in Council may, at any time, in the discretion of the Governor in Council, either on petition of a party or an interested person or of the Governor in Council's own motion, vary or rescind any decision, order, rule or regulation of the Agency, whether the decision or order is made *inter partes* or otherwise, and whether the rule or regulation is general or limited in its scope and application, and any order that the Governor in Council may make to do so is binding on the Agency and on all parties.

41. (1) An appeal lies from the Agency to the Federal Court of Appeal on a question of law or a question of jurisdiction on leave to appeal being obtained from that Court on application made within one month after the date of the decision, order, rule or regulation being appealed from, or within any further time that a judge of that Court under special circumstances allows, and on notice to the parties and the Agency, and on hearing those of them that appear and desire to be heard.

(2) No appeal, after leave to appeal has been obtained under subsection (1), lies unless it is entered in the Federal Court of Appeal within sixty days after the order granting leave to appeal is made.

(3) An appeal shall be heard as quickly as is practicable and, on the hearing of the appeal, the Court may draw any inferences that are not inconsistent with the facts expressly found by the Agency and that are necessary for determining the question of law or jurisdiction, as the case may be.

(4) The Agency is entitled to be heard by counsel or otherwise on the argument of an appeal.

120.1 (1) If, on complaint in writing to the Agency by a shipper who is subject to any charges and associated terms and conditions for the movement of traffic or for

IX. Conclusion

[69] Je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens en faveur du procureur général du Canada, et avec dépens en faveur de PRC et l'ACTI sur la base d'un seul mémoire de frais.

ANNEXE

Loi sur les transports au Canada, L.C. 1996, ch. 10

40. Le gouverneur en conseil peut modifier ou annuler les décisions, arrêtés, règles ou règlements de l'Office soit à la requête d'une partie ou d'un intéressé, soit de sa propre initiative; il importe peu que ces décisions ou arrêtés aient été pris en présence des parties ou non et que les règles ou règlements soient d'application générale ou particulière. Les décrets du gouverneur en conseil en cette matière lient l'Office et toutes les parties.

41. (1) Tout acte — décision, arrêté, règle ou règlement — de l'Office est susceptible d'appel devant la Cour d'appel fédérale sur une question de droit ou de compétence, avec l'autorisation de la cour sur demande présentée dans le mois suivant la date de l'acte ou dans le délai supérieur accordé par un juge de la cour en des circonstances spéciales, après notification aux parties et à l'Office et audition de ceux d'entre eux qui comparaissent et désirent être entendus.

(2) Une fois l'autorisation obtenue en application du paragraphe (1), l'appel n'est admissible que s'il est interjeté dans les soixante jours suivant le prononcé de l'ordonnance l'autorisant.

(3) L'appel est mené aussi rapidement que possible; la cour peut l'entendre en faisant toutes inférences non incompatibles avec les faits formellement établis par l'Office et nécessaires pour décider de la question de droit ou de compétence, selon le cas.

(4) L'Office peut plaider sa cause à l'appel par procureur ou autrement.

120.1 (1) Sur dépôt d'une plainte de tout expéditeur assujéti à un tarif applicable à plus d'un expéditeur — autre qu'un tarif visé au paragraphe 165(3) — prévoyant

the provision of incidental services that are found in a tariff that applies to more than one shipper other than a tariff referred to in subsection 165(3), the Agency finds that the charges or associated terms and conditions are unreasonable, the Agency may, by order, establish new charges or associated terms and conditions.

(2) An order made under subsection (1) remains in effect for the period, not exceeding one year, specified in the order.

(3) In deciding whether any charges or associated terms and conditions are unreasonable, the Agency shall take into account the following factors:

- (a) the objective of the charges or associated terms and conditions;
- (b) the industry practice in setting the charges or associated terms and conditions;
- (c) in the case of a complaint relating to the provision of any incidental service, the existence of an effective, adequate and competitive alternative to the provision of that service; and
- (d) any other factor that the Agency considers relevant.

(4) Any charges or associated terms and conditions established by the Agency shall be commercially fair and reasonable to the shippers who are subject to them as well as to the railway company that issued the tariff containing them.

(5) The railway company shall, without delay after the Agency establishes any charges or associated terms and conditions, vary its tariff to reflect those charges or associated terms and conditions.

(6) The railway company shall not vary its tariff with respect to any charges or associated terms and conditions established by the Agency until the period referred to in subsection (2) has expired.

(7) For greater certainty, this section does not apply to rates for the movement of traffic.

126. (1) A railway company may enter into a contract with a shipper that the parties agree to keep confidential respecting

- (a) the rates to be charged by the company to the shipper;

des frais relatifs au transport ou aux services connexes ou des conditions afférentes, l'Office peut, s'il les estime déraisonnables, fixer de nouveaux frais ou de nouvelles conditions par ordonnance.

(2) L'ordonnance précise la période de validité de ces frais ou conditions, qui ne peut excéder un an.

(3) Pour décider si les frais ou conditions sont déraisonnables, l'Office tient compte des facteurs suivants :

- a) le but dans lequel les frais ou conditions sont imposés;
- b) les pratiques suivies par l'industrie pour leur fixation;
- c) dans le cas d'une plainte relative à des services connexes, l'existence d'une solution de rechange efficace, bien adaptée et concurrentielle;
- d) tout autre facteur que l'Office estime pertinent.

(4) Les frais ou conditions fixés par l'Office doivent être commercialement équitables et raisonnables tant pour les expéditeurs qui y sont assujettis que pour la compagnie de chemin de fer qui a établi le tarif les prévoyant.

(5) La compagnie de chemin de fer modifie le tarif en conséquence dès le prononcé de l'ordonnance par l'Office.

(6) La compagnie de chemin de fer ne peut modifier son tarif à l'égard des frais et conditions fixés par l'Office avant l'expiration de la période de validité précisée au titre du paragraphe (2).

(7) Il est entendu que le présent article ne s'applique pas aux prix relatifs au transport.

126. (1) Les compagnies de chemin de fer peuvent conclure avec les expéditeurs un contrat, que les parties conviennent de garder confidentiel, en ce qui concerne :

- a) les prix exigés de l'expéditeur par la compagnie;

(b) reductions or allowances pertaining to rates in tariffs that have been issued and published in accordance with this Division;

(c) rebates or allowances pertaining to rates in tariffs or confidential contracts that have previously been lawfully charged;

(d) any conditions relating to the traffic to be moved by the company; and

(e) the manner in which the company shall fulfill its service obligations under section 113.

(1.1) If a shipper wishes to enter into a contract under subsection (1) with a railway company respecting the manner in which the railway company must fulfil its service obligations under section 113, the shipper may request that the railway company make it an offer to enter into such a contract.

(1.2) The request must describe the traffic to which it relates, the services requested by the shipper with respect to the traffic and any undertaking that the shipper is prepared to give to the railway company with respect to the traffic or services.

(1.3) The railway company must make its offer within 30 days after the day on which it receives the request.

(1.4) Subject to subsection (1.5), the railway company is not required to include in its offer terms with respect to a matter that

(a) is governed by a written agreement to which the shipper and the railway company are parties;

(b) is the subject of an order, other than an interim order, made under subsection 116(4);

(c) is set out in a tariff referred to in subsection 136(4) or 165(3); or

(d) is the subject of an arbitration decision made under section 169.37.

(1.5) The railway company must include in its offer terms with respect to a matter that is governed by an agreement, the subject of an order or decision or set out in a tariff, referred to in subsection (1.4) if the agreement,

b) les baisses de prix, ou allocations afférentes à ceux-ci, indiquées dans les tarifs établis et publiés conformément à la présente section;

c) les rabais sur les prix, ou allocations afférentes à ceux-ci, établis dans les tarifs ou dans les contrats confidentiels, qui ont antérieurement été exigés licitement;

d) les conditions relatives au transport à effectuer par la compagnie;

e) les moyens pris par la compagnie pour s'acquitter de ses obligations en application de l'article 113.

(1.1) L'expéditeur qui souhaite conclure avec une compagnie de chemin de fer un contrat en application du paragraphe (1) concernant les moyens que celle-ci doit prendre pour s'acquitter de ses obligations en application de l'article 113 peut demander à cette compagnie de lui présenter une offre en vue de la conclusion d'un tel contrat.

(1.2) La demande mentionne le transport en cause, les services exigés par l'expéditeur à l'égard de celui-ci et tout engagement que l'expéditeur est disposé à prendre envers la compagnie de chemin de fer relativement au transport ou aux services.

(1.3) La compagnie de chemin de fer est tenue de présenter l'offre dans les trente jours suivant la date de réception de la demande.

(1.4) Sous réserve du paragraphe (1.5), la compagnie de chemin de fer n'est toutefois pas tenue d'inclure dans son offre une stipulation portant sur une question qui, selon le cas :

a) fait l'objet d'un accord écrit auquel l'expéditeur et la compagnie de chemin de fer sont parties;

b) est visée par un arrêté, autre qu'un arrêté provisoire, pris en vertu du paragraphe 116(4);

c) figure dans un tarif visé aux paragraphes 136(4) ou 165(3);

d) fait l'objet d'une décision arbitrale rendue en vertu de l'article 169.37.

(1.5) La compagnie de chemin de fer est toutefois tenue d'inclure dans son offre une telle stipulation si l'accord, l'arrêté, le tarif ou la décision arbitrale visés au paragraphe (1.4) expirent dans les deux mois suivant

order, decision or tariff expires within two months after the day on which the railway company receives the request referred to in subsection (1.1). The terms must apply to a period that begins after the agreement, order, decision or tariff expires.

(2) No party to a confidential contract is entitled to submit a matter governed by the contract to the Agency for final offer arbitration under section 161, without the consent of all the parties to the contract.

161. (1) A shipper who is dissatisfied with the rate or rates charged or proposed to be charged by a carrier for the movement of goods, or with any of the conditions associated with the movement of goods, may, if the matter cannot be resolved between the shipper and the carrier, submit the matter in writing to the Agency for a final offer arbitration to be conducted by one arbitrator or, if the shipper and the carrier agree, by a panel of three arbitrators.

162. (1) Notwithstanding any application filed with the Agency by a carrier in respect of a matter, within five days after final offers are received under subsection 161.1(1), the Agency shall refer the matter for arbitration

(a) if the parties did not agree that the arbitration should be conducted by a panel of three arbitrators, to the arbitrator, if any, named under paragraph 161(2)(e) or, if that arbitrator is not, in the opinion of the Agency, available to conduct the arbitration or no arbitrator is named, to an arbitrator on the list of arbitrators referred to in section 169 who the Agency chooses and determines is appropriate and available to conduct the arbitration; and

(b) if the parties agreed that the arbitration should be conducted by a panel of three arbitrators,

(i) to the arbitrators named by the parties under paragraph 161(2)(e) and to any arbitrator who those arbitrators have, within 10 days after the submission was served under subsection 161(2), notified the Agency that they have agreed on, or if those arbitrators did not so notify the Agency, to an arbitrator on the list of arbitrators referred to in section 169 who the Agency chooses and determines is appropriate and available to conduct the arbitration, or

la date de réception de la demande prévue au paragraphe (1.1). La stipulation s'applique alors à la période postérieure à l'expiration.

(2) Toute demande d'arbitrage au titre de l'article 161 sur une question faisant l'objet d'un contrat confidentiel est subordonnée à l'assentiment de toutes les parties au contrat.

161. (1) L'expéditeur insatisfait des prix appliqués ou proposés par un transporteur pour le transport de marchandises ou des conditions imposées à cet égard peut, lorsque le transporteur et lui ne sont pas en mesure de régler eux-mêmes la question, la soumettre par écrit à l'Office pour arbitrage soit par un arbitre seul soit, si le transporteur et lui y consentent, par une formation de trois arbitres.

162. (1) Malgré la présentation par le transporteur de toute demande relative à la question, l'Office, dans les cinq jours suivant la réception des deux offres présentées conformément au paragraphe 161.1(1), renvoie la question :

a) à défaut de choix par les parties de soumettre la question à une formation de trois arbitres, à l'arbitre unique visé à l'alinéa 161(2)e, s'il est disponible pour mener l'arbitrage ou, en l'absence de choix d'arbitre ou cas de non-disponibilité, selon l'Office, de l'arbitre choisi, à un arbitre que l'Office estime disponible et compétent et qui est inscrit sur la liste établie en vertu de l'article 169;

b) en cas de choix par les parties de soumettre la question à une formation de trois arbitres :

(i) aux arbitres visés à l'alinéa 161(2)e) et, soit à celui dont ils ont conjointement soumis le nom à l'Office dans les dix jours suivant la signification de la demande visée au paragraphe 161(2), soit, dans le cas où ils ne soumettent aucun nom à l'Office dans ce délai, à l'arbitre que l'Office estime disponible et compétent et qui est inscrit sur la liste établie en vertu de l'article 169,

(ii) if an arbitrator referred to in subparagraph (i) is not, in the opinion of the Agency, available to conduct the arbitration, to the arbitrators named in that subparagraph who are available and to an arbitrator chosen by the Agency from the list of arbitrators referred to in section 169 who the Agency determines is appropriate and available to conduct the arbitration.

(ii) si l'un des arbitres visés au sous-alinéa (i) n'est pas, selon l'Office, disponible, à ceux qui le sont et à celui que l'Office estime disponible et compétent et qui est inscrit sur la liste établie en vertu de l'article 169.

165. (1) The decision of the arbitrator in conducting a final offer arbitration shall be the selection by the arbitrator of the final offer of either the shipper or the carrier.

165. (1) L'arbitre rend sa décision en choisissant la dernière offre de l'expéditeur ou celle du transporteur.

(3) The carrier shall, without delay after the arbitrator's decision, set out the rate or rates or the conditions associated with the movement of goods that have been selected by the arbitrator in a tariff of the carrier, unless, where the carrier is entitled to keep the rate or rates or conditions confidential, the parties to the arbitration agree to include the rate or rates or conditions in a contract that the parties agree to keep confidential.

(3) Le transporteur inscrit, sans délai après la décision de l'arbitre, les prix ou conditions liés à l'acheminement des marchandises choisis par l'arbitre dans un tarif du transporteur, sauf si, dans les cas où celui-ci a droit de ne pas dévoiler les prix ou conditions, les parties à l'arbitrage conviennent de les inclure dans un contrat confidentiel conclu entre les parties.

Appeal dismissed with costs.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Solicitors for the appellant: Borden Ladner Gervais, Ottawa; Canadian National Railway Company, Montréal.

Procureurs de l'appelante : Borden Ladner Gervais, Ottawa; Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada, Montréal.

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

Procureur de l'intimé le procureur général du Canada : Procureur général du Canada, Toronto.

Solicitors for the respondents Peace River Coal Inc. and the Canadian Industrial Transportation Association: Davis, Vancouver.

Procureurs des intimées Peace River Coal Inc. et l'Association canadienne de transport industriel : Davis, Vancouver.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Frederick Anderson *Respondent*

and

**Director of Public Prosecutions of Canada,
Attorney General of Ontario,
Attorney General of New Brunswick,
Attorney General of British Columbia,
David Asper Centre for Constitutional
Rights and Aboriginal Legal Services of
Toronto Inc.** *Interveners*

INDEXED AS: R. v. ANDERSON

2014 SCC 41

File No.: 35246.

2014: March 19; 2014: June 6.

Present: McLachlin C.J. and LeBel, Abella, Cromwell,
Moldaver, Karakatsanis and Wagner JJ.

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

Constitutional law — Charter of Rights — Right to life, liberty and security of the person — Criminal law — Sentencing — Aboriginal offenders — Mandatory minimum sentence — Accused convicted of impaired driving for fifth time — Crown prosecutor seeking mandatory minimum sentence — Whether s. 7 of the Charter requires the Crown to consider Aboriginal status of accused when seeking minimum sentence for impaired driving — Whether consideration of Aboriginal status is a principle of fundamental justice — Whether decision to seek mandatory minimum sentence is a matter of core prosecutorial discretion — Standard of review for Crown decision making — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7 — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 253(1)(b), 255(1)(a)(iii), 727(1).

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Frederick Anderson *Intimé*

et

**Directeur des poursuites pénales du Canada,
procureur général de l'Ontario,
procureur général du Nouveau-Brunswick,
procureur général de la Colombie-
Britannique, David Asper Centre for
Constitutional Rights et Aboriginal Legal
Services of Toronto Inc.** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : R. c. ANDERSON

2014 CSC 41

N° du greffe : 35246.

2014 : 19 mars; 2014 : 6 juin.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges LeBel,
Abella, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis et Wagner.

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

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne — Droit criminel — Détermination de la peine — Délinquants autochtones — Peine minimale obligatoire — Accusé reconnu coupable une cinquième fois de conduite avec facultés affaiblies — Demande d'une peine minimale obligatoire par le procureur du ministère public — Lorsque le ministère public demande une peine minimale obligatoire pour conduite avec facultés affaiblies, l'art. 7 de la Charte exige-t-il qu'il prenne en considération le statut d'Autochtone d'un accusé? — La prise en considération du statut d'Autochtone est-elle un principe de justice fondamentale? — La décision de demander une peine minimale obligatoire relève-t-elle du pouvoir discrétionnaire essentiel en matière de poursuites? — Norme de contrôle applicable aux décisions du ministère public — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7 — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 253(1)(b), 255(1)(a)(iii), 727(1).

The accused was convicted of impaired driving. The offence of impaired driving carries with it a minimum sentence of 30 days' imprisonment for a second offence and 120 days' imprisonment for a subsequent offence. These mandatory minimum sentences apply only if the Crown notifies the accused of its intention to seek a greater punishment prior to any plea. Crown counsel served a Notice of intent to seek greater punishment by reason of the accused's four previous impaired driving convictions. The trial judge held that Crown counsel breached s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* by tendering the Notice without considering the accused's Aboriginal status. The accused was sentenced to a 90-day intermittent sentence. The Court of Appeal dismissed an appeal from sentence.

Held: The appeal should be allowed and a term of imprisonment of 120 days should be substituted, with service of the remainder of the sentence stayed in accordance with the concession of the Crown.

This appeal raises two issues: (1) whether s. 7 of the *Charter* requires the Crown to consider an accused's Aboriginal status when making decisions that limit the sentencing options available to a judge — here, the decision to seek a mandatory minimum sentence for impaired driving; and (2) whether the decision to tender the Notice is a matter of “core” prosecutorial discretion, and if so, the standard by which it may be reviewed.

No constitutional obligation

Crown prosecutors are not constitutionally required to consider the Aboriginal status of an accused when deciding whether or not to seek a mandatory minimum sentence for impaired driving for two reasons.

First, while it is a principle of fundamental justice that a sentence be proportionate to the gravity of the offence and the degree of responsibility of the offender, the duty to impose a proportionate sentence rests upon judges, *not* Crown prosecutors. The proportionality principle requires judges to consider systemic and background factors, including Aboriginal status, which may bear on the culpability of the offender. There is no basis in law to support equating the distinct roles of the judge and the prosecutor in the sentencing process.

L'accusé a été reconnu coupable de conduite avec facultés affaiblies. Une peine minimale de 30 jours d'emprisonnement est infligée pour une deuxième infraction, et pour une infraction subséquente la peine minimale est de 120 jours d'emprisonnement. Ces peines minimales obligatoires ne sont infligées que si le ministère public avise l'accusé, avant tout plaider, de son intention de demander une peine plus sévère. Le procureur du ministère public a signifié un avis de son intention de demander une peine plus sévère puisque l'accusé avait déjà été reconnu coupable de conduite avec facultés affaiblies à quatre reprises. Le juge du procès a estimé qu'en signifiant l'avis à l'accusé sans prendre en considération son statut d'Autochtone, le procureur du ministère public avait contrevenu à l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. L'accusé a été condamné à une peine discontinue de 90 jours d'emprisonnement. La Cour d'appel a rejeté l'appel interjeté contre la peine.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli et une peine d'emprisonnement de 120 jours est substituée à la peine infligée, avec sursis de ce qui reste à courir de la peine conformément à la concession du ministère public.

Le pourvoi soulève deux questions. (1) L'art. 7 de la *Charte* oblige-t-il le ministère public à prendre en considération le statut d'Autochtone d'un accusé lorsqu'il prend des décisions qui limitent l'éventail des peines que peut infliger un juge — en l'espèce, la décision de demander une peine minimale obligatoire pour conduite avec facultés affaiblies? (2) La décision de produire l'avis relève-t-elle du pouvoir discrétionnaire « essentiel » en matière de poursuites et, dans l'affirmative, quelle est la norme selon laquelle elle peut être révisée?

Aucune obligation constitutionnelle

Les procureurs du ministère public ne sont pas tenus par la Constitution de prendre en considération le statut d'Autochtone d'un accusé lorsqu'ils décident s'il y a lieu de demander une peine minimale obligatoire pour conduite avec facultés affaiblies, et ce, pour deux raisons.

Premièrement, même si, selon le principe de justice fondamentale, une peine doit être proportionnelle à la gravité de l'infraction et au degré de responsabilité du délinquant, le devoir d'infliger une peine proportionnée incombe aux juges et *non* aux procureurs du ministère public. Le principe de la proportionnalité exige du juge qu'il prenne en considération les facteurs systémiques ou historiques, y compris le statut d'Autochtone, qui peuvent influencer sur la culpabilité du délinquant. Aucun principe de droit ne permet d'assimiler les rôles distincts du juge et du procureur dans le processus de détermination de la peine.

Second, the principle of fundamental justice that the accused asks this Court to recognize does not meet the test which governs principles of fundamental justice. A principle of fundamental justice must be a legal principle, enjoy consensus that the rule or principle is fundamental to the way in which the legal system ought fairly to operate, and be identified with sufficient precision to yield a manageable standard against which to measure deprivations of life, liberty or security of the person. The principle advanced by the accused does not meet the second requirement as it is contrary to a long-standing and deeply-rooted approach to the division of responsibility between the Crown prosecutor and the courts. It would greatly expand the scope of judicial review of discretionary decisions made by prosecutors and put at risk the adversarial nature of our criminal justice system by inviting judicial oversight of the numerous decisions that Crown prosecutors make on a daily basis.

Prosecutorial discretion

Decisions by Crown prosecutors are either exercises of prosecutorial discretion or tactics and conduct before the court. Subsequent to this Court's decision in *Krieger v. Law Society of Alberta*, 2002 SCC 65, [2002] 3 S.C.R. 372, confusion has arisen as to what is meant by "prosecutorial discretion" and the law has become cloudy. In particular, the use of the word "core" in *Krieger* has led to a narrow definition of prosecutorial discretion. The present appeal provides an opportunity for clarification.

"Prosecutorial discretion" is an expansive term. It covers all decisions regarding the nature and extent of the prosecution and the Attorney General's participation in it. Prosecutorial discretion is entitled to considerable deference. It must not be subjected to routine second-guessing by the courts. Judicial non-interference is a matter of principle based on the doctrine of separation of powers. In contrast, tactics and conduct before the court are governed by the inherent jurisdiction of the court to control its own processes. Deference is not owed to counsel who behave inappropriately in the courtroom, but a high degree of deference is accorded to the tactical decisions of counsel. Abuse of process is not a

Deuxièmement, le principe de justice fondamentale que l'accusé demande à notre Cour de reconnaître ne respecte pas le critère qui régit les principes de justice fondamentale. Un principe de justice fondamentale doit satisfaire aux conditions suivantes : il doit s'agir d'un principe juridique; il doit exister un consensus sur le fait que cette règle ou ce principe est essentiel au bon fonctionnement du système de justice, et il doit être défini avec suffisamment de précision pour constituer une norme fonctionnelle permettant d'évaluer l'atteinte à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne. Le principe que propose l'accusé ne satisfait pas à la deuxième condition puisqu'il est contraire à une approche reconnue depuis longtemps et fortement enracinée en ce qui concerne le partage de la responsabilité entre le procureur du ministère public et les tribunaux. Ce principe élargirait considérablement la portée du contrôle judiciaire des décisions discrétionnaires des poursuivants et mettrait en danger le caractère accusatoire de notre système de justice pénale en ouvrant la porte à la surveillance judiciaire des nombreuses décisions que prennent quotidiennement les procureurs du ministère public.

Pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites

Les décisions des procureurs du ministère public visent soit l'exercice du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites, soit la stratégie ou la conduite devant le tribunal. Après l'arrêt de notre Cour dans *Krieger c. Law Society of Alberta*, 2002 CSC 65, [2002] 3 R.C.S. 372, il y a eu une certaine confusion quant au sens à donner à l'expression « pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites » et le droit est devenu nébuleux à cet égard. En particulier, l'emploi de l'expression « au cœur de » dans *Krieger* a donné lieu à une définition étroite du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites. Le présent pourvoi nous donne l'occasion de le clarifier.

L'expression « pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites » est une expression large. Elle renvoie à toutes les décisions concernant la nature et l'étendue des poursuites ainsi que la participation du procureur général à celles-ci. Le pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites justifie une grande déférence. Il ne doit pas être susceptible d'une remise en cause systématique par les tribunaux. Par principe, compte tenu du partage des pouvoirs, les tribunaux n'interviennent pas dans le pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites. Par contre, la stratégie et la conduite du procureur du ministère public devant le tribunal sont assujetties à la compétence inhérente du tribunal de contrôler sa propre procédure. La

precondition for judicial intervention in relation to a party's tactics and conduct before the court.

Prosecutorial discretion is reviewable for abuse of process. The abuse of process doctrine is available where there is evidence that the Crown's conduct is egregious and seriously compromises trial fairness or the integrity of the justice system. The burden of proof lies on the accused to establish, on a balance of probabilities, a proper evidentiary foundation to proceed with an abuse of process claim, before requiring the Crown to provide reasons justifying its decision.

Tendering the Notice was a matter of prosecutorial discretion. In the complete absence of any evidence to support it, the accused's abuse of process argument must fail.

Cases Cited

Applied: *R. v. D.B.*, 2008 SCC 25, [2008] 2 S.C.R. 3; **explained:** *Krieger v. Law Society of Alberta*, 2002 SCC 65, [2002] 3 S.C.R. 372; *R. v. Gill*, 2012 ONCA 607, 112 O.R. (3d) 423; **distinguished:** *R. v. Gladue*, [1999] 1 S.C.R. 688; *R. v. Ipeelee*, 2012 SCC 13, [2012] 1 S.C.R. 433; *United States of America v. Leonard*, 2012 ONCA 622, 112 O.R. (3d) 496, leave to appeal refused, [2013] 1 S.C.R. v; **referred to:** *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law v. Canada (Attorney General)*, 2004 SCC 4, [2004] 1 S.C.R. 76; *R. v. Beare*, [1988] 2 S.C.R. 387; *R. v. Power*, [1994] 1 S.C.R. 601; *R. v. T. (V.)*, [1992] 1 S.C.R. 749; *R. v. Cook*, [1997] 1 S.C.R. 1113; *Miazga v. Kvello Estate*, 2009 SCC 51, [2009] 3 S.C.R. 339; *Sriskandarajah v. United States of America*, 2012 SCC 70, [2012] 3 S.C.R. 609; *R. v. Nixon*, 2011 SCC 34, [2011] 2 S.C.R. 566; *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411; *R. v. Jolivet*, 2000 SCC 29, [2000] 1 S.C.R. 751; *Application under s. 83.28 of the Criminal Code (Re)*, 2004 SCC 42, [2004] 2 S.C.R. 248; *R. v. Beaudry*, 2007 SCC 5, [2007] 1 S.C.R. 190; *R. v. Cunningham*, 2010 SCC 10, [2010] 1 S.C.R. 331; *Ontario v. Criminal Lawyers' Association of Ontario*, 2013 SCC 43, [2013] 3 S.C.R. 3; *R. v. S.G.T.*, 2010 SCC 20, [2010] 1 S.C.R. 688; *R. v. Auclair*, 2014 SCC 6, [2014] 1 S.C.R. 83.

déférence ne s'impose pas envers les avocats qui se comportent de façon inopportune dans la salle d'audience, mais notre système fait preuve d'une grande retenue envers les décisions tactiques des avocats. L'abus de procédure n'est pas une condition préalable à l'intervention du juge relativement à la stratégie ou à la conduite d'une partie devant le tribunal.

Le pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites est susceptible de contrôle judiciaire s'il y a eu abus de procédure. La règle de l'abus de procédure s'applique en présence d'éléments de preuve démontrant que la conduite du ministère public est inacceptable et compromet sérieusement l'équité du procès ou l'intégrité du système de justice. Avant que le ministère public soit tenu de justifier sa décision, il incombe à l'accusé d'établir, par prépondérance des probabilités, l'existence d'une preuve suffisante qu'une allégation relative à l'abus de procédure peut être examinée.

La production de l'avis relevait du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites. En l'absence totale de preuve pour l'étayer, l'argument de l'accusé fondé sur l'abus de procédure doit être rejeté.

Jurisprudence

Arrêt appliqué : *R. c. D.B.*, 2008 CSC 25, [2008] 2 R.C.S. 3; **arrêts expliqués :** *Krieger c. Law Society of Alberta*, 2002 CSC 65, [2002] 3 R.C.S. 372; *R. c. Gill*, 2012 ONCA 607, 112 O.R. (3d) 423; **distinction d'avec les arrêts :** *R. c. Gladue*, [1999] 1 R.C.S. 688; *R. c. Ipeelee*, 2012 CSC 13, [2012] 1 R.C.S. 433; *United States of America c. Leonard*, 2012 ONCA 622, 112 O.R. (3d) 496, autorisation d'appel refusée, [2013] 1 R.C.S. v; **arrêts mentionnés :** *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (Procureur général)*, 2004 CSC 4, [2004] 1 R.C.S. 76; *R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387; *R. c. Power*, [1994] 1 R.C.S. 601; *R. c. T. (V.)*, [1992] 1 R.C.S. 749; *R. c. Cook*, [1997] 1 R.C.S. 1113; *Miazga c. Kvello (Succession)*, 2009 CSC 51, [2009] 3 R.C.S. 339; *Sriskandarajah c. États-Unis d'Amérique*, 2012 CSC 70, [2012] 3 R.C.S. 609; *R. c. Nixon*, 2011 CSC 34, [2011] 2 R.C.S. 566; *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411; *R. c. Jolivet*, 2000 CSC 29, [2000] 1 R.C.S. 751; *Demande fondée sur l'art. 83.28 du Code criminel (Re)*, 2004 CSC 42, [2004] 2 R.C.S. 248; *R. c. Beaudry*, 2007 CSC 5, [2007] 1 R.C.S. 190; *R. c. Cunningham*, 2010 CSC 10, [2010] 1 R.C.S. 331; *Ontario c. Criminal Lawyers' Association of Ontario*, 2013 CSC 43, [2013] 3 R.C.S. 3; *R. c. S.G.T.*, 2010 CSC 20, [2010] 1 R.C.S. 688; *R. c. Auclair*, 2014 CSC 6, [2014] 1 R.C.S. 83.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 15(1).
Controlled Drugs and Substances Act, S.C. 1996, c. 19, ss. 5, 6.
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 92, 94, 95, 151, 152, 253(1), 255, 267(b), 271, 344, 718.1, 718.2, 727(1).
Extradition Act, S.C. 1999, c. 18, s. 44(1)(a).

Authors Cited

Code, Michael. “Judicial Review of Prosecutorial Decisions: A Short History of Costs and Benefits, in Response to Justice Rosenberg” (2009), 34 *Queen’s L.J.* 863.
 Frater, Robert J. *Prosecutorial Misconduct*. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 2009.
 Vanek, David. “Prosecutorial Discretion” (1988), 30 *Crim. L.Q.* 219.

APPEAL from a judgment of the Newfoundland and Labrador Court of Appeal (Green C.J.N.L. and Welsh and Rowe J.J.A.), 2013 NLCA 2, 331 Nfld. & P.E.I.R. 308, 1027 A.P.R. 308, 41 M.V.R. (6th) 194, 275 C.R.R. (2d) 127, 295 C.C.C. (3d) 262, [2013] 4 C.N.L.R. 209, [2013] N.J. No. 13 (QL), 2013 CarswellNfld 11, affirming a sentencing decision of English Prov. Ct. J., 2011 NLPC 1709A00569. Appeal allowed.

Iain R. W. Hollett, for the appellant.

Derek Hogan and Darlene Neville, for the respondent.

David Schermbrucker and Carole Sheppard, for the intervener the Director of Public Prosecutions of Canada.

Philip Perlmutter and Lorna Bolton, for the intervener the Attorney General of Ontario.

Kathryn A. Gregory and Cameron Gunn, Q.C., for the intervener the Attorney General of New Brunswick.

Joyce DeWitt-Van Oosten, Q.C., for the intervener the Attorney General of British Columbia.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 15(1).
Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 92, 94, 95, 151, 152, 253(1), 255, 267b), 271, 344, 718.1, 718.2, 727(1).
Loi réglementant certaines drogues et autres substances, L.C. 1996, ch. 19, art. 5, 6.
Loi sur l’extradition, L.C. 1999, ch. 18, art. 44(1)a).

Doctrine et autres documents cités

Code, Michael. « Judicial Review of Prosecutorial Decisions : A Short History of Costs and Benefits, in Response to Justice Rosenberg » (2009), 34 *Queen’s L.J.* 863.
 Frater, Robert J. *Prosecutorial Misconduct*. Aurora, Ont. : Canada Law Book, 2009.
 Vanek, David. « Prosecutorial Discretion » (1988), 30 *Crim. L.Q.* 219.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de Terre-Neuve-et-Labrador (le juge en chef Green et les juges Welsh et Rowe), 2013 NLCA 2, 331 Nfld. & P.E.I.R. 308, 1027 A.P.R. 308, 41 M.V.R. (6th) 194, 275 C.R.R. (2d) 127, 295 C.C.C. (3d) 262, [2013] 4 C.N.L.R. 209, [2013] N.J. No. 13 (QL), 2013 CarswellNfld 11, qui a confirmé une décision du juge English de la Cour provinciale relative à la détermination de la peine, 2011 NLPC 1709A00569. Pourvoi accueilli.

Iain R. W. Hollett, pour l’appelante.

Derek Hogan et Darlene Neville, pour l’intimé.

David Schermbrucker et Carole Sheppard, pour l’intervenant le directeur des poursuites pénales du Canada.

Philip Perlmutter et Lorna Bolton, pour l’intervenant le procureur général de l’Ontario.

Kathryn A. Gregory et Cameron Gunn, c.r., pour l’intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick.

Joyce DeWitt-Van Oosten, c.r., pour l’intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Kent Roach and Cheryl Milne, for the intervener the David Asper Centre for Constitutional Rights.

Jonathan Rudin and Emily Hill, for the intervener the Aboriginal Legal Services of Toronto Inc.

The judgment of the Court was delivered by

MOLDAVER J. —

I. Introduction

[1] This appeal raises the following question: Are Crown prosecutors constitutionally required to consider the Aboriginal status of an accused when deciding whether or not to seek a mandatory minimum sentence for impaired driving? The answer, in my view, must be no. There is no principle of fundamental justice that supports the existence of such a constitutional obligation. Absent such an obligation, the prosecutor’s decision is a matter of prosecutorial discretion which is reviewable by the courts only for abuse of process.

[2] The present appeal involves a scheme of escalating, mandatory minimum sentences for impaired driving convictions. These mandatory minimums are set out in s. 255 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46 (“*Code*”). Section 727(1) of the *Code* states that the mandatory minimums set out in s. 255 are applicable only if the Crown, in advance of any plea, notifies the accused of its intention to seek a greater punishment by reason of previous convictions (the “Notice”) and tenders proof at the sentencing hearing that the Notice was served. It is the Crown’s discretionary decision to tender the Notice at the sentencing hearing that is the subject of the current debate.

[3] The respondent, Mr. Anderson, submits that the Crown is constitutionally obligated under s. 7

Kent Roach et Cheryl Milne, pour l’intervenant David Asper Centre for Constitutional Rights.

Jonathan Rudin et Emily Hill, pour l’intervenante Aboriginal Legal Services of Toronto Inc.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE MOLDAVER —

I. Introduction

[1] Le présent pourvoi soulève la question suivante : les procureurs du ministère public sont-ils tenus par la Constitution de prendre en considération le statut d’Autochtone d’un accusé lorsqu’ils décident s’il y a lieu de demander une peine minimale obligatoire pour conduite avec facultés affaiblies? À mon avis, il faut répondre à cette question par la négative. Aucun principe de justice fondamentale n’appuie l’existence d’une telle obligation constitutionnelle. En l’absence d’une telle obligation, la décision du poursuivant est une question de pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites et les tribunaux ne peuvent contrôler cette décision que s’il y a eu abus de procédure.

[2] Le pourvoi dont nous sommes saisis a pour objet un régime de peines minimales obligatoires de sévérité croissante pour les infractions de conduite avec facultés affaiblies. Ces peines minimales obligatoires sont prévues à l’art. 255 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46 (« *Code* »). Selon le par. 727(1) du *Code*, les peines minimales obligatoires prévues à l’art. 255 ne sont infligées que si le ministère public avise l’accusé, avant tout plaidoyer, de son intention de demander une peine plus sévère du fait de condamnations antérieures (l’« avis ») et présente, à l’audience de détermination de la peine, une preuve de la signification de l’avis. En l’espèce, le débat porte sur la décision discrétionnaire du ministère public de produire l’avis à l’audience de détermination de la peine.

[3] L’intimé, M. Anderson, plaide que le ministère public a l’obligation constitutionnelle, aux

of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* to consider the accused's Aboriginal status in deciding whether or not to tender the Notice. According to Mr. Anderson, for sentencing purposes, consideration of Aboriginal status is a principle of fundamental justice. It follows that the Crown must consider it when making decisions that limit the sentencing options available to a judge.

[4] The Crown denies the existence of any such obligation. The Crown submits that the decision to tender the Notice is a matter of prosecutorial discretion. As such, it can only be reviewed for abuse of process. The Crown further submits that if mandatory minimum sentences within a statutory scheme prevent a judge from imposing a fit and just sentence that accords with the fundamental principle of proportionality, it is the scheme that should be challenged, not the exercise of prosecutorial discretion that has triggered it.

[5] For the reasons that follow, I conclude that Crown prosecutors are under no constitutional duty to consider the accused's Aboriginal status when tendering the Notice. As a matter of prosecutorial discretion, the decision is only reviewable for abuse of process.

II. Background

[6] Mr. Anderson was charged with the offence of driving with more than 80 milligrams of alcohol in 100 millilitres of blood contrary to s. 253(1)(b) of the *Code*. Before pleading guilty, he was served with a Notice. He later learned that the Crown intended to prove the Notice at the sentencing hearing. As this was Mr. Anderson's fifth impaired driving-related conviction, tendering the Notice meant that he would be subject to a mandatory minimum sentence of not less than 120 days' imprisonment under s. 255(1)(a)(iii) of the *Code*.

termes de l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, de prendre en considération le statut d'Autochtone de l'accusé lorsqu'il décide de produire ou non l'avis. Selon M. Anderson, pour les besoins de la détermination de la peine, la prise en considération du statut d'Autochtone est un principe de justice fondamentale. Il s'ensuit que le ministère public doit prendre en considération ce statut lorsqu'il prend des décisions qui limitent l'éventail des peines que peut infliger un juge.

[4] Le ministère public nie l'existence d'une telle obligation. Il plaide que la décision de produire l'avis relève du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites. En conséquence, la décision ne peut être révisée que s'il y a eu abus de procédure. Le ministère public plaide en outre que si les peines minimales obligatoires prévues dans un régime législatif empêchent un juge d'infliger une peine appropriée et juste qui soit conforme au principe fondamental de proportionnalité, il y a lieu de contester le régime en tant que tel et non l'exercice du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites qui l'a fait entrer en jeu.

[5] Pour les motifs qui suivent, je conclus que la Constitution n'oblige aucunement les procureurs du ministère public à prendre en considération le statut d'Autochtone lorsqu'ils produisent l'avis. S'agissant d'une question de pouvoir discrétionnaire en matière de poursuite, la décision ne peut être révisée que pour abus de procédure.

II. Contexte

[6] Monsieur Anderson a été accusé de conduite avec une alcoolémie supérieure à 80 milligrammes par 100 millilitres de sang, une infraction prévue à l'al. 253(1)b) du *Code*. Avant de plaider coupable, il s'est vu signifier un avis. Il a appris par la suite que le ministère public entendait faire la preuve de l'avis à l'audience de détermination de la peine. Puisqu'il s'agissait pour M. Anderson d'une cinquième condamnation pour conduite avec facultés affaiblies, la production de l'avis signifiait qu'il allait être passible, aux termes du sous-al. 255(1)a)(iii) du *Code*, d'une peine minimale obligatoire d'au moins 120 jours d'emprisonnement.

A. *Provincial Court of Newfoundland and Labrador, 2011 NLPC 1709A00569*

[7] Prior to the sentencing hearing, Mr. Anderson filed a *Charter* application in which he argued that ss. 255(1) and 727(1) of the *Code* violate s. 7 of the *Charter* because “the combined effect of the [provisions] is to transfer what is a judicial function to the prosecutor, namely, the setting of the floor or minimum sentence in a given case” (motion judgment, at para. 21). He also argued that the statutory scheme violated s. 15(1) of the *Charter* because it deprived an Aboriginal person of the opportunity to argue for a non-custodial sentence in an appropriate case.

[8] The trial judge, English Prov. Ct. J., accepted Mr. Anderson’s *Charter* arguments and concluded that the infringements of ss. 7 and 15(1) were not saved by s. 1 of the *Charter*. In order to ensure compliance with s. 7 of the *Charter*, he held that the Crown must in all cases, including those involving non-Aboriginal offenders, provide justification for relying on the Notice. As for the violation of s. 15(1), he declared the statutory scheme to be of no force and effect as it applied to Aboriginal offenders. Having determined that he was not bound by the minimums set out in s. 255(1), the trial judge sentenced Mr. Anderson to a 90-day intermittent sentence followed by two years’ probation. A five-year driving prohibition was also imposed.

B. *Newfoundland and Labrador Court of Appeal, 2013 NLCA 2, 331 Nfld. & P.E.I.R. 308*

[9] The Newfoundland and Labrador Court of Appeal rejected the Crown’s appeal. All members of the court held that where the Crown tenders the Notice at the sentencing hearing without considering the accused’s Aboriginal status, this renders the sentencing hearing fundamentally unfair, leading to a s. 7 *Charter* breach. According to the court, there would

A. *Cour provinciale de Terre-Neuve-et-Labrador, 2011 NLPC 1709A00569*

[7] Avant l’audience de détermination de la peine, M. Anderson a déposé une requête fondée sur la *Charte* dans laquelle il a plaidé que les par. 255(1) et 727(1) du *Code* violent l’art. 7 de la *Charte* parce que [TRADUCTION] « [les dispositions] ont pour effet conjugué de transférer au poursuivant une fonction judiciaire, à savoir l’établissement d’une peine minimale dans une affaire donnée » (jugement sur la requête, par. 21). Il a également plaidé que le régime législatif violait le par. 15(1) de la *Charte* parce qu’il privait un Autochtone de la possibilité de plaider en faveur d’une sanction autre que l’incarcération dans un cas approprié.

[8] En première instance, le juge English de la Cour provinciale a accueilli les arguments fondés sur la *Charte* soulevés par M. Anderson et a conclu que les atteintes à l’art. 7 et au par. 15(1) ne pouvaient se justifier au sens de l’article premier de la *Charte*. Le juge a statué que, pour assurer la conformité à l’art. 7 de la *Charte*, le ministère public devait dans tous les cas, y compris ceux mettant en cause des délinquants non autochtones, justifier pourquoi il s’appuyait sur l’avis. Pour ce qui est de la violation du par. 15(1), il a déclaré que le régime législatif était inopérant à l’égard des délinquants autochtones. Ayant jugé qu’il n’était pas lié par les peines minimales énoncées au par. 255(1), le juge du procès a condamné M. Anderson à une peine discontinue de 90 jours d’emprisonnement, suivie de deux ans de probation. Une interdiction de conduire durant cinq ans a également été imposée.

B. *Cour d’appel de Terre-Neuve-et-Labrador, 2013 NLCA 2, 331 Nfld. & P.E.I.R. 308*

[9] La Cour d’appel de Terre-Neuve-et-Labrador a rejeté l’appel du ministère public. À l’unanimité, la cour a statué que la production de l’avis par le ministère public à l’audience de détermination de la peine, sans que soit pris en considération le statut d’Autochtone de l’accusé, rendait l’audience de détermination de la peine fondamentalement injuste, entraînant une

be no breach of s. 7 if the Crown’s policy statement¹ regarding the decision to tender the Notice included a *specific* direction to consider the offender’s Aboriginal status. The absence of such a direction, and the lack of explanation on the part of the Crown for its decision to tender the Notice in this case, led the court to conclude that s. 7 of the *Charter* had been breached.

[10] The court split on how the Crown’s decision to tender the Notice should be characterized. Welsh J.A. considered it to be a matter of “core” prosecutorial discretion; Green C.J.N.L. and Rowe J.A. maintained that it was “outside a core prosecutorial function”: para. 49 (emphasis deleted). In the end, this difference of opinion did not affect the result and the Crown’s appeal was dismissed.

III. Relevant Statutory Provisions

[11] Section 253(1) of the *Code* sets out the offence of impaired driving:

253. (1) [Operation while impaired] Every one commits an offence who operates a motor vehicle or vessel or operates or assists in the operation of an aircraft or of railway equipment or has the care or control of a motor vehicle, vessel, aircraft or railway equipment, whether it is in motion or not,

(a) while the person’s ability to operate the vehicle, vessel, aircraft or railway equipment is impaired by alcohol or a drug; or

¹ Crown policy statements are designed to assist Crown prosecutors in the performance of their functions. In this case, there was a Crown policy statement pertaining to the decision of whether or not to tender the Notice. The policy statement stated that “service of the notice should be considered in all cases, in light of all circumstances of the offence and the background and circumstances of the offender” (Court of Appeal decision, at para. 19 (emphasis deleted)). The policy statement did not specifically reference Aboriginal status.

violation de l’art. 7 de la *Charte*. Selon la cour, il n’y aurait aucune violation de l’art. 7 si l’énoncé de politique du ministère public¹ relatif à la décision de produire l’avis renfermait une directive *particulière* indiquant que le statut d’Autochtone du délinquant doit être pris en considération. L’absence d’une telle directive et le fait que le ministère public n’avait pas expliqué sa décision de produire l’avis en l’espèce ont amené la cour à conclure à une violation de l’art. 7 de la *Charte*.

[10] La cour était partagée quant à la manière de qualifier la décision de produire l’avis. Le juge Welsh estimait qu’il s’agissait d’un pouvoir discrétionnaire « essentiel » du poursuivant; selon le juge en chef Green et le juge Rowe, cette décision [TRADUCTION] « ne relevait pas d’une fonction essentielle du poursuivant » : par. 49 (soulignement omis). En définitive, cette divergence de vues n’a pas eu d’incidence sur l’issue de l’affaire et l’appel du ministère public a été rejeté.

III. Dispositions législatives applicables

[11] Le paragraphe 253(1) du *Code* énonce l’infraction de conduite avec facultés affaiblies :

253. (1) [Capacité de conduite affaiblie] Commet une infraction quiconque conduit un véhicule à moteur, un bateau, un aéronef ou du matériel ferroviaire, ou aide à conduire un aéronef ou du matériel ferroviaire, ou a la garde ou le contrôle d’un véhicule à moteur, d’un bateau, d’un aéronef ou de matériel ferroviaire, que ceux-ci soient en mouvement ou non, dans les cas suivants :

a) lorsque sa capacité de conduire ce véhicule, ce bateau, cet aéronef ou ce matériel ferroviaire est affaiblie par l’effet de l’alcool ou d’une drogue;

¹ Les énoncés de politique visent à aider les procureurs du ministère public dans l’exercice de leurs fonctions. En l’espèce, un énoncé de politique du ministère public traitait de la décision de produire ou non l’avis. L’énoncé de politique prévoyait que [TRADUCTION] « la signification de l’avis doit être prise en considération dans tous les cas, à la lumière de toutes les circonstances de l’infraction et des antécédents et de la situation du délinquant » (motifs de la Cour d’appel, par. 19 (soulignement omis)). L’énoncé de politique ne mentionnait pas particulièrement le statut d’Autochtone.

(b) having consumed alcohol in such a quantity that the concentration in the person's blood exceeds eighty milligrams of alcohol in one hundred millilitres of blood.

[12] Section 255 of the *Code* sets out the escalating mandatory minimum penalties for impaired driving. For the purposes of this appeal, the relevant portion of s. 255 is the following:

255. (1) [Punishment] Every one who commits an offence under section 253 or 254 is guilty of an indictable offence or an offence punishable on summary conviction and is liable,

(a) whether the offence is prosecuted by indictment or punishable on summary conviction, to the following minimum punishment, namely,

(i) for a first offence, to a fine of not less than \$1,000,

(ii) for a second offence, to imprisonment for not less than 30 days, and

(iii) for each subsequent offence, to imprisonment for not less than 120 days;

[13] Section 727(1) of the *Code* sets out the requirement to give notice to the accused of the Crown's intention to seek the mandatory minimum punishment:

727. (1) [Previous conviction] Subject to subsections (3) and (4), where an offender is convicted of an offence for which a greater punishment may be imposed by reason of previous convictions, no greater punishment shall be imposed on the offender by reason thereof unless the prosecutor satisfies the court that the offender, before making a plea, was notified that a greater punishment would be sought by reason thereof.

[14] Section 718.2(e) of the *Code* states:

718.2 [Other sentencing principles] A court that imposes a sentence shall also take into consideration the following principles:

. . . .

b) lorsqu'il a consommé une quantité d'alcool telle que son alcoolémie dépasse quatre-vingts milligrammes d'alcool par cent millilitres de sang.

[12] L'article 255 du *Code* prévoit les peines minimales obligatoires de sévérité croissante dans les cas de conduite avec facultés affaiblies. Pour les besoins du présent pourvoi, la partie pertinente de l'art. 255 est la suivante :

255. (1) [Peine] Quiconque commet une infraction prévue à l'article 253 ou 254 est coupable d'une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire ou par mise en accusation et est passible :

a) que l'infraction soit poursuivie par mise en accusation ou par procédure sommaire, des peines minimales suivantes :

(i) pour la première infraction, une amende minimale de mille dollars,

(ii) pour la seconde infraction, un emprisonnement minimal de trente jours,

(iii) pour chaque infraction subséquente, un emprisonnement minimal de cent vingt jours;

[13] Le paragraphe 727(1) du *Code* énonce l'obligation d'aviser l'accusé de l'intention du ministère public de demander la peine minimale obligatoire :

727. (1) [Condamnations antérieures] Sous réserve des paragraphes (3) et (4), lorsque le délinquant est déclaré coupable d'une infraction pour laquelle une peine plus sévère peut être infligée du fait de condamnations antérieures, aucune peine plus sévère ne peut lui être infligée de ce fait à moins que le poursuivant ne convainque le tribunal que le délinquant, avant d'enregistrer son plaidoyer, a reçu avis qu'une peine plus sévère serait demandée de ce fait.

[14] L'alinéa 718.2(e) du *Code* dispose :

718.2 [Principes de détermination de la peine] Le tribunal détermine la peine à infliger compte tenu également des principes suivants :

. . . .

(e) all available sanctions other than imprisonment that are reasonable in the circumstances should be considered for all offenders, with particular attention to the circumstances of aboriginal offenders.

[15] Lastly, s. 7 of the *Charter* 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.

IV. Issues

[16] This appeal raises two issues: (1) whether s. 7 of the *Charter* requires the Crown to consider an accused's Aboriginal status when making decisions that limit the sentencing options available to a judge — here, the decision to seek a mandatory minimum sentence for impaired driving; and (2) whether the decision to tender the Notice is a matter of “core” prosecutorial discretion, and if so, the standard by which it may be reviewed.

[17] Before analyzing these two issues, a brief explanation of how they are connected is warranted. The respondent argues that all state actors (including Crown prosecutors) must consider Aboriginal status where a decision affects the liberty interest of an Aboriginal person. He maintains that this is a principle of fundamental justice. If this argument is accepted, it matters not whether the decision is one of prosecutorial discretion. The principle of fundamental justice — perhaps more aptly described as a constitutional duty — would apply regardless. As will be discussed in greater detail, prosecutorial discretion provides no answer to the breach of a constitutional duty. If, on the other hand, the respondent's argument is rejected, the distinction between prosecutorial discretion and tactics and conduct before the Court becomes important, as the categorization affects the standard of review to be applied to the decision.

e) l'examen de toutes les sanctions substitutives applicables qui sont justifiées dans les circonstances, plus particulièrement en ce qui concerne les délinquants autochtones.

[15] Enfin, l'art. 7 de la *Charte* est libellé ainsi :

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.

IV. Questions en litige

[16] Le présent pourvoi soulève deux questions. (1) L'art. 7 de la *Charte* oblige-t-il le ministère public à prendre en considération le statut d'Autochtone d'un accusé lorsqu'il prend des décisions qui limitent l'éventail des peines que peut infliger un juge — en l'espèce, la décision de demander une peine minimale obligatoire pour conduite avec facultés affaiblies? (2) La décision de produire l'avis relève-t-elle du pouvoir discrétionnaire « essentiel » en matière de poursuites et, dans l'affirmative, quelle est la norme selon laquelle elle peut être révisée?

[17] Il convient d'expliquer brièvement le lien qui unit ces deux questions avant de les analyser. L'intimé soutient que tous les représentants de l'État (y compris les procureurs du ministère public) doivent prendre en considération le statut d'Autochtone lorsqu'une décision porte atteinte à la liberté d'un Autochtone. Il s'agit selon lui d'un principe de justice fondamentale. Si cet argument est retenu, il n'importe pas que la décision relève du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites. Le principe de justice fondamentale — qu'il convient peut-être mieux de qualifier d'obligation constitutionnelle — s'appliquerait en tout état de cause. Comme nous le verrons plus en détail, le pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites n'est pas la solution au manquement à une obligation constitutionnelle. Si, par contre, l'argument de l'intimé est rejeté, la distinction entre, d'une part, le pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites et, d'autre part, la stratégie et la conduite devant la cour, revêt de l'importance car la qualification influe sur la norme de contrôle applicable à la décision.

V. Analysis

- A. *Does Section 7 of the Charter Require the Crown to Consider an Accused's Aboriginal Status When Making Decisions That Limit the Sentencing Options Available to a Judge?*

[18] Mr. Anderson submits that consideration of Aboriginal status in sentencing is a principle of fundamental justice that applies to all state actors, including Crown prosecutors. It follows that Crown prosecutors are constitutionally required to consider an accused's Aboriginal status when making a discretionary decision that limits the sentencing options available to a judge, including the decision to tender the Notice. In support of this argument, Mr. Anderson relies on s. 718.2(e) of the *Code*, as well as this Court's decisions in *R. v. Gladue*, [1999] 1 S.C.R. 688, and *R. v. Ipeelee*, 2012 SCC 13, [2012] 1 S.C.R. 433.

[19] The Crown submits that Mr. Anderson's argument stretches s. 718.2(e) of the *Code* beyond its intended purpose. According to the Crown, a statutory direction to sentencing judges cannot be transformed into a constitutional obligation on the Crown to take Aboriginal status into account when making a discretionary decision that limits a judge's sentencing options.

[20] In my view, there are two reasons why Mr. Anderson's argument must fail. First, it conflates the role of the prosecutor and the sentencing judge by imposing on prosecutors a duty that applies only to judges — the duty to impose a proportionate sentence. Second, the principle of fundamental justice that Mr. Anderson seeks does not meet the test that governs such principles, set out in *R. v. D.B.*, 2008 SCC 25, [2008] 2 S.C.R. 3.

V. Analyse

- A. *L'article 7 de la Charte oblige-t-il le ministère public à prendre en considération le statut d'Autochtone d'un accusé lorsqu'il prend des décisions qui limitent l'éventail des peines que peut infliger un juge?*

[18] Monsieur Anderson plaide que la prise en considération du statut d'Autochtone dans la détermination de la peine est un principe de justice fondamentale qui s'applique à tous les représentants de l'État, y compris les procureurs du ministère public. Il s'ensuit que les procureurs du ministère public sont tenus par la Constitution de prendre en considération le statut d'Autochtone d'un accusé lorsqu'ils prennent une décision discrétionnaire qui limite l'éventail des peines que peut infliger un juge, y compris la décision de produire l'avis. Au soutien de cet argument, M. Anderson invoque l'al. 718.2e) du *Code*, ainsi que les décisions de notre Cour dans *R. c. Gladue*, [1999] 1 R.C.S. 688, et *R. c. Ipeelee*, 2012 CSC 13, [2012] 1 R.C.S. 433.

[19] Le ministère public plaide que l'argument de M. Anderson étend la portée de l'al. 718.2e) du *Code* au-delà des fins qu'il est censé servir. Selon le ministère public, une directive législative adressée aux juges chargés de la détermination de la peine ne saurait être transformée en une obligation constitutionnelle imposée au ministère public de prendre en considération le statut d'Autochtone lorsqu'il prend une décision discrétionnaire qui limite l'éventail des peines que peut infliger un juge.

[20] À mon avis, l'argument de M. Anderson doit être rejeté pour deux raisons. Premièrement, cet argument confond le rôle du poursuivant et celui du juge chargé de déterminer la peine car il impose au poursuivant un devoir qui n'appartient qu'au juge — le devoir d'infliger une peine proportionnée. Deuxièmement, le principe de justice fondamentale que M. Anderson cherche à faire reconnaître ne satisfait pas au critère énoncé dans *R. c. D.B.*, 2008 CSC 25, [2008] 2 R.C.S. 3, qui régit les principes de ce genre.

(1) Imposing a Proportionate Sentence Is the Judge's Responsibility

[21] As LeBel J., for the majority of this Court, stated in *Ipeelee*, “[p]roportionality is the *sine qua non* of a just sanction” and a principle of fundamental justice: paras. 36-37. Proportionality means that the sentence must be “proportionate to both the gravity of the offence and the degree of responsibility of the offender” (*Ipeelee*, at para. 39 (emphasis deleted); see also s. 718.1 of the *Code*). “[S]ystemic and background factors [which include Aboriginal status] may bear on the culpability of the offender, [that is, the degree of responsibility of the offender,] to the extent that they shed light on his or her level of moral blameworthiness”: *Ipeelee*, at para. 73.

[22] The fundamental principle of proportionality has been codified. Section 718.1 of the *Code* states that “[a] sentence must be proportionate to the gravity of the offence and the degree of responsibility of the offender.” Section 718.2 of the *Code* lists numerous factors that sentencing judges must consider when crafting a fair and just sentence that accords with the fundamental principle of proportionality. Aboriginal status is one of these factors and is found in s. 718.2(e).

[23] In *Gladue*, this Court discussed s. 718.2(e) of the *Code* at length, noting that it was enacted to ameliorate the serious problem of overrepresentation of Aboriginal people in Canadian prisons and to encourage a restorative approach to sentencing: para. 93. The Court explained that “sentencing judges should pay particular attention to the circumstances of aboriginal offenders because those circumstances are unique, and different from those of non-aboriginal offenders” (*Gladue*, at para. 37 (emphasis deleted)). The Court held that, pursuant to s. 718.2(e), a judge must consider: “(A) The unique systemic or background factors which may have played a part in bringing the particular aboriginal offender before the courts; and (B) [t]he types of sentencing procedures and sanctions which may be appropriate in the circumstances for the offender

(1) Il appartient au juge d’infliger une peine proportionnée

[21] Comme l’a indiqué le juge LeBel au nom des juges majoritaires de notre Cour dans *Ipeelee*, « [l]a proportionnalité représente la condition *sine qua non* d’une sanction juste » et un principe de justice fondamentale : par. 36-37. La proportionnalité signifie que la peine doit être « proportionnelle à la fois à la gravité de l’infraction et au degré de responsabilité du délinquant » (*Ipeelee*, par. 39 (italiques omis); voir également l’art. 718.1 du *Code*). « [L]es facteurs systémiques et historiques [notamment le statut d’Autochtone] peuvent influencer sur la culpabilité du délinquant, [c’est-à-dire le degré de responsabilité du délinquant] dans la mesure où ils mettent en lumière son degré de culpabilité morale » : *Ipeelee*, par. 73.

[22] Le principe fondamental de la proportionnalité a été codifié. L’article 718.1 du *Code* prévoit que « [l]a peine est proportionnelle à la gravité de l’infraction et au degré de responsabilité du délinquant. » L’article 718.2 du *Code* énumère les nombreux facteurs que doivent prendre en considération les juges chargés de la détermination de la peine pour que celle-ci soit juste et équitable, en accord avec le principe fondamental de la proportionnalité. Le statut d’Autochtone constitue l’un de ces facteurs et il est mentionné à l’al. 718.2(e).

[23] Dans l’arrêt *Gladue*, notre Cour a examiné en détail l’al. 718.2(e) du *Code*, notant qu’il a été édicté pour remédier au grave problème de la surreprésentation des Autochtones dans les prisons canadiennes et encourager les juges à aborder la détermination de la peine selon une approche correctrice : par. 93. La Cour a expliqué que « les juges devraient porter une attention particulière aux circonstances dans lesquelles se trouvent les délinquants autochtones parce que ces circonstances sont particulières, et différentes de celles dans lesquelles se trouvent les non-autochtones » (*Gladue*, par. 37 (soulignement omis)). La Cour a estimé que, aux termes de l’al. 718.2(e), un juge doit prendre en considération « (A) les facteurs systémiques ou historiques distinctifs qui peuvent être une des raisons pour lesquelles le délinquant autochtone se retrouve devant les tribunaux, [et] (B)

because of his or her particular aboriginal heritage or connection”: *Gladue*, at para. 66.

[24] Section 718.2(e) was also central to the discussion in *Ipeelee*. In that case, the Court noted that the *Gladue* principles bear on the ultimate question of what is a fit and proper sentence and assist the judge in crafting a sentence that accords with the fundamental principle of proportionality. The failure of a sentencing judge to consider the unique circumstances of Aboriginal offenders thus breaches both the judge’s statutory obligations, under ss. 718.1 and 718.2 of the *Code*, and the principle of fundamental justice that sentences be proportionate: *Ipeelee*, at para. 87.

[25] Importantly, both *Gladue* and *Ipeelee* speak to the sentencing obligations of *judges* to craft a proportionate sentence for Aboriginal offenders. They make no mention of prosecutorial discretion and do not support Mr. Anderson’s argument that *prosecutors* must consider Aboriginal status when making a decision that limits the sentencing options available to a judge. Mr. Anderson’s argument in effect equates the duty of the judge and the prosecutor, but there is no basis in law to support equating their distinct roles in the sentencing process. It is *the judge’s* responsibility to impose sentence; likewise, it is *the judge’s* responsibility, within the applicable legal parameters, to craft a proportionate sentence. If a mandatory minimum regime requires a judge to impose a disproportionate sentence, the regime should be challenged.

[26] In so concluding, I have not ignored *United States of America v. Leonard*, 2012 ONCA 622, 112 O.R. (3d) 496, leave to appeal refused, [2013] 1 S.C.R. v, a case upon which Mr. Anderson relies. In *Leonard*, the United States sought the extradition

les 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 ses attaches autochtones » : *Gladue*, par. 66.

[24] L’alinéa 718.2e) est également au cœur de l’analyse dans *Ipeelee*. Dans cet arrêt, la Cour a fait remarquer que les principes énoncés dans *Gladue* se rapportent à la question ultime de savoir en quoi consiste une peine juste et appropriée et aident le juge à établir une peine conforme au principe fondamental de la proportionnalité. L’omission du juge chargé de déterminer la peine de tenir compte des circonstances particulières propres aux délinquants autochtones viole donc à la fois les obligations légales qui incombent au juge aux termes des art. 718.1 et 718.2 du *Code*, et le principe de justice fondamentale suivant lequel les peines doivent être proportionnées : *Ipeelee*, par. 87.

[25] Fait important, il est question, dans *Gladue* et *Ipeelee*, des obligations qui incombent aux *juges* chargés de la détermination de la peine d’établir une peine proportionnée à l’égard des délinquants autochtones. Dans ces arrêts, il n’est nullement fait mention du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites et ces arrêts n’étayent pas l’argument de M. Anderson selon lequel les *poursuivants* doivent prendre en considération le statut d’Autochtone lorsqu’ils prennent une décision qui limite l’éventail des peines que peut infliger un juge. L’argument de M. Anderson assimile le devoir du juge à celui du poursuivant, mais aucun principe de droit ne permet d’assimiler leurs rôles distincts dans le processus de détermination de la peine. Il appartient *au juge* d’infliger la peine; il *lui* appartient également d’établir une peine proportionnée, sans s’écarter des paramètres juridiques applicables. Si un régime de peine minimale obligatoire oblige un juge à infliger une peine disproportionnée, il y aurait lieu de contester le régime.

[26] Je ne suis pas arrivé à cette conclusion sans tenir compte de l’arrêt *United States of America c. Leonard*, 2012 ONCA 622, 112 O.R. (3d) 496, autorisation d’appel refusée, [2013] 1 R.C.S. v, un arrêt invoqué par M. Anderson. Dans cette affaire, les

of two Aboriginal Canadians. Sharpe J.A. held that in deciding whether or not to surrender the accused, the Minister of Justice was required to consider their Aboriginal status, noting that

the *Gladue* factors are not limited to criminal sentencing but . . . should be considered by all “decision-makers who have the power to influence the treatment of aboriginal offenders in the justice system” (*Gladue*, at para. 65) whenever an Aboriginal person’s liberty is at stake in criminal and related proceedings. That category includes extradition. [para. 85]

[27] Mr. Anderson submits that, like the Minister of Justice in *Leonard*, Crown prosecutors should be required to consider Aboriginal status as they are “decision-makers” who “have the power to influence the treatment of aboriginal offenders in the justice system” (*Gladue*, at para. 65). With respect, I cannot agree. The excerpt from *Leonard* upon which Mr. Anderson relies should not be taken out of context. Pursuant to s. 44(1)(a) of the *Extradition Act*, S.C. 1999, c. 18, the Minister of Justice must refuse to surrender an individual if “the surrender would be unjust or oppressive having regard to all the relevant circumstances”. As Sharpe J.A. notes, determining whether the surrender would be unjust or oppressive requires the Minister of Justice to compare the likely sentence that would be imposed in a foreign state *with the likely sentence that would be imposed in Canada* — a task which is impossible to do without reference to the *Gladue* principles. As Sharpe J.A. explained, the proper exercise of the Minister’s discretion in this context

requires an assessment of the likely result if the case were prosecuted domestically and a comparison of that result to the likely outcome in the foreign state if the individual sought were surrender[ed]. In the case of an Aboriginal offender, I fail to see how that assessment and comparison could be accomplished without reference to the *Gladue* principles. [para. 87]

États-Unis demandaient l’extradition de deux Canadiens autochtones. Le juge Sharpe a conclu qu’avant de décider d’extrader ou non les accusés, le ministre de la Justice était tenu de prendre en considération leur statut d’Autochtone, et il a fait remarquer que

[TRADUCTION] les facteurs énoncés dans l’arrêt *Gladue* ne se limitent pas à la détermination de la peine en matière pénale mais doivent être pris en considération par tous « les décideurs qui ont le pouvoir d’influer sur le traitement des délinquants autochtones dans le système de justice » (*Gladue*, par. 65) chaque fois que la liberté d’un Autochtone est en jeu dans un procès criminel et des instances connexes, notamment une procédure d’extradition. [par. 85]

[27] M. Anderson prétend que, tout comme le ministre de la Justice dans *Leonard*, les procureurs du ministère public devraient être tenus de prendre en considération le statut d’Autochtone parce que ce sont des « décideurs qui ont le pouvoir d’influer sur le traitement des délinquants autochtones dans le système de justice » (*Gladue*, par. 65). En toute déférence, je ne saurais être d’accord. L’extrait de *Leonard* sur lequel s’appuie M. Anderson ne doit pas être pris hors contexte. Aux termes de l’al. 44(1)a) de la *Loi sur l’extradition*, L.C. 1999, ch. 18, le ministre de la Justice doit refuser d’extrader une personne si « l’extradition serait injuste ou tyrannique compte tenu de toutes les circonstances ». Comme le fait remarquer le juge Sharpe, le fait de décider si l’extradition serait injuste ou tyrannique oblige le ministre de la Justice à comparer la peine qui serait vraisemblablement infligée dans un autre pays *et la peine qui serait vraisemblablement imposée au Canada*, une tâche qu’il est impossible d’accomplir sans se reporter aux principes établis dans *Gladue*. Comme l’a expliqué le juge Sharpe, l’exercice légitime du pouvoir discrétionnaire du ministre dans ce contexte

[TRADUCTION] requiert la détermination du résultat que donneraient vraisemblablement des poursuites intentées au pays et la comparaison de ce résultat avec l’issue probable dans le pays étranger si la personne recherchée était extradée. Dans le cas d’un délinquant autochtone, je ne vois pas comment l’on peut faire cette détermination et cette comparaison sans se reporter aux principes établis dans *Gladue*. [par. 87]

[28] It follows, in my view, that *Leonard* does not support the much broader application of *Gladue* that Mr. Anderson seeks.

(2) The R. v. D.B. Test Is Not Satisfied

[29] There is a further reason why Mr. Anderson's s. 7 argument must fail. The principle of fundamental justice that Mr. Anderson asks this Court to recognize — that Crown prosecutors must consider the Aboriginal status of the accused prior to making decisions that limit a judge's sentencing options — does not meet the test which governs principles of fundamental justice. As Abella J. observed for the majority in *D.B.*, at para. 46, a principle of fundamental justice must (1) be a legal principle, (2) enjoy consensus that the rule or principle is fundamental to the way in which the legal system ought fairly to operate, and (3) be identified with sufficient precision to yield a manageable standard against which to measure deprivations of life, liberty or security of the person. See also *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law v. Canada (Attorney General)*, 2004 SCC 4, [2004] 1 S.C.R. 76, at para. 8.

[30] The principle contended for by Mr. Anderson does not meet the second requirement that it enjoy consensus as a principle that is fundamental to the way in which the legal system ought to fairly operate. In fact, the principle is contrary to a long-standing and deeply rooted approach to the division of responsibility between the Crown prosecutor and the courts.

[31] We must begin by acknowledging that the principle advanced by Mr. Anderson would enormously expand the scope of judicial review of discretionary decisions made by prosecutors. In doing so, it puts at risk the adversarial nature of our criminal justice system by hobbling Crown prosecutors in the performance of their work and by inviting

[28] Par conséquent, je suis d'avis que l'arrêt *Leonard* n'étaye pas l'application beaucoup plus large de l'arrêt *Gladue* que M. Anderson cherche à obtenir.

(2) Le critère de l'arrêt R. c. D.B. n'est pas respecté

[29] Une autre raison explique pourquoi l'argument avancé par M. Anderson sur le fondement de l'art. 7 doit être rejeté. Le principe de justice fondamentale que M. Anderson demande à notre Cour de reconnaître — à savoir que les procureurs du ministère public doivent prendre en considération le statut d'Autochtone de l'accusé avant de prendre des décisions qui limitent l'éventail des peines que peut infliger un juge — ne respecte pas le critère qui régit les principes de justice fondamentale. Comme la juge Abella l'a fait remarquer au nom des juges majoritaires dans *D.B.*, par. 46, un principe de justice fondamentale doit satisfaire aux conditions suivantes : (1) il doit s'agir d'un principe juridique; (2) il doit exister un consensus sur le fait que cette règle ou ce principe est essentiel au bon fonctionnement du système de justice; (3) il doit être défini avec suffisamment de précision pour constituer une norme fonctionnelle permettant d'évaluer l'atteinte à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne. Voir aussi *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (Procureur général)*, 2004 CSC 4, [2004] 1 R.C.S. 76, par. 8.

[30] Le principe que propose M. Anderson ne satisfait pas à la deuxième condition selon laquelle il doit exister un consensus sur le fait que ce principe est essentiel au bon fonctionnement du système de justice. En fait, le principe proposé est contraire à une approche reconnue depuis longtemps et fortement enracinée en ce qui concerne le partage de la responsabilité entre le procureur du ministère public et les tribunaux.

[31] Il faut d'abord reconnaître que le principe que propose M. Anderson élargirait énormément la portée du contrôle judiciaire des décisions des poursuivants. Ce faisant, il met en danger le caractère accusatoire de notre système de justice pénale en entravant les procureurs du ministère public dans l'exécution de leur travail et en ouvrant la porte

judicial oversight of the numerous decisions that Crown prosecutors make on a daily basis. As the Crown has pointed out, the situations where Crown decisions have the potential to limit the sentencing judge's options and therefore the judge's ability to take s. 718.2(e) into account are many: A.F., at para. 145. These decisions include: proceeding with charges that attract a mandatory minimum sentence when other related offences have no mandatory minimum sentence (e.g. s. 95 as opposed to s. 92 or s. 94 of the *Code*); proceeding by indictment rather than summary conviction when different mandatory minimum sentences are required (e.g. ss. 151, 152 and 271 of the *Code*); and proceeding by indictment rather than by summary conviction when that decision precludes the possibility of a conditional sentence (e.g. s. 267(b) of the *Code*). Moreover, there are several provisions of the *Code* and the *Controlled Drugs and Substances Act*, S.C. 1996, c. 19, where a mandatory minimum is triggered by the Crown's decision to prove a particular aggravating factor — such as evidence of a firearm used in the commission of the offence (e.g. s. 344 of the *Code*; ss. 5 and 6 of the *Controlled Drugs and Substances Act*). As with the other examples provided, the decision to prove the aggravating factor limits the sentencing judge's options.

[32] Apart from the sheer volume of decisions that would be opened up for review, the Crown's decision to seek the mandatory minimum penalty — as we shall see — is a matter of prosecutorial discretion. There has been a long-standing and deeply engrained reluctance to permit routine judicial review of the exercise of that discretion. As affirmed in *R. v. Beare*, [1988] 2 S.C.R. 387, at p. 411, the Court “has already recognized that the existence of prosecutorial discretion does not offend the principles of fundamental justice”. And, as L'Heureux-Dubé J., for the majority of this Court,

à la surveillance judiciaire des nombreuses décisions que prennent quotidiennement les procureurs du ministère public. Comme l'a fait remarquer le ministère public, les situations où les décisions du ministère public peuvent limiter l'éventail des sanctions que peut infliger le juge chargé de la détermination de la peine — et donc sa faculté de prendre en compte l'al. 718.2e) — sont nombreuses : m.a., par. 145. C'est le cas notamment des décisions suivantes : porter des accusations qui entraînent une peine minimale obligatoire alors que d'autres infractions connexes n'entraînent aucune peine minimale obligatoire (p. ex., invoquer l'art. 95 plutôt que les art. 92 ou 94 du *Code*); intenter une poursuite par voie de mise en accusation plutôt que par procédure sommaire lorsque des peines minimales obligatoires sont prescrites (p. ex. les infractions prévues aux art. 151, 152 et 271 du *Code*); intenter une poursuite par voie de mise en accusation, plutôt que par procédure sommaire, lorsque cette décision exclut la possibilité d'une condamnation avec sursis (p. ex. l'infraction prévue à l'al. 267b) du *Code*). En outre, plusieurs dispositions du *Code* et de la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*, L.C. 1996, ch. 19, entraînent l'application d'une peine minimale obligatoire lorsque le ministère public décide de faire la preuve d'une circonstance aggravante — c'est le cas de la preuve qu'une arme à feu a été utilisée dans la perpétration de l'infraction (p. ex. l'art. 344 du *Code*; les art. 5 et 6 de la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*). À l'instar des autres exemples susmentionnés, la décision de faire la preuve de la circonstance aggravante limite l'éventail des peines que peut infliger le juge.

[32] Indépendamment du nombre considérable de décisions qui donneraient ouverture au contrôle judiciaire, la décision du ministère public de demander une peine minimale obligatoire — comme nous le verrons — est une question qui relève du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites. Il existe depuis longtemps une réticence fortement enracinée à permettre le contrôle judiciaire automatique de l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire. Comme elle l'a affirmé dans *R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387, p. 411, la Cour « a déjà reconnu que le pouvoir discrétionnaire de la poursuite ne porte pas atteinte

noted in *R. v. Power*, [1994] 1 S.C.R. 601, “the Crown cannot function as a prosecutor before the court while also serving under its general supervision. The court, in turn, cannot both supervise the exercise of prosecutorial discretion and act as an impartial arbitrator of the case presented to it” (p. 627). The imposition of a sweeping duty that opens up for routine judicial review all of the aforementioned decisions is contrary to our constitutional traditions. It cannot be a principle that is considered fundamental to the way in which our legal system ought fairly to operate.

[33] In sum, the principle of fundamental justice sought by Mr. Anderson must be rejected.

B. *Is the Crown’s Decision to Tender the Notice Against an Aboriginal Offender Reviewable?*

[34] Having concluded that the Crown is not under a constitutional obligation to consider the accused’s Aboriginal status when making a decision that limits the sentencing options available to a judge, the next question is whether the Crown’s decision to tender the Notice is reviewable in some other way, and if so, under what standard.

Review of Crown Decision Making

[35] There are two distinct avenues for judicial review of Crown decision making. The analysis will differ depending on which of the following is at issue: (1) exercises of prosecutorial discretion; or (2) tactics and conduct before the court.

[36] All Crown decision making is reviewable for abuse of process. However, as I will explain, exercises of prosecutorial discretion are *only* reviewable for abuse of process. In contrast, tactics and conduct before the court are subject to a wider range of review. The court may exercise its inherent

aux principes de justice fondamentale ». Et comme la juge L’Heureux-Dubé l’a fait remarquer au nom des juges majoritaires de la Cour dans *R. c. Power*, [1994] 1 R.C.S. 601, « le ministère public ne peut fonctionner à titre de poursuivant devant le tribunal tout en étant également assujéti à sa surveillance générale. Pour sa part, le tribunal ne peut à la fois superviser l’exercice du pouvoir discrétionnaire de la poursuite et agir à titre d’arbitre impartial de l’affaire qui lui est soumise » (p. 627). L’imposition d’une obligation très générale qui donne ouverture à la révision automatique de toutes les décisions susmentionnées va à l’encontre de nos traditions constitutionnelles. Il ne peut s’agir là d’un principe considéré comme essentiel au bon fonctionnement de notre système de justice.

[33] En résumé, le principe de justice fondamentale que fait valoir M. Anderson doit être rejeté.

B. *La décision du ministère public de produire l’avis à l’égard d’un délinquant autochtone peut-elle être révisée?*

[34] Ayant conclu que la Constitution n’oblige pas le ministère public à prendre en considération le statut d’Autochtone de l’accusé lorsqu’il prend une décision qui limite l’éventail des peines que peut infliger un juge, il s’agit maintenant de déterminer si la décision du ministère public de produire l’avis peut être révisée d’une autre façon et, dans l’affirmative, selon quelle norme.

Contrôle des décisions du ministère public

[35] Le contrôle judiciaire des décisions du ministère public peut se faire suivant deux voies distinctes. L’analyse différera selon qu’il s’agit de contrôler (1) l’exercice du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites, ou (2) la stratégie ou la conduite devant le tribunal.

[36] Toutes les décisions du ministère public sont susceptibles de révision s’il y a eu abus de procédure. Toutefois, ainsi que je vais l’expliquer, l’exercice du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites peut être révisé en cas d’abus de procédure *seulement*. Par contre, la stratégie ou la

jurisdiction to control its own processes even in the absence of abuse of process.

(a) *Prosecutorial Discretion*

[37] This Court has repeatedly affirmed that prosecutorial discretion is a necessary part of a properly functioning criminal justice system: *Beare*, at p. 410; *R. v. T. (V.)*, [1992] 1 S.C.R. 749, at pp. 758-62; *R. v. Cook*, [1997] 1 S.C.R. 1113, at para. 19. In *Miazga v. Kvello Estate*, 2009 SCC 51, [2009] 3 S.C.R. 339, at para. 47, the fundamental importance of prosecutorial discretion was said to lie, “not in protecting the interests of individual Crown attorneys, but in advancing the public interest by enabling prosecutors to make discretionary decisions in fulfilment of their professional obligations without fear of judicial or political interference, thus fulfilling their quasi-judicial role as ‘ministers of justice’”. More recently, in *Sriskandarajah v. United States of America*, 2012 SCC 70, [2012] 3 S.C.R. 609, at para. 27, this Court observed that “[n]ot only does prosecutorial discretion accord with the principles of fundamental justice — it constitutes an indispensable device for the effective enforcement of the criminal law”.

[38] Unfortunately, subsequent to this Court’s decision in *Krieger v. Law Society of Alberta*, 2002 SCC 65, [2002] 3 S.C.R. 372, confusion has arisen as to what is meant by “prosecutorial discretion” and the law has become cloudy. The present appeal provides an opportunity for clarification.

[39] In *Krieger*, this Court provided the following description of prosecutorial discretion:

“Prosecutorial discretion” is a term of art. It does not simply refer to any discretionary decision made by a Crown prosecutor. Prosecutorial discretion refers to

conduite devant le tribunal peut être l’objet d’un contrôle plus large. La cour peut exercer sa compétence inhérente en vue de faire respecter sa propre procédure, même en l’absence d’abus de procédure.

a) *Le pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites*

[37] Notre Cour a affirmé à maintes reprises que le pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites est un élément essentiel au bon fonctionnement de la justice criminelle : *Beare*, p. 410; *R. c. T. (V.)*, [1992] 1 R.C.S. 749, p. 758-762; *R. c. Cook*, [1997] 1 R.C.S. 1113, par. 19. Dans *Miazga c. Kvello (Succession)*, 2009 CSC 51, [2009] 3 R.C.S. 339, par. 47, notre Cour a estimé que l’importance fondamentale du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites « tient à la défense de l’intérêt public, et non à la protection des droits individuels des procureurs de la Couronne, car elle permet à ces derniers de prendre des décisions discrétionnaires dans l’exécution de leurs obligations professionnelles sans craindre d’ingérence judiciaire ou politique et de s’acquitter ainsi de leur rôle quasi judiciaire de [TRADUCTION] “représentants de la justice” ». Plus récemment, dans *Sriskandarajah c. États-Unis d’Amérique*, 2012 CSC 70, [2012] 3 R.C.S. 609, par. 27, la Cour a fait remarquer que « [l]e pouvoir discrétionnaire du poursuivant est non seulement conforme aux principes de justice fondamentale, mais il représente un mécanisme essentiel d’application efficace du droit criminel ».

[38] Malheureusement, après l’arrêt de notre Cour dans *Krieger c. Law Society of Alberta*, 2002 CSC 65, [2002] 3 R.C.S. 372, il y a eu une certaine confusion quant au sens à donner à l’expression « pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites » et le droit est devenu nébuleux à cet égard. Le présent pourvoi nous donne l’occasion de le clarifier.

[39] Dans *Krieger*, notre Cour a décrit de la façon suivante le pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites :

L’expression « pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites » est une expression technique. Elle ne désigne pas simplement la décision discrétionnaire d’un procureur

the use of those powers that constitute the core of the Attorney General's office and which are protected from the influence of improper political and other vitiating factors by the principle of independence. [para. 43]

[40] The Court went on to provide the following examples of prosecutorial discretion: whether to bring the prosecution of a charge laid by police; whether to enter a stay of proceedings in either a private or public prosecution; whether to accept a guilty plea to a lesser charge; whether to withdraw from criminal proceedings altogether; and whether to take control of a private prosecution (para. 46). The Court continued:

Significantly, what is common to the various elements of prosecutorial discretion is that they involve the ultimate decisions as to whether a prosecution should be brought, continued or ceased, and what the prosecution ought to be for. Put differently, prosecutorial discretion refers to decisions regarding the nature and extent of the prosecution and the Attorney General's participation in it. Decisions that do not go to the nature and extent of the prosecution, i.e., the decisions that govern a Crown prosecutor's tactics or conduct before the court, do not fall within the scope of prosecutorial discretion. Rather, such decisions are governed by the inherent jurisdiction of the court to control its own processes once the Attorney General has elected to enter into that forum. [Emphasis added; emphasis in original deleted; para. 47.]

[41] Since *Krieger*, courts have struggled with the distinction between prosecutorial discretion, and tactics and conduct. The use of the word "core" in *Krieger* has led to a narrow definition of prosecutorial discretion, notwithstanding the expansive language used in *Krieger* to define the term, namely: ". . . decisions regarding the nature and extent of the prosecution and the Attorney General's participation in it" (para. 47). Difficulty in defining the term has also led to confusion regarding the standard of review by which particular Crown decisions are to be assessed.

du ministère public, mais vise l'exercice des pouvoirs qui sont au cœur de la charge de procureur général et que le principe de l'indépendance protège contre l'influence de considérations politiques inappropriées et d'autres vices. [par. 43]

[40] La Cour donne ensuite les exemples suivants du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites : intenter ou non des poursuites relativement à une accusation portée par la police; ordonner un arrêt des procédures dans le cadre de poursuites privées ou publiques; accepter un plaidoyer de culpabilité relativement à une accusation moins grave; se retirer complètement de procédures criminelles; prendre en charge des poursuites privées (par. 46). La Cour ajoute ce qui suit :

Fait important, le point commun entre les divers éléments du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites est le fait qu'ils comportent la prise d'une décision finale quant à savoir s'il y a lieu d'intenter ou de continuer des poursuites ou encore d'y mettre fin, d'une part, et quant à l'objet des poursuites, d'autre part. Autrement dit, le pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites vise les décisions concernant la nature et l'étendue des poursuites ainsi que la participation du procureur général à celles-ci. Les décisions qui ne portent pas sur la nature et l'étendue des poursuites, c'est-à-dire celles qui ont trait à la stratégie ou à la conduite du procureur du ministère public devant le tribunal, ne relèvent pas du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites. Ces décisions relèvent plutôt de la compétence inhérente du tribunal de contrôler sa propre procédure une fois que le procureur général a choisi de se présenter devant lui. [Je souligne; soulignements dans l'original omis; par. 47.]

[41] Depuis l'arrêt *Krieger*, la distinction entre le pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites, d'une part, et la stratégie et la conduite, d'autre part, a donné du fil à retordre aux tribunaux. L'emploi de l'expression « au cœur de » dans *Krieger* a donné lieu à une définition étroite du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites, malgré la formulation libérale employée dans *Krieger* pour définir l'expression, à savoir : « . . . les décisions concernant la nature et l'étendue des poursuites ainsi que la participation du procureur général à celles-ci » (par. 47). La difficulté à définir l'expression a également semé la confusion quant à la norme de contrôle applicable à l'appréciation de décisions données du ministère public.

[42] The current appeal presents a good illustration of both problems. As noted earlier, the Newfoundland and Labrador Court of Appeal split on the issue of how to characterize the Crown’s decision to tender the Notice. Welsh J.A. held that it was a matter of “core” prosecutorial discretion, whereas Green C.J.N.L. and Rowe J.A. (following *R. v. Gill*, 2012 ONCA 607, 112 O.R. (3d) 423, at paras. 54-56), considered it to be a tactical decision and thus “outside [the] core” (para. 49).

[43] The court also diverged on the applicable standard of review. Welsh J.A. held that the distinction between core decisions and decisions falling outside the core was of no consequence as both types of decisions were reviewable on the same standard — the standard articulated in *Gill*, in which the Ontario Court of Appeal held that the decision to tender the Notice was reviewable if it (1) undermined the integrity of the administration of justice; (2) operated in a manner that rendered the sentencing proceedings fundamentally unfair; (3) was arbitrary; or (4) resulted in a limit on the accused’s liberty that was grossly disproportionate to the state interest in pursuing a particular course of action (*Gill*, at para. 59). Green C.J.N.L. and Rowe J.A. disagreed. In their view, tactical decisions (decisions “outside the core”) were reviewable according to the *Gill* standard, whereas “core” prosecutorial discretion was reviewable solely for abuse of process. The diverging views present in this case, and in many others, demonstrate the unsatisfactory state of the law.

[44] In an effort to clarify, I think we should start by recognizing that the term “prosecutorial discretion” is an expansive term that covers all “decisions regarding the nature and extent of the

[42] Le présent pourvoi illustre bien les deux problèmes. Rappelons que la Cour d’appel de Terre-Neuve-et-Labrador était partagée quant à la manière de qualifier la décision du ministère public de produire l’avis. La juge Welsh a statué que la décision en cause relevait du pouvoir discrétionnaire [TRADUCTION] « essentiel » en matière de poursuites, alors que le juge en chef Green et le juge Rowe (s’appuyant sur l’arrêt *R. c. Gill*, 2012 ONCA 607, 112 O.R. (3d) 423, par. 54-56), ont estimé qu’il s’agissait d’une décision stratégique qui [TRADUCTION] « ne relevait donc pas de ce pouvoir essentiel » (par. 49).

[43] La cour était également divisée quant à la norme de contrôle applicable. La juge Welsh a statué que la distinction entre les décisions essentielles et celles qui ne l’étaient pas n’avait pas de conséquences, puisque, dans les deux cas, les décisions pouvaient être révisées selon la même norme de contrôle — la norme énoncée dans *Gill*, où la Cour d’appel de l’Ontario a statué que la décision de produire l’avis pouvait être révisée si l’une des conditions suivantes était remplie : (1) la décision a porté atteinte à l’intégrité de l’administration de la justice; (2) elle a eu pour effet de rendre la procédure de détermination de la peine fondamentalement inéquitable; (3) elle était arbitraire; (4) elle a donné lieu à une restriction de la liberté de l’accusé qui était exagérément disproportionnée à l’intérêt qu’a l’État à prendre une mesure donnée (*Gill*, par. 59). Le juge en chef Green et le juge Rowe n’étaient pas de cet avis. Selon eux, les décisions stratégiques (les décisions « non essentielles ») pouvaient être révisées selon la norme énoncée dans *Gill*, alors que le pouvoir discrétionnaire « essentiel » en matière de poursuites n’était susceptible de révision que s’il y avait eu abus de procédure. Les points de vue divergents en l’espèce, et dans beaucoup d’autres affaires, montrent bien que la règle de droit en la matière laisse à désirer.

[44] En vue de clarifier la règle, je crois que nous devons d’abord reconnaître que l’expression « pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites » est une expression large qui renvoie à toutes « les

prosecution and the Attorney General's participation in it" (*Krieger*, at para. 47). As this Court has repeatedly noted, "[p]rosecutorial discretion refers to the discretion exercised by the Attorney-General in matters within his authority in relation to the prosecution of criminal offences" (*Krieger*, at para. 44, citing *Power*, at p. 622, quoting D. Vanek, "Prosecutorial Discretion" (1988), 30 *Crim. L.Q.* 219, at p. 219 (emphasis added)). While it is likely impossible to create an exhaustive list of the decisions that fall within the nature and extent of a prosecution, further examples to those in *Krieger* include: the decision to repudiate a plea agreement (as in *R. v. Nixon*, 2011 SCC 34, [2011] 2 S.C.R. 566); the decision to pursue a dangerous offender application; the decision to prefer a direct indictment; the decision to charge multiple offences; the decision to negotiate a plea; the decision to proceed summarily or by indictment; and the decision to initiate an appeal. All pertain to the nature and extent of the prosecution. As can be seen, many stem from the provisions of the *Code* itself, including the decision in this case to tender the Notice.

[45] In sum, prosecutorial discretion applies to a wide range of prosecutorial decision making. That said, care must be taken to distinguish matters of prosecutorial discretion from constitutional obligations. The distinction between prosecutorial discretion and the constitutional obligations of the Crown was made in *Krieger*, where the prosecutor's duty to disclose relevant evidence to the accused was at issue:

In *Stinchcombe*, *supra*, the Court held that the Crown has an obligation to disclose all relevant information to the defence. While the Crown Attorney retains the discretion not to disclose irrelevant information, disclosure of relevant evidence is not, therefore, a matter of

décisions concernant la nature et l'étendue des poursuites ainsi que la participation du procureur général à celles-ci » (*Krieger*, par. 47). Comme notre Cour l'a fait remarquer à maintes reprises, « [l]e pouvoir discrétionnaire [en matière de poursuites] renvoie à la discrétion exercée par le procureur général dans les affaires qui relèvent de sa compétence relativement à la poursuite d'infractions criminelles » (*Krieger*, par. 44, citant *Power*, p. 622, citant D. Vanek, « Prosecutorial Discretion » (1988), 30 *Crim. L.Q.* 219, p. 219 (je souligne)). Bien qu'il soit sans doute impossible de dresser une liste exhaustive des décisions qui relèvent de la nature et de l'étendue des poursuites, nous pouvons ajouter, outre ceux donnés dans *Krieger*, les exemples suivants : la décision de répudier une entente sur le plaidoyer (comme dans *R. c. Nixon*, 2011 CSC 34, [2011] 2 R.C.S. 566); la décision d'introduire une demande de déclaration de délinquant dangereux; la décision de procéder par voie de mise en accusation directe; la décision de porter des accusations alléguant la perpétration de plusieurs infractions; la décision de négocier sur un plaidoyer; la décision de procéder par voie sommaire ou par voie de mise en accusation; la décision d'interjeter appel. Toutes ces décisions ont trait à la nature et à l'étendue des poursuites. Comme on peut le voir, plusieurs découlent de dispositions du *Code* même, y compris la décision en l'espèce de produire l'avis.

[45] En résumé, l'expression « pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites » renvoie à un vaste éventail de décisions que peut prendre un poursuivant. Cela dit, il faut prendre soin de faire la distinction entre les questions qui relèvent de ce pouvoir et les obligations constitutionnelles. La distinction entre le pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites et les obligations constitutionnelles du ministère public a été faite dans *Krieger*, où était en cause l'obligation du poursuivant de communiquer la preuve pertinente à l'accusé :

Dans l'arrêt *Stinchcombe*, précité, notre Cour a conclu que le ministère public est tenu de communiquer à la défense tous les renseignements pertinents. Par conséquent, bien que le procureur du ministère public conserve le pouvoir discrétionnaire de ne pas communiquer

prosecutorial discretion but, rather, is a prosecutorial duty. [Emphasis added; para. 54.]

Manifestly, the Crown possesses no discretion to breach the *Charter* rights of an accused. In other words, prosecutorial discretion provides no shield to a Crown prosecutor who has failed to fulfill his or her constitutional obligations such as the duty to provide proper disclosure to the defence.

(i) The Standard of Review for Prosecutorial Discretion

[46] The many decisions that Crown prosecutors are called upon to make in the exercise of their prosecutorial discretion must not be subjected to routine second-guessing by the courts. The courts have long recognized that decisions involving prosecutorial discretion are unlike other decisions made by the executive: see M. Code, “Judicial Review of Prosecutorial Decisions: A Short History of Costs and Benefits, in Response to Justice Rosenberg” (2009), 34 *Queen’s L.J.* 863, at p. 867. Judicial non-interference with prosecutorial discretion has been referred to as a “matter of principle based on the doctrine of separation of powers as well as a matter of policy founded on the efficiency of the system of criminal justice” which also recognizes that prosecutorial discretion is “especially ill-suited to judicial review”: *Power*, at p. 623. In *Krieger*, the Court discussed the separation of powers doctrine as a basis for judicial deference to prosecutorial discretion:

In our theory of government, it is the sovereign who holds the power to prosecute his or her subjects. A decision of the Attorney General, or of his or her agents, within the authority delegated to him or her by the sovereign is not subject to interference by other arms of government. An exercise of prosecutorial discretion will, therefore, be treated with deference by the courts and by other members of the executive [para. 45]

des renseignements non pertinents, la communication d’éléments de preuve pertinents est affaire non pas de pouvoir discrétionnaire mais plutôt d’obligation de sa part. [Je souligne; par. 54.]

Manifestement, le ministère public n’a pas le pouvoir discrétionnaire de porter atteinte aux droits que la *Charte* garantit à un accusé. Autrement dit, le pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites ne protège aucunement le procureur du ministère public qui ne s’est pas acquitté de ses obligations constitutionnelles, par exemple celle de communiquer adéquatement la preuve à la défense.

(i) La norme de contrôle du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites

[46] Les nombreuses décisions que sont appelés à prendre les procureurs du ministère public dans l’exercice de leur pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites ne doivent pas être susceptibles d’une remise en cause systématique par les tribunaux. Les tribunaux reconnaissent depuis longtemps que les décisions prises dans l’exercice du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites sont différentes de celles prises par l’exécutif : voir M. Code, « Judicial Review of Prosecutorial Decisions : A Short History of Costs and Benefits, in Response to Justice Rosenberg » (2009), 34 *Queen’s L.J.* 863, p. 867. Si les tribunaux n’interviennent pas dans le pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites, c’est « par principe, compte tenu du partage des pouvoirs, de l’efficacité du système de justice criminelle », et parce qu’ils reconnaissent que ce pouvoir discrétionnaire « se prête particulièrement mal au contrôle judiciaire » : *Power*, p. 623. Dans *Krieger*, la Cour a examiné la théorie du partage des pouvoirs en tant que fondement de la retenue dont les tribunaux font preuve à l’égard du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites :

Dans notre système gouvernemental, c’est le souverain qui a le pouvoir de poursuivre ses sujets. Les autres organes du gouvernement ne peuvent pas modifier une décision que le procureur général ou l’un de ses mandataires a prise dans l’exercice du pouvoir que le souverain lui a délégué. Par conséquent, les tribunaux [et] les autres membres de l’exécutif [. . .] font preuve de retenue à l’égard de l’exercice du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites. [par. 45]

[47] The Court also noted the more practical problems associated with regular review of prosecutorial discretion:

The quasi-judicial function of the Attorney General cannot be subjected to interference from parties who are not as competent to consider the various factors involved in making a decision to prosecute. To subject such decisions to political interference, or to judicial supervision, could erode the integrity of our system of prosecution. [para. 32]

[48] Manifestly, prosecutorial discretion is entitled to considerable deference. It is not, however, immune from all judicial oversight. This Court has repeatedly affirmed that prosecutorial discretion is reviewable for abuse of process: *Krieger*, at para. 32; *Nixon*, at para. 31; *Miazga*, at para. 46.

[49] The jurisprudence pertaining to the review of prosecutorial discretion has employed a range of terminology to describe the type of prosecutorial conduct that constitutes abuse of process. In *Krieger*, this Court used the term “flagrant impropriety” (para. 49). In *Nixon*, the Court held that the abuse of process doctrine is available where there is evidence that the Crown’s decision “undermines the integrity of the judicial process” or “results in trial unfairness” (para. 64). The Court also referred to “improper motive[s]” and “bad faith” in its discussion (para. 68).

[50] Regardless of the precise language used, the key point is this: abuse of process refers to Crown conduct that is egregious and seriously compromises trial fairness and/or the integrity of the justice system. Crown decisions motivated by prejudice against Aboriginal persons would certainly meet this standard.

[51] In sum, prosecutorial discretion is reviewable solely for abuse of process. The *Gill* test applied by the Newfoundland and Labrador Court of Appeal was developed at a time when courts were struggling with the post-*Krieger* “core” versus “outside the

[47] Notre Cour a aussi souligné les problèmes pratiques particuliers liés à la révision systématique du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites :

La fonction quasi judiciaire du procureur général ne saurait faire l’objet d’une ingérence de la part de parties qui ne sont pas aussi compétentes que lui pour analyser les divers facteurs à l’origine de la décision de poursuivre. Assujettir ce genre de décisions à une ingérence politique ou à la supervision des tribunaux pourrait miner l’intégrité de notre système de poursuites. [par. 32]

[48] Manifestement, le pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites justifie une grande déférence. Toutefois, il n’est pas à l’abri de toute surveillance judiciaire. Notre Cour a affirmé à maintes reprises que le pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites est susceptible de contrôle judiciaire s’il y a eu abus de procédure : *Krieger*, par. 32; *Nixon*, par. 31; *Miazga*, par. 46.

[49] Dans la jurisprudence portant sur le contrôle du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites, le type de comportement de la poursuite qui constitue un abus de procédure a été décrit de diverses façons. Dans *Krieger*, notre Cour a employé l’expression « conduite répréhensible flagrante » (par. 49). Dans *Nixon*, la Cour a estimé que la règle de l’abus de procédure s’applique en présence d’éléments de preuve démontrant que la décision du ministère public « min[e] l’intégrité du processus judiciaire » ou « rend le procès inéquitable » (par. 64). La Cour a également fait état, dans son analyse, de « motif illégitime » et de « mauvaise foi » (par. 68).

[50] Indépendamment des termes employés, l’abus de procédure s’entend essentiellement d’une conduite du ministère public qui est inacceptable et qui compromet sérieusement l’équité du procès ou l’intégrité du système de justice. Les décisions du ministère public motivées par des préjugés à l’égard des Autochtones répondraient certainement à ce critère.

[51] En résumé, le pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites est susceptible de contrôle judiciaire seulement s’il y a eu abus de procédure. Le critère énoncé dans *Gill* qu’a appliqué la Cour d’appel de Terre-Neuve-et-Labrador a été élaboré à

core” dichotomy. To the extent the *Gill* test suggests that conduct falling short of abuse of process may form a basis for reviewing prosecutorial discretion, respectfully, it should not be followed.

(ii) The Threshold Evidentiary Burden

[52] The burden of proof for establishing abuse of process lies on the claimant, who must prove it on a balance of probabilities: *Cook*, at para. 62; *R. v. O’Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411, at para. 69, *per* L’Heureux-Dubé J.; *R. v. Jolivet*, 2000 SCC 29, [2000] 1 S.C.R. 751, at para. 19. However, given the unique nature of prosecutorial discretion — specifically, the fact that the Crown will typically (if not always) be the only party who will know *why* a particular decision was made — this Court in *Nixon* recognized that where prosecutorial discretion is challenged, the Crown may be required to provide reasons justifying its decision where the claimant establishes a proper evidentiary foundation: para. 60.

[53] In *Nixon*, this Court noted the following reasons as to why there must be a “proper evidentiary foundation” before the abuse of process claim should proceed:

. . . mandating a preliminary determination on the utility of a *Charter*-based inquiry is not new: *R. v. Pires*, 2005 SCC 66, [2005] 3 S.C.R. 343. Similar thresholds are also imposed in other areas of the criminal law, they are not an anomaly. Threshold requirements may be imposed for pragmatic reasons alone. As this Court observed in *Pires* (at para. 35):

For our justice system to operate, trial judges must have some ability to control the course of proceedings before them. One such mechanism is the power to decline to embark upon an evidentiary hearing at the request of one of the parties when that party is unable

une époque où, après l’arrêt *Krieger*, la distinction entre ce qui relève du pouvoir discrétionnaire « essentiel » et ce qui relève du pouvoir « non essentiel » n’allait pas de soi pour les tribunaux. Avec égards, il n’y a pas lieu de retenir le critère énoncé dans *Gill* dans la mesure où il laisse entendre qu’une conduite qui ne va pas jusqu’à l’abus de procédure peut justifier le contrôle judiciaire du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites.

(ii) Le fardeau initial de preuve

[52] Il incombe au demandeur de prouver par prépondérance des probabilités qu’il y a eu abus de procédure : *Cook*, par. 62; *R. c. O’Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411, par. 69, la juge L’Heureux-Dubé; *R. c. Jolivet*, 2000 CSC 29, [2000] 1 R.C.S. 751, par. 19. Toutefois, en raison de la nature unique du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites — notamment le fait que le ministère public sera habituellement (voire toujours) la seule partie qui saura *pourquoi* une décision donnée a été prise — notre Cour a reconnu dans *Nixon* que lorsque le pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites est contesté, le ministère public peut être tenu de justifier sa décision lorsque le demandeur établit l’existence d’une preuve suffisante : par. 60.

[53] Dans *Nixon*, notre Cour énonce les raisons suivantes pour lesquelles il doit exister « une preuve suffisante » avant que l’allégation relative à l’abus de procédure puisse être examinée :

. . . l’imposition aux tribunaux d’une exigence selon laquelle ils doivent d’abord se prononcer quant à l’utilité de la tenue d’une enquête fondée sur la *Charte* n’a rien de nouveau : *R. c. Pires*, 2005 CSC 66, [2005] 3 R.C.S. 343. Il faut également satisfaire à des critères préliminaires semblables dans d’autres domaines du droit criminel; ils ne constituent pas une anomalie. Des conditions préliminaires peuvent être imposées uniquement pour des raisons pragmatiques. Comme la Cour l’a fait remarquer dans *Pires* (par. 35) :

Pour que notre système de justice fonctionne, les juges qui président les procès doivent être en mesure de veiller au bon déroulement des instances. L’un des mécanismes leur permettant d’y arriver est le pouvoir de refuser de procéder à une audition de la preuve

to show a reasonable likelihood that the hearing can assist in determining the issues before the court.

Quite apart from any such pragmatic considerations, there is good reason to impose a threshold burden on the applicant who alleges that an act of prosecutorial discretion constitutes an abuse of process. Given that such decisions are generally beyond the reach of the court, it is not sufficient to launch an inquiry for an applicant to make a bare allegation of abuse of process. [Emphasis added; paras. 61-62.]

[54] *Nixon* involved the Crown's repudiation of a plea agreement. The Court held that the repudiation of a plea agreement was "a rare and exceptional event" that met the evidentiary threshold and justified an inquiry into the propriety of the Crown's decision: *Nixon*, at para. 63. Indeed, the evidence in *Nixon* was that only two other plea agreements had been repudiated in Alberta's history. As a result, the Court held that

to the extent that the Crown is the only party who is privy to the information, the evidentiary burden shifts to the Crown to enlighten the court on the circumstances and reasons behind its decision to renege from the agreement. That is, the Crown must explain why and how it made the decision not to honour the plea agreement. The ultimate burden of proving abuse of process remains on the applicant and, as discussed earlier, the test is a stringent one. However, if the Crown provides little or no explanation to the court, this factor should weigh heavily in favour of the applicant in successfully making out an abuse of process claim. [para. 63]

[55] Requiring the claimant to establish a proper evidentiary foundation before embarking on an inquiry into the reasons behind the exercise of prosecutorial discretion respects the presumption that prosecutorial discretion is exercised in good faith: *Application under s. 83.28 of the Criminal Code (Re)*, 2004 SCC 42, [2004] 2 S.C.R. 248, at para. 95. It also accords with this Court's statement in *Sriskandarajah*, at para. 27, that "prosecutorial

lorsque la partie qui en fait la demande est incapable de démontrer qu'il est raisonnablement probable que cette audience aidera à résoudre les questions soulevées au tribunal.

Hormis de telles considérations pragmatiques, il existe de bonnes raisons d'imposer un fardeau initial au demandeur qui prétend qu'un acte résultant de l'exercice du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites constitue un abus de procédure. Comme de telles décisions échappent généralement à la compétence du tribunal, il ne suffit pas d'entreprendre un examen pour qu'un demandeur puisse faire une simple allégation d'abus de procédure. [Je souligne; par. 61-62.]

[54] L'arrêt *Nixon* portait sur la répudiation d'une entente sur le plaidoyer par le ministère public. Notre Cour a affirmé que la répudiation d'une entente sur le plaidoyer est « un événement rare et exceptionnel » qui répond au critère préliminaire de preuve et justifie un examen du bien-fondé de la décision du ministère public : *Nixon*, par. 63. En fait, il ressortait de la preuve dans *Nixon* que seulement deux autres ententes sur le plaidoyer avaient déjà été répudiées en Alberta. En conséquence, la Cour a affirmé ce qui suit :

. . . dans la mesure où la Couronne est la seule partie au courant de l'information, c'est à elle qu'il incombe d'exposer au tribunal les circonstances et les motifs qui sous-tendent sa décision de répudier l'entente. En d'autres termes, la Couronne doit expliquer au tribunal pourquoi et comment elle est parvenue à la décision de ne pas respecter l'entente qu'elle avait pourtant conclue. En bout de ligne, c'est au demandeur qu'il revient d'établir qu'il y a eu abus de procédure et, comme il a déjà été discuté, il doit satisfaire à un critère rigoureux. Cependant, le peu, voire l'absence d'explications de la Couronne, le cas échéant, constitue un facteur qui milite fortement en faveur de la thèse du demandeur qui cherche à établir qu'il y a eu abus de procédure. [par. 63]

[55] Le fait d'obliger le demandeur à établir l'existence d'une preuve suffisante avant que la cour entreprenne l'examen des motifs qui sous-tendent l'exercice du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites respecte la présomption selon laquelle ce pouvoir est exercé de bonne foi : *Demande fondée sur l'art. 83.28 du Code criminel (Re)*, 2004 CSC 42, [2004] 2 R.C.S. 248, par. 95. Notre Cour a confirmé cette approche dans *Sriskandarajah*,

authorities are not bound to provide reasons for their decisions, absent evidence of bad faith or improper motives” (emphasis added).

[56] Finally, I note that the content of a Crown policy or guideline may be relevant when a court is considering a challenge to the exercise of prosecutorial discretion. Policy statements or guidelines are capable of informing the debate as to whether a Crown prosecutor’s conduct was appropriate in the particular circumstances. See R. J. Frater, *Prosecutorial Misconduct* (2009), at p. 259. For example, a decision by a Crown prosecutor that appears to contravene a Crown policy or guideline may provide some evidence that assists the claimant in establishing the threshold evidentiary foundation. However, as the intervener the Director of Public Prosecutions of Canada submits, Crown policies and guidelines do not have the force of law, and cannot themselves be subjected to *Charter* scrutiny in the abstract: see *R. v. Beaudry*, 2007 SCC 5, [2007] 1 S.C.R. 190, at para. 45 (discussing police practices manuals).

(b) *Tactics and Conduct Before the Court*

[57] The second category in the framework for review of Crown activity was referred to in *Krieger* as “tactics or conduct before the court”: para. 47. As stated in *Krieger*, “such decisions are governed by the inherent jurisdiction of the court to control its own processes once the Attorney General has elected to enter into that forum” (para. 47).

[58] Superior courts possess inherent jurisdiction to ensure that the machinery of the court functions in an orderly and effective manner: *R. v. Cunningham*, 2010 SCC 10, [2010] 1 S.C.R. 331, at para. 18; *Ontario v. Criminal Lawyers’ Association of Ontario*, 2013 SCC 43, [2013] 3 S.C.R. 3, at para. 26. Similarly, in order to function as courts of law, statutory courts have implicit powers that

par. 27, où elle a dit que « sauf preuve de sa mauvaise foi ou du caractère inapproprié de ce qui l’a animé, le poursuivant n’est pas tenu de motiver sa décision » (je souligne).

[56] Enfin, je note que la teneur d’une politique ou d’une ligne directrice du ministère public peut être pertinente lorsqu’une cour examine une contestation de l’exercice du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites. Les énoncés de politique ou les lignes directrices peuvent éclairer le débat sur la question de savoir si la conduite d’un procureur du ministère public était appropriée dans les circonstances particulières. Voir R. J. Frater, *Prosecutorial Misconduct* (2009), p. 259. Par exemple, la décision d’un procureur du ministère public qui semble contrevenir à une politique ou à une ligne directrice du ministère public peut fournir une preuve susceptible d’aider le demandeur à satisfaire le critère préliminaire de preuve. Toutefois, comme le souligne dans ses observations le directeur des poursuites pénales du Canada, intervenant, les politiques et les lignes directrices du ministère public n’ont pas force de loi et ne peuvent elles-mêmes faire l’objet, dans l’abstrait, d’un examen fondé sur la *Charte* : voir *R. c. Beaudry*, 2007 CSC 5, [2007] 1 R.C.S. 190, par. 45 (traitant des guides de pratiques policières).

b) *Stratégie et conduite devant le tribunal*

[57] Selon l’arrêt *Krieger*, la deuxième catégorie de décisions du ministère public susceptibles de contrôle judiciaire a trait « à la stratégie ou à la conduite du procureur du ministère public devant le tribunal » : par. 47. Comme la Cour l’affirme dans *Krieger*, « [c]es décisions relèvent [. . .] de la compétence inhérente du tribunal de contrôler sa propre procédure une fois que le procureur général a choisi de se présenter devant lui » (par. 47).

[58] Une cour supérieure possède la compétence inhérente de veiller au bon fonctionnement des rouages de la cour : *R. c. Cunningham*, 2010 CSC 10, [2010] 1 R.C.S. 331, par. 18; *Ontario v. Criminal Lawyers’ Association of Ontario*, 2013 CSC 43, [2013] 3 R.C.S. 3, par. 26. De même, afin d’exercer sa fonction judiciaire, un tribunal d’origine législative possède des pouvoirs inhérents qui découlent

derive from the court's authority to control its own process: *Cunningham*, at para.18. This jurisdiction includes the power to penalize counsel for ignoring rulings or orders, or for inappropriate behaviour such as tardiness, incivility, abusive cross-examination, improper opening or closing addresses or inappropriate attire. Sanctions may include orders to comply, adjournments, extensions of time, warnings, cost awards, dismissals, and contempt proceedings.

[59] While deference is not owed to counsel who are behaving inappropriately in the courtroom, our adversarial system *does* accord a high degree of deference to the tactical decisions of counsel. In other words, while courts may sanction the conduct of the *litigants*, they should generally refrain from interfering with the conduct of the *litigation* itself. In *R. v. S.G.T.*, 2010 SCC 20, [2010] 1 S.C.R. 688, at paras. 36-37, this Court explained why judges should be very cautious before interfering with tactical decisions:

In an adversarial system of criminal trials, trial judges must, barring exceptional circumstances, defer to the tactical decisions of counsel . . . [C]ounsel will generally be in a better position to assess the wisdom, in light of their overall trial strategy, of a particular tactical decision than is the trial judge. By contrast, trial judges are expected to be impartial arbiters of the dispute before them; the more a trial judge second-guesses or overrides the decisions of counsel, the greater is the risk that the trial judge will, in either appearance or reality, cease being a neutral arbiter and instead become an advocate for one party. . . .

The corollary of the preceding is that trial judges should seldom take it upon themselves, let alone be required, to second-guess the tactical decisions of counsel. Of course, trial judges are still required to “make sure that [the trial] remains fair and is conducted in accordance with the relevant laws and the principles of fundamental justice”: *Lavallee, Rackel & Heintz v. Canada (Attorney General)*, 2002 SCC 61, [2002] 3 S.C.R. 209, at para. 68.

du pouvoir de la cour de maîtriser sa propre procédure : *Cunningham*, par. 18. Cette compétence comprend le pouvoir de sanctionner les avocats qui font fi des décisions ou des ordonnances, ou qui affichent un comportement inacceptable, par exemple des retards, l'incivilité, le contre-interrogatoire abusif, un exposé introductif ou une plaidoirie finale inopportuns, ou une entorse au code vestimentaire. Les sanctions peuvent inclure l'ordonnance de se conformer, l'ajournement, la prorogation de délai, la mise en garde, la condamnation aux dépens, le rejet de demandes et les procédures d'outrage au tribunal.

[59] Bien que la déférence ne s'impose pas envers les avocats qui se comportent de façon inopportune dans la salle d'audience, notre système accusatoire fait *effectivement* preuve d'une grande retenue envers les décisions tactiques des avocats. Autrement dit, bien que les tribunaux puissent sanctionner la conduite des *parties au litige*, ils doivent généralement s'abstenir de s'immiscer dans la conduite du *litige* en tant que tel. Dans *R. c. S.G.T.*, 2010 CSC 20, [2010] 1 R.C.S. 688, par. 36-37, notre Cour explique pourquoi les juges doivent être très prudents avant de s'immiscer dans des décisions tactiques :

Dans un système de justice criminelle accusatoire, les juges instruisant les procès doivent, à moins de circonstances exceptionnelles, déférer aux décisions tactiques des avocats [. . .] [L]'avocat sera habituellement mieux placé que le juge du procès pour apprécier l'opportunité d'une décision tactique particulière en fonction de sa stratégie globale. Le juge du procès, lui, doit agir en arbitre impartial du litige dont il est saisi; plus un juge remet en question ou annule les décisions d'un avocat, plus il risque de s'écarter, en apparence ou dans les faits, de son rôle d'arbitre neutre et de devenir l'avocat de l'une des parties. . . .

Il en résulte que le juge du procès devrait rarement décider de son propre chef de remettre en question les décisions tactiques d'un avocat, et encore moins être tenu de le faire. Bien sûr, il doit toujours « s'assure[r] que le procès reste équitable et se déroule conformément aux lois pertinentes et aux principes de justice fondamentale » : *Lavallee, Rackel & Heintz c. Canada (Procureur général)*, 2002 CSC 61, [2002] 3 R.C.S. 209, par. 68.

[60] Crown counsel is entitled to have a trial strategy and to modify it as the trial unfolds, provided that the modification does not result in unfairness to the accused: *Jolivet*, at para. 21. Likewise, as this Court recently held in *R. v. Auclair*, 2014 SCC 6, [2014] 1 S.C.R. 83, a judge may exceptionally override a Crown tactical decision in order to prevent a *Charter* violation.

[61] Finally, as with all Crown decision making, courtroom tactics or conduct may amount to abuse of process, but abuse of process is not a precondition for judicial intervention as it is for matters of prosecutorial discretion.

VI. Conclusion

[62] Parliament has expressly conferred on the Crown the discretion to tender the Notice at the sentencing hearing through the governing provisions of the *Code*. This discretion is consistent with our constitutional traditions. As the Crown points out, tendering the Notice is not simply a decision as to what submissions will be made at a sentencing hearing (A.F., at para. 119). Tendering the Notice fundamentally alters the *extent* of prosecution — specifically, the extent of the jeopardy facing the accused. In this respect, the Crown’s decision to tender the Notice is analogous to the decision to proceed with charges that attract a mandatory minimum sentence when other related offences have no mandatory minimum sentence; the decision to proceed by indictment rather than summary conviction when different mandatory minimum sentences are involved; and the decision to proceed by indictment rather than by summary conviction when that decision precludes certain sentencing options.

[63] For these reasons, I conclude that tendering the Notice is a matter of prosecutorial discretion. As a result, it is reviewable only for abuse of process.

[60] Le procureur du ministère public a le droit d’avoir une stratégie de procès et de la modifier en cours de route, pourvu que la modification n’entraîne aucune iniquité pour l’accusé : *Jolivet*, par. 21. De même, comme notre Cour l’a affirmé récemment dans *R. c. Auclair*, 2014 CSC 6, [2014] 1 R.C.S. 83, un juge peut exceptionnellement passer outre à une décision stratégique du ministère public afin d’empêcher une violation de la *Charte*.

[61] Enfin, comme pour toute prise de décision du ministère public, les stratégies ou la conduite dans la salle d’audience peuvent équivaloir à un abus de procédure, mais l’abus de procédure n’est pas une condition préalable à l’intervention du juge comme c’est le cas pour les décisions qui relèvent du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites.

VI. Conclusion

[62] Dans les dispositions applicables du *Code*, le législateur a expressément conféré au ministère public le pouvoir discrétionnaire de produire l’avis à l’audience de détermination de la peine. Ce pouvoir discrétionnaire est conforme à nos traditions constitutionnelles. Comme le souligne le ministère public, la production de l’avis n’est pas simplement une décision quant aux observations qui seront faites à l’audience de détermination de la peine (m.a., par. 119). La production de l’avis modifie fondamentalement l’*étendue* de la poursuite — particulièrement l’*étendue* du risque auquel l’accusé est exposé. À cet égard, la décision du ministère public de produire l’avis est analogue à la décision de porter des accusations qui entraînent une peine minimale obligatoire alors que d’autres infractions connexes n’entraînent aucune peine minimale obligatoire, à la décision d’intenter une poursuite par mise en accusation, plutôt que par procédure sommaire, lorsque diverses peines minimales obligatoires sont prescrites, et à la décision d’intenter une poursuite par mise en accusation plutôt que par procédure sommaire, lorsque cette décision exclut la possibilité d’infliger certaines peines.

[63] Pour ces motifs, je conclus que la production de l’avis relève du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites. Par conséquent, elle n’est susceptible

In the complete absence of any evidence to support it, Mr. Anderson's abuse of process argument must fail.

[64] As a final matter, I note that the s. 15(1) *Charter* challenge to the constitutionality of the statutory scheme was not pursued before this Court. These reasons should not be taken as endorsing the trial judge's analysis or conclusion with respect to that issue.

[65] Accordingly, I would allow the appeal. The order of the Newfoundland and Labrador Court of Appeal is set aside and a term of imprisonment of 120 days is substituted, with service of the remainder of the sentence stayed in accordance with the concession of the Crown.

Appeal allowed.

Solicitor for the appellant: Attorney General of Newfoundland and Labrador, St. John's.

Solicitor for the respondent: Newfoundland and Labrador Legal Aid Commission, St. John's.

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

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

Solicitor for the intervener the Attorney General of New Brunswick: Attorney General of New Brunswick, Fredericton.

Solicitor for the intervener the Attorney General of British Columbia: Attorney General of British Columbia, Vancouver.

Solicitor for the intervener the David Asper Centre for Constitutional Rights: University of Toronto, Toronto.

Solicitor for the intervener the Aboriginal Legal Services of Toronto Inc.: Aboriginal Legal Services of Toronto Legal Clinic, Toronto.

de contrôle judiciaire que s'il y a eu abus de procédure. En l'absence totale de preuve pour l'étayer, l'argument fondé sur l'abus de procédure invoqué par M. Anderson doit être rejeté.

[64] Enfin, je note que la contestation de la constitutionnalité du régime législatif sur le fondement du par. 15(1) de la *Charte* n'a pas été avancée devant notre Cour. Les présents motifs ne signifient pas que j'accepte l'analyse ou la conclusion du juge de première instance à l'égard de cette question.

[65] Je suis en conséquence d'avis d'accueillir le pourvoi. L'ordonnance de la Cour d'appel de Terre-Neuve-et-Labrador est annulée et une peine d'emprisonnement de 120 jours est substituée à la peine infligée, avec sursis de ce qui reste à courir de la peine conformément à la concession du ministère public.

Pourvoi accueilli.

Procureur de l'appelante : Procureur général de Terre-Neuve-et-Labrador, St. John's.

Procureur de l'intimé : Newfoundland and Labrador Legal Aid Commission, St. John's.

Procureur de l'intervenant le directeur des poursuites pénales du Canada : Service des poursuites pénales du Canada, Halifax.

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

Procureur de l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick : Procureur général du Nouveau-Brunswick, Fredericton.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique : Procureur général de la Colombie-Britannique, Vancouver.

Procureur de l'intervenant David Asper Centre for Constitutional Rights : Université de Toronto, Toronto.

Procureur de l'intervenante Aboriginal Legal Services of Toronto Inc. : Aboriginal Legal Services of Toronto Legal Clinic, Toronto.

Canadian Artists' Representation/Front des artistes canadiens and Regroupement des artistes en arts visuels du Québec *Appellants*

v.

National Gallery of Canada *Respondent*

and

**Writers Guild of Canada,
Canadian Screenwriters Collection Society,
Société du droit de reproduction des auteurs,
compositeurs et éditeurs du Canada and
SODRAC 2003 Inc.** *Intervenors*

**INDEXED AS: CANADIAN ARTISTS' REPRESENTATION
v. NATIONAL GALLERY OF CANADA**

2014 SCC 42

File No.: 35353.

Hearing and judgment: May 14, 2014.

Reasons delivered: June 12, 2014.

Present: McLachlin C.J. and LeBel, Abella, Rothstein,
Cromwell, Moldaver and Wagner JJ.

**ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF
APPEAL**

Culture and entertainment law — Status of the artist — Copyright — Collective bargaining — Duty to bargain in good faith — Whether artists' associations are precluded from bargaining minimum fees for use of existing artistic works in agreements negotiated under Status of the Artist Act — Whether allowing scale agreements imposing minimum fees for provision of copyrights for existing works conflicts with Copyright Act — Whether Tribunal's finding that National Gallery of Canada failed to bargain in good faith was reasonable — Standard of review — Status of the Artist Act, S.C. 1992, c. 33 — Copyright Act, R.S.C. 1985, c. C-42.

The *Status of the Artist Act* (“SAA”) governs professional relations between artists and certain federal government institutions that engage artists to provide an

Canadian Artists' Representation/Front des artistes canadiens et Regroupement des artistes en arts visuels du Québec *Appelants*

c.

Musée des beaux-arts du Canada *Intimé*

et

**Writers Guild of Canada,
Canadian Screenwriters Collection Society,
Société du droit de reproduction des auteurs,
compositeurs et éditeurs du Canada et
SODRAC 2003 Inc.** *Intervenantes*

**RÉPERTORIÉ : FRONT DES ARTISTES CANADIENS
c. MUSÉE DES BEAUX-ARTS DU CANADA**

2014 CSC 42

N° du greffe : 35353.

Audition et jugement : 14 mai 2014.

Motifs déposés : 12 juin 2014.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges LeBel, Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver et Wagner.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Droit de la culture et du divertissement — Statut de l'artiste — Droit d'auteur — Négociation collective — Obligation de négocier de bonne foi — Les associations d'artistes sont-elles empêchées de négocier des tarifs minimums pour l'utilisation d'œuvres artistiques existantes dans des accords négociés en vertu de la Loi sur le statut de l'artiste? — Le fait de permettre l'inclusion, dans des accords-cadres, de tarifs minimums pour l'octroi des droits d'auteur sur des œuvres existantes entre-t-il en conflit avec la Loi sur le droit d'auteur? — La conclusion du Tribunal selon laquelle le Musée des beaux-arts du Canada n'avait pas négocié de bonne foi était-elle raisonnable? — Norme de contrôle — Loi sur le statut de l'artiste, L.C. 1992, ch. 33 — Loi sur le droit d'auteur, L.R.C. 1985, ch. C-42.

La *Loi sur le statut de l'artiste* (« LSA ») régit les relations de travail entre les artistes et certaines institutions fédérales qui ont recours aux services d'artistes pour

artistic production. The *SAA* provides for the certification of associations charged with representing the interests of an identified sector of artists and negotiating with institutions in order to conclude scale agreements that set out the “minimum terms and conditions for the provision of artists’ services and other related matters”. In 2003, CARFAC and RAAV, certified artists’ associations for Canadian visual artists, jointly commenced negotiating a scale agreement with the National Gallery of Canada (“NGC”). Those negotiations went on for four years, until the NGC obtained a legal opinion upon which it relied to refuse to include in the scale agreement minimum fees for the licensing or assignment of the copyright in existing artistic works. Negotiations broke down due to the NGC’s position on this issue. CARFAC and RAAV filed a complaint with the Canadian Artists and Producers Professional Relations Tribunal that the NGC had failed to bargain in good faith.

The Tribunal concluded that the licensing or assignment of the copyright in existing works can be subject to binding minimum fees set forth in scale agreements negotiated pursuant to the *SAA*, provided that those agreements do not bind collective societies established under the *Copyright Act*. It also held that the NGC had failed to bargain in good faith by adopting an uncompromising position based solely on one legal opinion, a position that it should have known would not be accepted by CARFAC/RAAV. The majority in the Federal Court of Appeal allowed the NGC’s application for judicial review, holding that allowing scale agreements to impose minimum fees for existing works would conflict with the *Copyright Act*. In light of this finding, the appellate court concluded that the NGC had not failed to bargain in good faith.

Held: The appeal should be allowed.

The Tribunal’s conclusion was reasonable. Its interpretation of the *SAA* was not contrary to the plain meaning of that Act. There was no reason for the Federal Court of Appeal to overturn the Tribunal’s conclusion that minimum fees for the provision of artists’ copyrights for existing works are eligible for inclusion in scale agreements. Moreover, to conclude that such minimum fees are excluded from scale agreements would result in the *SAA* having a limited impact on the achievement of Parliament’s express recognition that artists should be compensated for the use of their works, including the public lending of those works.

obtenir une prestation. La *LSA* prévoit l’accréditation d’associations chargées de défendre les intérêts des artistes d’un secteur déterminé et de négocier, avec des institutions, des accords-cadres qui énoncent les « dispositions relatives aux conditions minimales pour les prestations de services des artistes et à des questions connexes ». En 2003, le CARFAC et le RAAV, des associations d’artistes accréditées pour représenter les artistes canadiens en arts visuels, ont entrepris conjointement la négociation d’un accord-cadre avec le Musée des beaux-arts du Canada (« MBAC »). Ces négociations se sont poursuivies pendant quatre ans jusqu’à ce que le MBAC obtienne un avis juridique et se fonde sur celui-ci pour refuser d’inclure dans l’accord-cadre des tarifs minimums pour la concession de licences ou la cession des droits d’auteur sur des œuvres artistiques existantes. Les négociations ont avorté à cause de la position du MBAC à cet égard. Le CARFAC et le RAAV ont déposé au Tribunal canadien des relations professionnelles artistes-producteurs une plainte portant que le MBAC n’avait pas négocié de bonne foi.

Le Tribunal a conclu que la concession de licences ou la cession des droits d’auteur sur des œuvres existantes pouvait être l’objet de tarifs minimums prévus dans des accords-cadres négociés en vertu de la *LSA*, pourvu que ces accords ne lient pas les sociétés de gestion constituées sous le régime de la *Loi sur le droit d’auteur*. Toujours selon le Tribunal, le MBAC a omis de négocier de bonne foi en adoptant une position inflexible fondée uniquement sur un seul avis juridique, et il aurait dû savoir que le CARFAC/RAAV la rejeterait. Les juges majoritaires de la Cour d’appel fédérale ont accueilli la demande de contrôle judiciaire présentée par le MBAC, décidant que permettre aux parties à des accords-cadres d’imposer des tarifs minimums pour des œuvres existantes entrerait en conflit avec la *Loi sur le droit d’auteur*. Étant donné cette conclusion, la Cour d’appel a estimé que le MBAC n’avait pas omis de négocier de bonne foi.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli.

La conclusion du Tribunal était raisonnable. Son interprétation de la *LSA* n’était pas contraire au sens ordinaire de cette loi. La Cour d’appel fédérale n’avait aucune raison d’infirmar la conclusion du Tribunal selon laquelle les tarifs minimums pour l’octroi des droits d’auteur des artistes sur des œuvres existantes peuvent être inclus dans les accords-cadres. En outre, si l’on conclut que de tels tarifs minimums sont exclus des accords-cadres, la *LSA* aurait une incidence limitée sur la réalisation de la reconnaissance expresse, par le législateur, de l’importance pour les artistes de recevoir une indemnisation pour l’utilisation, et notamment le prêt public, de ces œuvres.

The collective bargaining conducted by artists' associations in respect of scale agreements covering the licensing or assignment of copyrights to existing artistic works does not contradict any provision of the *Copyright Act*. Establishing a minimum fee for the use of existing works does not affect any of the rights conferred on copyright holders under s. 3 of the *Copyright Act* nor do the scale agreements bind collective societies governed by that same Act.

The Tribunal extensively canvassed the law regarding good faith bargaining and closely examined the evidence put forth by the parties on the issue. It concluded that the NGC had failed to bargain in good faith. On a reasonableness review, it is not for this Court to reweigh the evidence considered by the Tribunal. In view of the findings of fact of the Tribunal, it cannot be said that its decision was unreasonable.

Cases Cited

Referred to: *Royal Oak Mines Inc. v. Canada (Labour Relations Board)*, [1996] 1 S.C.R. 369; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654; *Euro-Excellence Inc. v. Kraft Canada Inc.*, 2007 SCC 37, [2007] 3 S.C.R. 20; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339.

Statutes and Regulations Cited

Copyright Act, R.S.C. 1985, c. C-42, ss. 2 "collective society", 3, 13(4), 70.1, 70.13, 70.15.
Jobs, Growth and Long-term Prosperity Act, S.C. 2012, c. 19, s. 532.
Status of the Artist Act, S.C. 1992, c. 33, ss. 2(e), 5 "artists' association", "producer", "scale agreement", 6(2), 7, 9(3), 25 to 27, 32, 33(1), 44.

Authors Cited

Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2008.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (Noël, Pelletier and Trudel JJ.A.), 2013 FCA 64, 443 N.R. 121, 54 Admin. L.R. (5th) 1, [2013] F.C.J. No. 261 (QL), 2013 CarswellNat 507, setting aside a decision of the Canadian Artists and Producers Professional Relations Tribunal, 2012 CAPPRT 053 (<http://decisia.lexum.com/cirb-ccri/saa-lsa/en/item/8107/index.do>), [2012] C.A.P.P.R.T.D. No. 1 (QL), 2012 CarswellNat 4332. Appeal allowed.

La négociation collective engagée par des associations d'artistes relativement aux accords-cadres visant la concession de licences ou la cession des droits d'auteur sur des œuvres existantes ne contredit aucune disposition de la *Loi sur le droit d'auteur*. L'établissement d'un tarif minimum pour l'utilisation d'œuvres existantes n'a d'incidence sur aucun des droits conférés aux titulaires de droits d'auteur aux termes de l'art. 3 de la *Loi sur le droit d'auteur*, et les accords-cadres ne lient pas non plus les sociétés de gestion régies par cette loi.

Le Tribunal a examiné en profondeur le droit en matière de négociation de bonne foi et analysé en détail la preuve présentée par les parties à cet égard. Il a conclu que le MBAC n'avait pas négocié de bonne foi. Dans l'appréciation de la raisonnable, il n'appartient pas à la Cour de soulever à nouveau la preuve examinée par le Tribunal. Vu les conclusions de fait du Tribunal, sa décision ne peut être qualifiée de déraisonnable.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *Royal Oak Mines Inc. c. Canada (Conseil des relations du travail)*, [1996] 1 R.C.S. 369; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654; *Euro-Excellence Inc. c. Kraft Canada Inc.*, 2007 CSC 37, [2007] 3 R.C.S. 20; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339.

Lois et règlements cités

Loi sur l'emploi, la croissance et la prospérité durable, L.C. 2012, ch. 19, art. 532.
Loi sur le droit d'auteur, L.R.C. 1985, ch. C-42, art. 2 « société de gestion », 3, 13(4), 70.1, 70.13, 70.15.
Loi sur le statut de l'artiste, L.C. 1992, ch. 33, art. 2e), 5 « accord-cadre », « association d'artistes », « producteur », 6(2), 7, 9(3), 25 à 27, 32, 33(1), 44.

Doctrine et autres documents cités

Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed. Markham, Ont. : LexisNexis, 2008.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale (les juges Noël, Pelletier et Trudel), 2013 CAF 64, 443 N.R. 121, 54 Admin. L.R. (5th) 1, [2013] A.C.F. n° 261 (QL), 2013 CarswellNat 508, qui a infirmé une décision du Tribunal canadien des relations professionnelles artistes-producteurs, 2012 TCRPAP 053 (<http://decisia.lexum.com/cirb-ccri/saa-lsa/fr/item/8107/index.do>), [2012] D.T.C.R.P.A.P. n° 1 (QL), 2012 CarswellNat 4332. Pourvoi accueilli.

David Yazbeck, Michael Fisher and Wassim Garzouzi, for the appellants.

Guy P. Dancosse, Q.C., Sophie Roy-Lafleur and Guy Régimbald, for the respondent.

Joshua S. Phillips and Karen Ensslen, for the interveners the Writers Guild of Canada and the Canadian Screenwriters Collection Society.

Colette Matteau, for the interveners Société du droit de reproduction des auteurs, compositeurs et éditeurs du Canada and SODRAC 2003 Inc.

The judgment of the Court was delivered by

[1] ROTHSTEIN J. — This appeal raises the issue of the scope of collective bargaining permitted by an Act specific to the artistic sector, and the relationship of that Act with the *Copyright Act*, R.S.C. 1985, c. C-42.

I. Background and History

[2] The *Status of the Artist Act*, S.C. 1992, c. 33 (“SAA”), was enacted “to establish a framework to govern professional relations between artists and producers” (s. 7), “producers” being limited to certain federal government institutions and broadcasting undertakings that engage artists to provide an artistic production (ss. 5 “producer” and 6(2)(a)). The SAA provides for the certification of “artists’ associations” to represent the professional and socio-economic interests of an identified sector of artists (ss. 5 “artists’ association” and 25 to 27). Certified artists’ associations negotiate “scale agreements” with a producer or association of producers that set out the “minimum terms and conditions for the provision of artists’ services and other related matters” (s. 5 “scale agreement”). Once signed, scale agreements bind all artists in the identified sector — whether or not they are formal members of the artists’ association — in their dealings with that producer or association of producers, with the exception of work undertaken by defined employees in the

David Yazbeck, Michael Fisher et Wassim Garzouzi, pour les appelants.

Guy P. Dancosse, c.r., Sophie Roy-Lafleur et Guy Régimbald, pour l’intimé.

Joshua S. Phillips et Karen Ensslen, pour les intervenantes Writers Guild of Canada et Canadian Screenwriters Collection Society.

Colette Matteau, pour les intervenantes la Société du droit de reproduction des auteurs, compositeurs et éditeurs du Canada et SODRAC 2003 Inc.

Version française du jugement de la Cour rendu par

[1] LE JUGE ROTHSTEIN — Il est question en l’espèce de l’étendue de la négociation collective autorisée par une loi propre au secteur artistique et de la relation entre cette loi et la *Loi sur le droit d’auteur*, L.R.C. 1985, ch. C-42.

I. Contexte et historique

[2] La *Loi sur le statut de l’artiste*, L.C. 1992, ch. 33 (« LSA »), a pour objet « l’établissement et la mise en œuvre d’un régime de relations de travail entre producteurs et artistes » (art. 7), les « producteurs » ne s’entendant que de certaines institutions fédérales et entreprises de radiodiffusion qui ont recours aux services d’artistes en vue d’obtenir une prestation (art. 5 « producteur » et al. 6(2)a)). La LSA prévoit l’accréditation d’« associations d’artistes » chargées de défendre les intérêts professionnels et socio-économiques des artistes d’un secteur déterminé (art. 5 « association d’artistes » et art. 25 à 27). Les associations d’artistes accréditées négocient, avec un producteur ou une association de producteurs, des « accords-cadres » qui énoncent les « dispositions relatives aux conditions minimales pour les prestations de services des artistes et à des questions connexes » (art. 5 « accord-cadre »). Une fois signés, les accords-cadres lient tous les artistes du secteur déterminé — qu’ils adhèrent officiellement ou non à l’association d’artistes — dans

course of employment (ss. 9(3), 33(1) and 44). At all relevant times for this appeal, the Canadian Artists and Producers Professional Relations Tribunal (“Tribunal”) was the administrative tribunal charged with applying and enforcing the SAA (in 2012, this responsibility was transferred to the Canada Industrial Relations Board pursuant to the *Jobs, Growth and Long-term Prosperity Act*, S.C. 2012, c. 19, s. 532). Nearly 180 scale agreements have been negotiated by artists’ associations certified by the Tribunal, many of them containing matters related to copyright.

[3] The *Copyright Act* contains several provisions that are relevant to the present appeal. Section 2 defines a “collective society” (sometimes referred to as a “copyright collective”) as a society, association or corporation that carries on the business of collective administration of copyright for the benefit of artists (among others) who assign, grant a licence, or otherwise authorize the society to act on their behalf with respect to their copyrights so assigned or authorized. Collective societies must either operate a licensing scheme for a repertoire of artists’ works whereby the society determines the conditions under which it will authorize the use of such works, or collect and distribute royalties payable under the *Copyright Act* by users of such works. The Société du droit de reproduction des auteurs, compositeurs et éditeurs du Canada (“SODRAC”), an intervenor in this case, is a collective society within the meaning of the *Copyright Act*.

[4] Copyrights assigned or exclusively licensed to the collective society must comply with the *Copyright Act* requirement that such assignments or exclusive licences be in writing and signed by the copyright holder or his or her agent (s. 13(4)). Collective societies may set tariffs for the use of such copyrights (ss. 70.1 and 70.13). The Copyright Board is responsible for certifying these tariffs (s. 70.15).

leurs rapports avec ce producteur ou cette association de producteurs, à l’exception des « employés » ou « fonctionnaires » au sens de la *LSA* pour ce qui est des activités qui relèvent de leurs fonctions (par. 9(3) et 33(1) et art. 44). À toutes les époques pertinentes en l’espèce, le Tribunal canadien des relations professionnelles artistes-producteurs (« Tribunal ») était le tribunal administratif chargé de l’application et de l’exécution de la *LSA* (en 2012, cette responsabilité a été confiée au Conseil canadien des relations industrielles en vertu de la *Loi sur l’emploi, la croissance et la prospérité durable*, L.C. 2012, ch. 19, art. 532). Des associations d’artistes accréditées par le Tribunal ont négocié près de 180 accords-cadres, dont bon nombre portaient sur des questions de droit d’auteur.

[3] La *Loi sur le droit d’auteur* renferme plusieurs dispositions qui sont pertinentes en l’espèce. L’article 2 définit une « société de gestion » (parfois appelée « société de perception des droits d’auteur ») comme une association, société ou personne morale autorisée — notamment par voie de cession, licence ou mandat — à se livrer à la gestion collective du droit d’auteur au profit des artistes (entre autres). Les sociétés de gestion doivent soit administrer un système d’octroi de licences pour un répertoire d’œuvres par lequel elles déterminent les modalités selon lesquelles elles autoriseront l’utilisation de ces œuvres, soit percevoir et répartir les redevances payables par les utilisateurs de ces œuvres aux termes de la *Loi sur le droit d’auteur*. La Société du droit de reproduction des auteurs, compositeurs et éditeurs du Canada (« SODRAC »), intervenante en l’espèce, est une société de gestion au sens de cette loi.

[4] Les droits d’auteur cédés ou concédés par licence exclusive à la société de gestion doivent respecter l’exigence de la *Loi sur le droit d’auteur* selon laquelle les cessions ou licences exclusives en question doivent être rédigées par écrit et signées par le titulaire du droit d’auteur ou par son agent (par. 13(4)). Les sociétés de gestion peuvent fixer des tarifs pour l’utilisation de ces droits d’auteur (art. 70.1 et 70.13). La Commission du droit d’auteur est chargée d’homologuer ces tarifs (art. 70.15).

[5] The Canadian Artists' Representation/Front des artistes canadiens ("CARFAC") and Regroupement des artistes en arts visuels du Québec ("RAAV") are, respectively, the certified artists' associations for Canadian visual artists outside and within Quebec. In 2003, they jointly commenced negotiating an SAA scale agreement with the National Gallery of Canada ("NGC"). Among the list of items which CARFAC/RAAV sought to bargain was the establishment of minimum fees payable by the NGC for the use of existing works of visual artists. The NGC expressed reservations about including such minimum fees in the scale agreement, stating that it would be seeking legal advice on this issue. Over the next four years, the NGC nevertheless proceeded to negotiate a draft scale agreement that included existing works.

[6] In 2007, the NGC obtained a legal opinion upon which it relied to state that CARFAC/RAAV did not have the authority to negotiate scale agreements providing for minimum fees for the licensing or assignment of the copyright in existing works as it did not have written authorization from each artist covered by the agreement. On that basis, the NGC presented a revised draft scale agreement from which all references to existing works were removed. After some attempts to discuss the issue further, CARFAC/RAAV filed a complaint with the Tribunal that the NGC had breached s. 32 of the SAA by failing to bargain in good faith.

[7] The Tribunal concluded that the licensing or assignment of the copyright in existing works can be subject to binding minimum fees set forth in scale agreements, and that the NGC had failed to bargain in good faith (2012 CAPPRT 053). It found that previous decisions by the Tribunal had recognized that scale agreements can include minimum fees for the use of existing works, and inclusion of copyright matters has become standard in the cultural sector. It said that the SAA complements and supplements the *Copyright Act*, and that artists' associations can

[5] Le Canadian Artists' Representation/Front des artistes canadiens (« CARFAC ») et le Regroupement des artistes en arts visuels du Québec (« RAAV ») sont les associations d'artistes accréditées pour représenter, respectivement, les artistes canadiens en arts visuels à l'extérieur du Québec et dans cette province. En 2003, ils ont entrepris conjointement la négociation d'un accord-cadre visé par la LSA avec le Musée des beaux-arts du Canada (« MBAC »). L'établissement de tarifs minimums payables par le MBAC pour l'utilisation d'œuvres existantes d'artistes en arts visuels comptait parmi les points que le CARFAC/RAAV cherchait à négocier. Le MBAC a exprimé des réserves quant à l'inclusion dans l'accord-cadre de tels tarifs minimums, disant qu'il allait demander un avis juridique sur cette question. Il s'est néanmoins engagé, au cours des quatre années suivantes, dans la négociation d'un projet d'accord-cadre qui traitait des œuvres existantes.

[6] En 2007, le MBAC a obtenu un avis juridique sur lequel il s'est appuyé pour affirmer que le CARFAC/RAAV n'avait pas le pouvoir de négocier des accords-cadres prévoyant des tarifs minimums pour la concession de licences ou la cession des droits d'auteur sur des œuvres existantes car il n'avait pas obtenu l'autorisation écrite de tous les artistes visés par les accords-cadres. Sur le fondement de cet avis, le MBAC a présenté un projet révisé d'accord-cadre dans lequel toutes les mentions d'œuvres existantes avaient été supprimées. Après avoir tenté à quelques reprises de discuter davantage de cette question, le CARFAC/RAAV a déposé au Tribunal une plainte portant que le MBAC avait violé l'art. 32 de la LSA en ne négociant pas de bonne foi.

[7] Le Tribunal a conclu que la concession de licences ou la cession des droits d'auteur sur des œuvres existantes pouvait être l'objet de tarifs minimums prévus dans des accords-cadres, et que le MBAC n'avait pas négocié de bonne foi (2012 TCRPAP 053). Le Tribunal a conclu que, dans ses décisions précédentes, il avait reconnu que les accords-cadres pouvaient inclure des tarifs minimums pour l'utilisation d'œuvres existantes, et que l'inclusion de questions touchant aux droits d'auteur était devenue la norme dans le secteur culturel. Il a affirmé que la

negotiate scale agreements under the SAA provided that those agreements do not bind collective societies established under the *Copyright Act* (paras. 99-104).

[8] With respect to s. 32 of the SAA, which requires artists' associations and producers to bargain in good faith, the Tribunal concluded that the NGC failed this duty by presenting a revised draft scale agreement which excluded all matters related to the use of existing artistic works "without prior notice" (para. 147) — in contravention of its established negotiating practice with CARFAC/RAAV — without reasonable alternatives, and based solely on one legal opinion. The NGC's position on minimum fees for the use of existing works was uncompromising, and one that the NGC should have known would not be accepted by CARFAC/RAAV. Applying this Court's decision in *Royal Oak Mines Inc. v. Canada (Labour Relations Board)*, [1996] 1 S.C.R. 369 ("Royal Oak Mines"), the Tribunal concluded that the NGC had violated s. 32 of the SAA by failing to bargain in good faith (paras. 147-52). It ordered the NGC to comply with the SAA, establish a bargaining schedule with CARFAC/RAAV and provide monthly reports to the Tribunal (paras. 171-73).

[9] The majority in the Federal Court of Appeal allowed the NGC's application for judicial review. Applying the standard of review of correctness, the majority held that allowing scale agreements to impose minimum fees for existing works would conflict with the *Copyright Act* because only copyright holders can establish limits on how their copyright is exercised (2013 FCA 64, 443 N.R. 121, at para. 101). It found that there was no assignment in writing of copyright to CARFAC/RAAV by the artists in their sectors as required by s. 13(4) of the *Copyright Act*, meaning CARFAC/RAAV cannot impose any limits on how those artists exercise their copyrights (para. 111). In contrast, scale agreements can pertain to contracts for commissioned works as no copyright exists at the time an artist signs such a contract. Further, licensing or assigning the copyright

LSA complétait la *Loi sur le droit d'auteur*, et que les associations d'artistes pouvaient négocier un accord-cadre en vertu de la *LSA*, pourvu que cet accord ne lie pas les sociétés de gestion constituées sous le régime de la *Loi sur le droit d'auteur* (par. 99-104).

[8] Pour ce qui est de l'art. 32 de la *LSA*, qui oblige les associations d'artistes et les producteurs à négocier de bonne foi, le Tribunal a conclu que le MBAC avait manqué à cette obligation en présentant un projet révisé d'accord-cadre où il n'était nullement question de l'utilisation d'œuvres artistiques existantes « sans avis préalable » (par. 147) — contrairement à sa pratique habituelle de négociation avec le CARFAC/RAAV — sans solution de rechange raisonnable, et en s'appuyant uniquement sur un seul avis juridique. La position du MBAC sur les tarifs minimums pour l'utilisation d'œuvres existantes était inflexible, et le MBAC aurait dû savoir que le CARFAC/RAAV la rejetterait. Appliquant l'arrêt de notre Cour dans *Royal Oak Mines Inc. c. Canada (Conseil des relations du travail)*, [1996] 1 R.C.S. 369 (« *Royal Oak Mines* »), le Tribunal a conclu que le MBAC avait violé l'art. 32 de la *LSA* en ne négociant pas de bonne foi (par. 147-152). Il a ordonné au MBAC de se conformer à la *LSA*, d'établir un calendrier des négociations avec le CARFAC/RAAV et de présenter des rapports mensuels au Tribunal (par. 171-173).

[9] Les juges majoritaires de la Cour d'appel fédérale ont accueilli la demande de contrôle judiciaire présentée par le MBAC. Se fondant sur la norme de contrôle de la décision correcte, ils ont décidé que permettre l'inclusion, dans des accords-cadres, de tarifs minimums pour des œuvres existantes entraînerait en conflit avec la *Loi sur le droit d'auteur*, car seuls les titulaires du droit d'auteur peuvent limiter l'exercice de ce droit (2013 CAF 64, 443 N.R. 121, par. 101). Ils ont conclu que le droit d'auteur n'avait pas été cédé par écrit au CARFAC/RAAV par les artistes de leurs secteurs comme le prescrit le par. 13(4) de la *Loi sur le droit d'auteur*, de sorte que le CARFAC/RAAV ne pouvait aucunement limiter l'exercice par ces artistes de leurs droits d'auteur (par. 111). En revanche, un accord-cadre peut porter sur un contrat visant des œuvres commandées parce

in an existing work is simply a transfer of property; it is not a service or “other related matte[r]” as required by the definition of “scale agreement” in the SAA (paras. 102-8). As a result, minimum fees for the use of existing works cannot be included in scale agreements. In light of that finding, the majority concluded that the NGC had not failed to bargain in good faith (para. 115).

[10] Pelletier J.A., writing in dissent, would have dismissed the application for judicial review. Applying the standard of review of reasonableness, he concluded that scale agreements can include minimum fees for the use of existing works. Granting a producer the right to use an existing work is analogous to the service provided by hotels and car rental agencies by allowing others to use their property (para. 83). The Tribunal’s interpretation of “provision of services” was therefore reasonable (para. 86). Negotiating minimum fees for the use of existing works does not make an artists’ association the agent of the artist for the purpose of granting licences to producers (para. 85). The choice of whether or not to grant a licence to a producer remains in the hands of the copyright holder and not the artists’ association. Scale agreements do not apply to works for which the copyright has been assigned to a collective society such as SODRAC, but rather only where the artist alone has the right to grant licences to use his or her work. Accordingly, there is no conflict between the SAA and the *Copyright Act* (para. 87).

[11] Pelletier J.A. also concluded that it was reasonable for the Tribunal to find that the NGC had failed to bargain in good faith. The NGC had taken a rigid stance that it knew CARFAC/RAAV could never accept, based solely on one legal opinion and despite the fact that it had spent four years negotiating such fees. The industry standard had been to include copyright matters in scale agreements.

qu’il n’existe aucun droit d’auteur lorsque l’artiste signe pareil contrat. De plus, l’octroi de licence ou la cession du droit d’auteur sur une œuvre existante est simplement un transfert de bien; il ne s’agit pas d’un service ou « [d’une] questio[n] connex[e] » suivant la définition d’« accord-cadre » dans la LSA (par. 102-108). Par conséquent, les tarifs minimums pour l’utilisation d’œuvres existantes ne sauraient être inclus dans les accords-cadres. Étant donné cette conclusion, les juges majoritaires ont estimé que le MBAC n’avait pas omis de négocier de bonne foi (par. 115).

[10] Le juge Pelletier, dissident, aurait rejeté la demande de contrôle judiciaire. Se fondant sur la norme de contrôle de la décision raisonnable, il a conclu que les accords-cadres pouvaient inclure des tarifs minimums pour l’utilisation d’œuvres existantes. L’octroi à un producteur du droit d’utiliser une œuvre existante est analogue au service fourni par les hôtels et les agences de location d’automobiles qui permettent à autrui d’utiliser leur bien (par. 83). L’interprétation donnée par le Tribunal à l’expression « prestations de services » était donc raisonnable (par. 86). Le fait qu’une association d’artistes négocie des tarifs minimums pour l’utilisation d’œuvres existantes n’en fait pas l’agent des artistes aux fins de concession d’une licence à un producteur (par. 85). Le choix d’accorder ou non une licence à un producteur appartient toujours au titulaire du droit d’auteur et non à l’association d’artistes. Les accords-cadres ne s’appliquent pas aux œuvres dont le droit d’auteur a été cédé à une société de gestion comme la SODRAC; ils s’appliquent uniquement lorsque seul l’artiste a le droit d’accorder des licences pour l’utilisation de son œuvre, d’où l’absence de conflit entre la LSA et la *Loi sur le droit d’auteur* (par. 87).

[11] Le juge Pelletier a également conclu que le Tribunal pouvait raisonnablement conclure que le MBAC n’avait pas négocié de bonne foi. Le MBAC avait adopté une position inflexible qui ne pourrait, à sa connaissance, jamais être acceptée par le CARFAC/RAAV, sur la seule foi d’un avis juridique et malgré les quatre années qu’il avait passées à négocier de tels tarifs. La pratique ayant cours dans

Applying *Royal Oak Mines*, Pelletier J.A. concluded that an objective assessment of the circumstances supported the Tribunal's finding that the NGC had failed to bargain in good faith (paras. 71-76).

II. Analysis

[12] I would allow the appeal and dismiss the application for judicial review.

A. *Standard of Review*

[13] Reasonableness is the presumptive standard of review when a tribunal is interpreting its home statute or a statute closely connected to its function and with which it will have particular familiarity. The *SAA* applies to, among other things, "authors of artistic . . . works within the meaning of the *Copyright Act*", requiring the Tribunal to interpret and apply that statute (*SAA*, s. 6(2)(b)(i)). None of the exceptions to this presumption of reasonableness apply. No constitutional questions are at issue. The appeal raises no true question of jurisdiction, particularly in light of this Court's caution to interpret this category of questions narrowly when a tribunal is interpreting its home statute or statutes closely connected to its function (*Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654, at para. 34). No issue is at stake that is of central importance to the legal system as a whole and that is not within the Tribunal's area of expertise. Finally, all parties, interveners and the Tribunal do not dispute that scale agreements under the *SAA* do not apply to collective societies governed by the *Copyright Act*. Accordingly, there is no serious question as to the jurisdictional lines between the Tribunal and the Copyright Board. The applicable standard of review is reasonableness.

le secteur d'activités consistait à inclure les questions touchant au droit d'auteur dans les accords-cadres. Appliquant *Royal Oak Mines*, le juge Pelletier a conclu qu'une appréciation objective des faits était la conclusion du Tribunal selon laquelle le MBAC n'avait pas négocié de bonne foi (par. 71-76).

II. Analyse

[12] Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de rejeter la demande de contrôle judiciaire.

A. *La norme de contrôle*

[13] La norme de la décision raisonnable est présumée s'appliquer lorsqu'un tribunal administratif interprète sa loi constitutive ou une loi étroitement liée à son mandat et dont il a une connaissance approfondie. La *LSA* s'applique notamment aux « auteurs d'œuvres artistiques [. . .] au sens de la *Loi sur le droit d'auteur* », ce qui oblige le Tribunal à interpréter et à appliquer cette loi (*LSA*, sous-al. 6(2)b(i)). Aucune des exceptions à cette présomption d'assujettissement à la norme de la décision raisonnable ne s'applique. Aucune question constitutionnelle n'est en jeu. Le pourvoi ne soulève aucune véritable question de compétence, surtout au vu de la mise en garde de notre Cour qui appelle à donner une interprétation restrictive à cette catégorie de questions lorsqu'un tribunal administratif interprète sa loi constitutive ou des lois étroitement liées à son mandat (*Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654, par. 34). Il n'y a en l'espèce aucune question qui revêt une importance capitale pour le système juridique dans son ensemble et qui ne relève pas du champ d'expertise du Tribunal. Enfin, toutes les parties, les intervenantes et le Tribunal ne contestent pas que les accords-cadres visés par la *LSA* ne s'appliquent pas aux sociétés de gestion régies par la *Loi sur le droit d'auteur*. Par conséquent, aucune question de délimitation des compétences respectives du Tribunal et de la Commission du droit d'auteur ne se pose sérieusement. La norme de contrôle applicable est celle de la décision raisonnable.

B. *Scale Agreements Can Include Existing Works*

[14] In order to determine whether scale agreements negotiated under the *SAA* can include minimum fees for the use of existing works, it is necessary to address the interpretation of the *SAA* and whether it conflicts with the *Copyright Act*.

(1) “Provision of Artists’ Services” Includes the Use of Existing Works

[15] The first question to consider is whether it was reasonable for the Tribunal to conclude that the “provision of artists’ services” referred to in the definition of “scale agreement” in the *SAA* includes the provision of existing artistic works.

[16] I agree with Pelletier J.A. that there is no reason to overturn the Tribunal’s conclusion on this issue. The Tribunal’s interpretation of “provision of artists’ services” is not contrary to its plain meaning. Indeed, the analogy presented by Pelletier J.A. of the service provided by hotels and car rental agencies for the use of their property is persuasive. Furthermore, nothing in the *SAA* supports treating commissioned works differently from existing works.

[17] The definition of the artists who are bound by the *SAA* has three broad categories, the first of which includes “authors of artistic . . . works within the meaning of the *Copyright Act*” (*SAA*, s. 6(2)(b)(i)). In order to be an author of an artistic work within the meaning of the *Copyright Act*, an artist must have already produced the artistic work of which he or she is the author. If the *SAA* was not intended to apply to the provision of existing artistic works, this branch of the definition would be meaningless. It would not make sense for the *SAA* to apply to artists on the basis of their creation of such works, yet not permit scale agreements negotiated under the *SAA* to apply to those same works. Although not conclusive, the reference in s. 6(2)(b)(i) to authors

B. *Les accords-cadres peuvent inclure les œuvres existantes*

[14] Pour décider si les accords-cadres négociés en vertu de la *LSA* peuvent prévoir des tarifs minimums pour l’utilisation d’œuvres existantes, il faut interpréter la *LSA* et se demander si elle entre en conflit avec la *Loi sur le droit d’auteur*.

(1) Les « prestations de services des artistes » comprennent l’utilisation d’œuvres existantes

[15] La première question qu’il faut se poser est de savoir si le Tribunal pouvait raisonnablement conclure que les « prestations de services des artistes » mentionnées dans la définition d’« accord-cadre » dans la *LSA* comprennent les prestations d’œuvres existantes.

[16] Je suis d’accord avec le juge Pelletier pour dire qu’il n’y a aucune raison d’infirmar la conclusion du Tribunal sur ce point. L’interprétation donnée par le Tribunal à l’expression « prestations de services des artistes » n’est pas contraire à son sens ordinaire. De fait, l’analogie que fait le juge Pelletier avec le service fourni par les hôtels et les agences de location d’automobiles pour l’utilisation de leur bien est convaincante. De plus, aucune disposition de la *LSA* ne permet de traiter les œuvres commandées différemment des œuvres existantes.

[17] La définition des artistes qui sont liés par la *LSA* comporte trois grandes catégories, dont la première regroupe les « auteurs d’œuvres artistiques [. . .] au sens de la *Loi sur le droit d’auteur* » (*LSA*, sous-al. 6(2)(b)(i)). Pour répondre à cette définition, l’artiste doit avoir déjà créé l’œuvre artistique dont il est l’auteur. Si la *LSA* n’était pas censée s’appliquer aux œuvres existantes, ce volet de la définition serait dénué de sens. Il serait illogique que la *LSA* s’applique aux artistes en raison de leur création de ces œuvres, mais ne permette pas l’application des accords-cadres négociés sous son régime à ces mêmes œuvres. À défaut d’être concluante, la mention au sous-al. 6(2)(b)(i) des auteurs d’œuvres au sens de la *Loi sur le droit d’auteur* donne fortement à

of works within the meaning of the *Copyright Act* provides a strong indication that scale agreements were intended to apply to existing artistic works.

[18] To conclude that the provision of existing works is excluded from scale agreements authorized by the SAA would result in that Act having a limited impact, at least with respect to visual artists, on the achievement of Parliament's express recognition that artists should "be compensated for the use of their works, including the public lending of them" (SAA, s. 2(e)). Fees for the use of *existing* works are the *central* issue for visual artists seeking compensation for their work, not an ancillary matter. The NGC acknowledged that it rarely commissions works, doing so "perhaps once every five years". Installation, lectures, and tours are ancillary services that are not only unlikely to provide a source of income sufficient to properly compensate artists for their work, but are services that can all be provided by persons other than the creator of the artistic work. Indeed, while they may qualify as "related matters" under the definition of "scale agreement" in s. 5, they may not often qualify as "artistic production[s]" in the sense of s. 6(2)(a) of the SAA, and would then not constitute a primary artistic service that can be included in scale agreements in their own right.

[19] For these reasons, the Tribunal's conclusion that "provision of artists' services" includes assigning or licensing a copyright was reasonable. As a result, minimum fees for the provision of artists' copyrights for existing works are eligible for inclusion in scale agreements negotiated pursuant to the SAA.

(2) The SAA and the Copyright Act Do Not Conflict

[20] The second question to be addressed is whether the above conclusion — that "provision of

penser que les accords-cadres étaient censés s'appliquer aux œuvres existantes.

[18] Si l'on conclut que la prestation d'œuvres existantes est exclue des accords-cadres autorisés par la LSA, cette loi aurait une incidence limitée — du moins en ce qui concerne les artistes en arts visuels — sur la réalisation de la reconnaissance expresse, par le législateur, de l'importance pour les artistes « de recevoir une indemnisation pour l'utilisation, et notamment le prêt public, de leurs œuvres » (LSA, al. 2e)). Les tarifs pour l'utilisation d'œuvres *existantes* représentent la *principale* question qui intéresse les artistes en arts visuels voulant être rémunérés pour leur travail, et non pas une question accessoire. Le MBAC a reconnu qu'il commandait rarement des œuvres, [TRADUCTION] « peut-être une fois tous les cinq ans ». L'installation, les conférences et les visites guidées sont des services accessoires qui non seulement ne procurent vraisemblablement pas une source de revenu suffisant pour rémunérer comme il se doit les artistes pour leur travail, mais qui peuvent aussi tous être fournis par d'autres personnes que le créateur de l'œuvre artistique. En effet, même s'ils peuvent être considérés comme des « questions connexes » suivant la définition d'« accord-cadre » à l'art. 5, ils ne pourraient sans doute pas, dans bien des cas, être considérés comme une « prestation » au sens de l'al. 6(2)a) de la LSA, et ils ne constitueraient alors pas un service artistique principal susceptible d'être inclus dans un accord-cadre.

[19] Pour ces motifs, la conclusion du Tribunal selon laquelle les « prestations de services des artistes » comprennent la cession ou la concession de licence d'un droit d'auteur était raisonnable. Par conséquent, les tarifs minimums pour l'octroi des droits d'auteur des artistes sur des œuvres existantes peuvent être inclus dans les accords-cadres négociés en vertu de la LSA.

(2) La LSA et la Loi sur le droit d'auteur n'entrent pas en conflit l'une avec l'autre

[20] La seconde question à traiter est de savoir si la conclusion susmentionnée — à savoir que les

artists' services" includes the provision of copyrights for existing works — results in a conflict with the *Copyright Act*.

[21] In drafting the *SAA*, Parliament is presumed to have knowledge of the *Copyright Act* and to have intended that the two statutes not conflict (R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (5th ed. 2008), at pp. 205 and 325). The *SAA*'s explicit reference to the *Copyright Act* in s. 6(2)(b)(i) supports that presumption. In the absence of evidence of conflict or that one of these laws is intended to provide an exhaustive declaration of the applicable law, the two statutes must be read together in a manner that allows them to work in a complementary fashion.

[22] The collective bargaining conducted by artists' associations such as CARFAC/RAAV under the *SAA* in respect of scale agreements covering existing artistic works does not contradict any provision of the *Copyright Act*. Artists' associations are simply bargaining agents. They have not taken or granted, and do not purport to have taken or granted, any assignment or exclusive licence, or any property interest, in any artist's copyright (see *Euro-Excellence Inc. v. Kraft Canada Inc.*, 2007 SCC 37, [2007] 3 S.C.R. 20, at paras. 26-28). For this reason, s. 13(4) of the *Copyright Act*, which requires assignments and grants of exclusive licences of copyrights to be in writing, is not applicable.

[23] An artists' association's function is to bargain with producers for the fixing of what is analogous to a minimum wage for any artist who may agree to provide his or her artistic work to the producer. Establishing a minimum fee for the use of existing works does not affect any of the rights conferred on copyright holders under s. 3 of the *Copyright Act*. Minimum fees may, in some circumstances, affect whether and under what conditions artists will provide a producer with the right to use their artistic works, namely preventing an artist from doing so if no producer is willing to offer him or her the minimum amount under the applicable scale agreement. Ultimately, however, the decision of whether

« prestations de services des artistes » comprennent l'octroi des droits d'auteur sur des œuvres existantes — crée un conflit avec la *Loi sur le droit d'auteur*.

[21] Il faut présumer qu'au moment où il a rédigé la *LSA*, le législateur connaissait la *Loi sur le droit d'auteur* et voulait éviter tout conflit entre ces deux lois (R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (5^e éd. 2008), p. 205 et 325). La mention explicite de la *Loi sur le droit d'auteur* au sous-al. 6(2)(b)(i) de la *LSA* appuie cette présomption en l'espèce. En l'absence de preuve démontrant qu'il existe un conflit ou qu'une de ces lois est censée énoncer de manière exhaustive le droit applicable, il faut lire les deux lois en corrélation de façon à ce qu'elles puissent s'appliquer de manière complémentaire.

[22] La négociation collective engagée par des associations d'artistes comme le CARFAC/RAAV sous le régime de la *LSA* relativement aux accords-cadres visant des œuvres artistiques existantes ne contredit aucune disposition de la *Loi sur le droit d'auteur*. Les associations d'artistes ne sont que des agents négociateurs. Elles n'ont ni acquis ni accordé, notamment par voie de cession ou de licence exclusive, quelque intérêt de propriété que ce soit sur le droit d'auteur d'un artiste, et elles ne prétendent pas le faire (voir *Euro-Excellence Inc. c. Kraft Canada Inc.*, 2007 CSC 37, [2007] 3 R.C.S. 20, par. 26-28). Pour cette raison, le par. 13(4) de la *Loi sur le droit d'auteur*, suivant lequel les cessions et les licences exclusives de droits d'auteur doivent être rédigées par écrit, ne s'applique pas.

[23] Une association d'artistes a pour fonction de négocier avec les producteurs afin de fixer ce qui est analogue au salaire minimum de tout artiste qui peut accepter de fournir son œuvre à un producteur. L'établissement d'un tarif minimum pour l'utilisation d'œuvres existantes n'a d'incidence sur aucun des droits conférés aux titulaires de droits d'auteur aux termes de l'art. 3 de la *Loi sur le droit d'auteur*. Dans certaines situations, le tarif minimum peut influencer les conditions, s'il en est, auxquelles des artistes accorderont à un producteur le droit d'utiliser leurs œuvres, c'est-à-dire empêcher un artiste de le faire si aucun producteur n'est disposé à lui offrir le montant minimum prescrit par l'accord-cadre

or not to provide the right to use an artistic work remains with the copyright holder.

[24] The above interpretation causes no conflict with the *Copyright Act's* provisions regarding collective societies. As counsel for CARFAC/RAAV acknowledged at the oral hearing, minimum fees for existing works do not apply to or bind collective societies such as SODRAC. Collective societies have the power to determine tariffs for the works in which they hold the copyright, subject to the approval of the Copyright Board. However, the *SAA* and the Tribunal precedent are clear, and none of the parties to this appeal disagree: scale agreements do not bind collective societies. The *SAA* only governs the professional relations between federal governmental producers, as defined by that Act, and artists insofar as they choose to retain their copyrights.

[25] Artists therefore have two options when dealing with federal governmental producers for the use of their existing works. One option is to assign or license their copyright to a collective society or appoint that society as their authorized agent. In that case, tariffs set under the *Copyright Act*, and not the *SAA* and any scale agreements for their sector, will apply to the works. The other option is to deal directly with the producer, in which case they will be bound by any applicable *SAA* scale agreements. Within this option, artists may either accept the minimum fees, terms and conditions set out in the scale agreements and model contracts, or they can attempt to negotiate higher fees or more favourable terms.

C. *Duty to Bargain in Good Faith*

[26] Counsel for the NGC confirmed at oral hearing that if the Court concluded that minimum fees for the use of existing works may be included in scale agreements, the NGC would be willing to negotiate such fees. As this is, in essence, the outcome sought by CARFAC/RAAV, the issue of whether the NGC

applicable. Toutefois, la décision d'accorder ou non le droit d'utiliser une œuvre appartient en définitive au titulaire du droit d'auteur.

[24] L'interprétation qui précède n'est pas incompatible avec les dispositions de la *Loi sur le droit d'auteur* relatives aux sociétés de gestion. Comme l'avocat du CARFAC/RAAV l'a reconnu à l'audience, les tarifs minimums des œuvres existantes ne s'appliquent pas aux sociétés de gestion comme la SODRAC, et ne les lient pas. Les sociétés de gestion ont le pouvoir de fixer les tarifs des œuvres dont elles sont titulaires du droit d'auteur, sous réserve de l'approbation de la Commission du droit d'auteur. Cependant, la *LSA* et la jurisprudence du Tribunal sont claires, et aucune des parties au présent pourvoi n'est en désaccord : les accords-cadres ne lient pas les sociétés de gestion. La *LSA* ne régit que les relations de travail entre les producteurs qui relèvent du gouvernement fédéral, au sens de la loi, et les artistes, dans la mesure où ils choisissent de conserver leurs droits d'auteur.

[25] Les artistes ont donc deux possibilités quand ils traitent avec les producteurs relevant du gouvernement fédéral pour l'utilisation de leurs œuvres existantes. Premièrement, ils peuvent céder ou concéder par licence leur droit d'auteur à une société de gestion ou nommer cette société comme leur agent autorisé. Dans ce cas, les tarifs fixés sous le régime de la *Loi sur le droit d'auteur*, et non sous celui de la *LSA* et de tout accord-cadre conclu pour leur secteur, s'appliqueront aux œuvres en question. Deuxièmement, ils peuvent traiter directement avec le producteur, auquel cas ils seront liés par tout accord-cadre applicable au titre de la *LSA*. Dans ce dernier cas, les artistes peuvent soit accepter les tarifs minimums et les conditions énoncés dans les accords-cadres et les contrats types, soit tenter de négocier des tarifs supérieurs ou des conditions plus favorables.

C. *L'obligation de négocier de bonne foi*

[26] L'avocat du MBAC a confirmé à l'audience que, si la Cour concluait à la possibilité d'inclure dans les accords-cadres les tarifs minimums pour l'utilisation d'œuvres existantes, le MBAC serait disposé à négocier ces tarifs. Puisque c'est essentiellement ce que demande le CARFAC/RAAV en l'espèce, il

failed to bargain in good faith need not be examined in depth.

[27] The Tribunal focused on “the manner in which the negotiations were conducted”, though it also considered the content of the negotiations (para. 121 (emphasis added)). The Tribunal’s reasons set out in detail the facts supporting its conclusion that the NGC did not bargain in good faith (paras. 122-52). In brief, the Tribunal found that, despite raising some initial concerns in June 2003, the NGC did not seek to exclude minimum fees for existing artistic works from the draft scale agreement on the basis of its interpretation of the *Copyright Act* until October 2007.

[28] In light of this history, the Tribunal noted that the NGC did not follow the parties’ established practice of exchanging draft scale agreements prior to their meetings when it presented its revised draft scale agreement immediately after the legal opinion it had obtained was first discussed (paras. 123, 136, 138-39 and 147). It concluded that “putting forward such a proposal [that excluded minimum fees for the use of existing artistic works from the scale agreement] and taking a rigid stance which it should be known the other party could never accept must necessarily constitute a breach of the duty to bargain in good faith” (para. 151).

[29] It appears from the reasons that the Tribunal extensively canvassed the facts and the law regarding good faith bargaining. In proceedings before this Court, the NGC raised certain facts to support its argument that it had not failed to meet its duty to bargain in good faith. The Tribunal’s reasons demonstrate that it was aware of those facts, namely that the NGC had expressed reservations about including minimum fees for the use of existing works in a negotiated scale agreement, that the NGC relied upon a legal opinion to refuse to include such minimum fees in the scale agreement, and that the NGC expressed a willingness to negotiate alternative solutions and remaining issues after presenting the revised draft scale agreement (paras. 124 and

n’est pas nécessaire d’examiner en profondeur la question de savoir si le MBAC a omis de négocier de bonne foi.

[27] Le Tribunal s’est concentré sur « la manière dont les négociations ont été menées », bien qu’il ait aussi examiné le contenu des négociations (par. 121 (je souligne)). Il a exposé en détail dans ses motifs les faits qui lui permettent de conclure que le MBAC n’avait pas négocié de bonne foi (par. 122-152). En bref, le Tribunal a conclu que, même si le MBAC avait exprimé quelques préoccupations en juin 2003, il n’a pas cherché avant octobre 2007 à exclure du projet d’accord-cadre les tarifs minimums des œuvres existantes sur la foi de son interprétation de la *Loi sur le droit d’auteur*.

[28] Compte tenu de ces faits, le Tribunal a signalé que le MBAC avait dérogé à la pratique établie par les parties — qui consistait à s’échanger des projets d’accord-cadre avant leurs réunions — lorsqu’il a présenté son projet révisé d’accord-cadre tout de suite après que l’avis juridique qu’il avait obtenu a été abordé la première fois (par. 123, 136, 138-139 et 147). Le Tribunal a conclu que « présenter une proposition [qui excluait de l’accord-cadre les tarifs minimums pour l’utilisation d’œuvres existantes] ou adopter une position inflexible alors que l’on devrait savoir que l’autre partie ne pourra jamais l’accepter constitue nécessairement un manquement à cette obligation de négocier de bonne foi » (par. 151).

[29] Il appert des motifs du Tribunal que celui-ci a examiné en profondeur les faits et le droit en matière de négociation de bonne foi. Devant notre Cour, le MBAC a invoqué certains faits à l’appui de son argument qu’il n’avait pas manqué à son obligation de négocier de bonne foi. Le Tribunal a démontré dans ses motifs qu’il avait connaissance de ces faits, à savoir que le MBAC avait exprimé des réserves à propos de l’inclusion de tarifs minimums pour l’utilisation d’œuvres existantes dans un accord-cadre négocié, qu’il s’était appuyé sur un avis juridique pour refuser d’inclure de tels tarifs minimums dans l’accord-cadre, et qu’il s’était dit disposé à négocier des solutions de rechange et autres questions à régler après avoir présenté le projet révisé d’accord-cadre

140-42). The Tribunal nonetheless concluded that the NGC had failed to bargain in good faith.

[30] On a reasonableness review, it is not for courts to reweigh the evidence considered by the tribunal (*Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339, at para. 64, *per* Binnie J.). In view of the findings of fact of the Tribunal, it cannot be said that its decision is unreasonable.

III. Conclusion

[31] The appeal is allowed and the Tribunal's order is reinstated. Costs are awarded to the appellants CARFAC and RAAV on the appeals before this Court and the Federal Court of Appeal.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellants: Raven, Cameron, Ballantyne & Yazbeck, Ottawa.

Solicitors for the respondent: Lapointe Rosenstein Marchand Melançon, Montréal; Gowlings, Ottawa.

Solicitors for the interveners the Writers Guild of Canada and the Canadian Screenwriters Collection Society: Ursel Phillips Fellows Hopkinson, Toronto.

Solicitors for the interveners Société du droit de reproduction des auteurs, compositeurs et éditeurs du Canada and SODRAC 2003 Inc.: Matteau Poirier avocats inc., Montréal.

(par. 124 et 140-142). Le Tribunal a néanmoins conclu que le MBAC n'avait pas négocié de bonne foi.

[30] Dans l'appréciation de la raisonabilité, il n'appartient pas aux tribunaux judiciaires de soulever à nouveau la preuve examinée par le tribunal administratif (*Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339, par. 64, le juge Binnie). Vu les conclusions de fait du Tribunal, sa décision ne saurait être qualifiée de déraisonnable.

III. Conclusion

[31] Le pourvoi est accueilli et l'ordonnance du Tribunal est rétablie. Les appelants, le CARFAC et le RAAV, ont droit aux dépens devant notre Cour et la Cour d'appel fédérale.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureurs des appelants : Raven, Cameron, Ballantyne & Yazbeck, Ottawa.

Procureurs de l'intimé : Lapointe Rosenstein Marchand Melançon, Montréal; Gowlings, Ottawa.

Procureurs des intervenantes Writers Guild of Canada et Canadian Screenwriters Collection Society : Ursel Phillips Fellows Hopkinson, Toronto.

Procureurs des intervenantes la Société du droit de reproduction des auteurs, compositeurs et éditeurs du Canada et SODRAC 2003 Inc. : Matteau Poirier avocats inc., Montréal.

Matthew David Spencer *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

**Director of Public Prosecutions,
Attorney General of Ontario,
Attorney General of Alberta,
Privacy Commissioner of Canada,
Canadian Civil Liberties Association and
Criminal Lawyers' Association
of Ontario** *Interveners*

INDEXED AS: R. v. SPENCER

2014 SCC 43

File No.: 34644.

2013: December 9; 2014: June 13.*

Present: McLachlin C.J. and LeBel, Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis and Wagner JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
SASKATCHEWAN

Constitutional law — Charter of Rights — Search and seizure — Privacy — Police having information that IP address used to access or download child pornography — Police asking Internet service provider to voluntarily provide name and address of subscriber assigned to IP address — Police using information to obtain search warrant for accused's residence — Whether police conducted unconstitutional search by obtaining subscriber information matching IP address — Whether evidence obtained as a result should be excluded — Whether fault element of making child pornography available requires proof of positive facilitation — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 163.1(3), (4), 487.014(1) — Personal Information Protection and Electronic Documents Act,

* A motion to amend the reasons was granted on November 6, 2014, amending para. 12. The amendments are included in these reasons.

Matthew David Spencer *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

**Directeur des poursuites pénales,
procureur général de l'Ontario,
procureur général de l'Alberta,
commissaire à la protection de la vie
privée du Canada, Association canadienne
des libertés civiles et Criminal Lawyers'
Association of Ontario** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : R. c. SPENCER

2014 CSC 43

N° du greffe : 34644.

2013 : 9 décembre; 2014 : 13 juin*.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges LeBel, Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis et Wagner.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA
SASKATCHEWAN

Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouilles, perquisitions et saisies — Protection des renseignements personnels — Police détenant des renseignements selon lesquels une adresse IP a été utilisée pour avoir accès à de la pornographie juvénile ou pour la télécharger — Demande de la police au fournisseur de services Internet de lui fournir volontairement le nom et l'adresse de l'abonnée à qui appartient l'adresse IP — Utilisation de ces renseignements par la police pour obtenir un mandat lui permettant de perquisitionner dans la résidence de l'accusé — La police a-t-elle effectué une fouille ou une perquisition inconstitutionnelle lorsqu'elle a obtenu les renseignements relatifs à l'abonnée à qui appartenait l'adresse IP? — La preuve ainsi obtenue devrait-elle être

* Une requête en modification des motifs a été accordée le 6 novembre 2014 modifiant le par. 12. Les modifications ont été incorporées dans les présents motifs.

S.C. 2000, c. 5, s. 7(3)(c.1)(ii) — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 8.

The police identified the Internet Protocol (IP) address of a computer that someone had been using to access and store child pornography through an Internet file-sharing program. They then obtained from the Internet Service Provider (ISP), without prior judicial authorization, the subscriber information associated with that IP address. The request was purportedly made pursuant to s. 7(3)(c.1)(ii) of the *Personal Information Protection and Electronic Documents Act (PIPEDA)*. This led them to the accused. He had downloaded child pornography into a folder that was accessible to other Internet users using the same file-sharing program. He was charged and convicted at trial of possession of child pornography and acquitted on a charge of making it available. The Court of Appeal upheld the conviction, however set aside the acquittal on the making available charge and ordered a new trial.

Held: The appeal should be dismissed.

Whether there is a reasonable expectation of privacy in the totality of the circumstances is assessed by considering and weighing a large number of interrelated factors. The main dispute in this case turns on the subject matter of the search and whether the accused's subjective expectation of privacy was reasonable. The two circumstances relevant to determining the reasonableness of his expectation of privacy in this case are the nature of the privacy interest at stake and the statutory and contractual framework governing the ISP's disclosure of subscriber information.

When defining the subject matter of a search, courts have looked not only at the nature of the precise information sought, but also at the nature of the information that it reveals. In this case, the subject matter of the search was not simply a name and address of someone in a contractual relationship with the ISP. Rather, it was the

écartée? — L'élément de faute de l'infraction qui consiste à rendre accessible la pornographie juvénile exige-t-il la preuve d'un appui délibéré? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 163.1(3), (4), 487.014(1) — Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques, L.C. 2000, ch. 5, art. 7(3)c.1(ii) — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8.

La police a découvert l'adresse de protocole Internet (IP) de l'ordinateur qu'une personne avait utilisé pour accéder à de la pornographie juvénile et pour la stocker à l'aide d'un programme de partage de fichiers. Elle a ensuite obtenu auprès du fournisseur de services Internet (FSI), sans autorisation judiciaire préalable, les renseignements relatifs à l'abonnée à qui appartenait cette adresse IP. Il s'agit d'une demande qui aurait été fondée sur le sous-al. 7(3)c.1(ii) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques (LPRPDE)*. Les policiers ont ainsi découvert l'accusé. Celui-ci avait téléchargé de la pornographie juvénile à partir d'Internet avant de sauvegarder les fichiers en question dans un répertoire qui était accessible à d'autres internautes utilisateurs du même programme de partage de fichiers. L'accusé a été inculpé et déclaré coupable au procès de possession de pornographie juvénile, mais il a été acquitté de l'accusation de la rendre accessible. La Cour d'appel a confirmé la déclaration de culpabilité; elle a cependant annulé l'acquiescement et ordonné la tenue d'un nouveau procès.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

On détermine s'il existe une attente raisonnable en matière de respect de la vie privée, compte tenu de l'ensemble des circonstances, en examinant et en soulevant un grand nombre de facteurs interreliés. Dans la présente affaire, le litige porte principalement sur l'objet de la fouille ou de la perquisition et sur la question de savoir si l'attente subjective de l'accusé en matière de vie privée était raisonnable. Les deux éléments pertinents pour déterminer le caractère raisonnable de son attente au respect de sa vie privée sont, d'une part, la nature de l'intérêt en matière de vie privée qui est en jeu et, d'autre part, le cadre législatif et contractuel régissant la communication par le FSI des renseignements relatifs à l'abonnée.

Pour définir l'objet d'une fouille ou d'une perquisition, les tribunaux examinent non seulement la nature des renseignements précis recherchés, mais aussi la nature des renseignements qui sont ainsi révélés. En l'espèce, la fouille ou la perquisition n'avait pas simplement pour objet le nom et l'adresse d'une personne qui était liée

identity of an Internet subscriber which corresponded to particular Internet usage.

The nature of the privacy interest engaged by the state conduct turns on the privacy of the area or the thing being searched and the impact of the search on its target, not the legal or illegal nature of the items sought. In this case, the primary concern is with informational privacy. Informational privacy is often equated with secrecy or confidentiality, and also includes the related but wider notion of control over, access to and use of information. However, particularly important in the context of Internet usage is the understanding of privacy as anonymity. The identity of a person linked to their use of the Internet must be recognized as giving rise to a privacy interest beyond that inherent in the person's name, address and telephone number found in the subscriber information. Subscriber information, by tending to link particular kinds of information to identifiable individuals, may implicate privacy interests relating to an individual's identity as the source, possessor or user of that information. Some degree of anonymity is a feature of much Internet activity and depending on the totality of the circumstances, anonymity may be the foundation of a privacy interest that engages constitutional protection against unreasonable search and seizure. In this case, the police request to link a given IP address to subscriber information was in effect a request to link a specific person to specific online activities. This sort of request engages the anonymity aspect of the informational privacy interest by attempting to link the suspect with anonymously undertaken online activities, activities which have been recognized in other circumstances as engaging significant privacy interests.

There is no doubt that the contractual and statutory framework may be relevant to, but not necessarily determinative of, whether there is a reasonable expectation of privacy. In this case, the contractual and statutory frameworks overlap and the relevant provisions provide little assistance in evaluating the reasonableness of the accused's expectation of privacy. Section 7(3)(c.1)(ii) of *PIPEDA* cannot be used as a factor to weigh against the

par contrat au FSI. Il s'agissait plutôt de l'identité d'une abonnée aux services Internet à qui correspondait une utilisation particulière de ces services.

La nature de l'intérêt en matière de vie privée visé par l'action de l'État tient au caractère privé du lieu ou de l'objet visé par la fouille ou la perquisition ainsi qu'aux conséquences de cette dernière pour la personne qui en fait l'objet, et non à la nature légale ou illégale de la chose recherchée. En l'espèce, on s'intéresse principalement au caractère privé des renseignements personnels. Ce dernier est souvent assimilé à la confidentialité. Il comprend également la notion connexe, mais plus large, de contrôle sur l'accès à l'information et sur l'utilisation des renseignements. L'anonymat en tant que facette du droit à la vie privée revêt cependant une importance particulière dans le contexte de l'utilisation d'Internet. Il faut reconnaître que l'identité d'une personne liée à son utilisation d'Internet donne naissance à un intérêt en matière de vie privée qui a une portée plus grande que celui inhérent à son nom, à son adresse et à son numéro de téléphone qui figurent parmi les renseignements relatifs à l'abonné. En établissant un lien entre des renseignements particuliers et une personne identifiable, les renseignements relatifs à l'abonné peuvent compromettre les droits en matière de vie privée quant à l'identité d'une personne en tant que source, possesseur ou utilisateur des renseignements visés. Un certain degré d'anonymat est propre à beaucoup d'activités menées sur Internet et l'anonymat pourrait donc, compte tenu de l'ensemble des circonstances, servir de fondement au droit à la vie privée visé par la protection constitutionnelle contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives. En l'espèce, la demande de la police, dans le but d'établir un lien entre une adresse IP donnée et les renseignements relatifs à l'abonnée, visait en fait à établir un lien entre une personne précise et des activités en ligne précises. Ce genre de demande concerne, en ce qui a trait aux renseignements personnels, le droit à la vie privée relatif à l'anonymat puisqu'elle vise à établir un lien entre le suspect et des activités entreprises en ligne sous le couvert de l'anonymat, activités qui, comme on l'a reconnu dans d'autres circonstances, mettent en jeu d'importants droits en matière de vie privée.

Il ne fait aucun doute que les cadres législatif et contractuel peuvent aussi être pertinents, mais pas nécessairement déterminants, quant à la question de savoir s'il existe une attente raisonnable en matière de vie privée. En l'espèce, les cadres contractuel et législatif se chevauchent et les dispositions applicables ne sont guère utiles pour évaluer le caractère raisonnable de l'attente de l'accusé au respect de sa vie privée. Le sous-al. 7(3)c.1(ii)

existence of a reasonable expectation of privacy since the proper interpretation of the relevant provision itself depends on whether such a reasonable expectation of privacy exists. It would be reasonable for an Internet user to expect that a simple request by police would not trigger an obligation to disclose personal information or defeat *PIPEDA*'s general prohibition on the disclosure of personal information without consent. The contractual provisions in this case support the existence of a reasonable expectation of privacy. The request by the police had no lawful authority in the sense that while the police could ask, they had no authority to compel compliance with that request. In the totality of the circumstances of this case, there is a reasonable expectation of privacy in the subscriber information. Therefore, the request by the police that the ISP voluntarily disclose such information amounts to a search.

Whether the search in this case was lawful will be dependent on whether the search was authorized by law. Neither s. 487.014(1) of the *Criminal Code*, nor *PIPEDA* creates any police search and seizure powers. Section 487.014(1) is a declaratory provision that confirms the existing common law powers of police officers to make enquiries. *PIPEDA* is a statute whose purpose is to increase the protection of personal information. Since in the circumstances of this case the police do not have the power to conduct a search for subscriber information in the absence of exigent circumstances or a reasonable law, the police do not gain a new search power through the combination of a declaratory provision and a provision enacted to promote the protection of personal information. The conduct of the search in this case therefore violated the *Charter*. Without the subscriber information obtained by the police, the warrant could not have been obtained. It follows that if that information is excluded from consideration as it must be because it was unconstitutionally obtained, there were not adequate grounds to sustain the issuance of the warrant and the search of the residence was therefore unlawful and violated the *Charter*.

de la *LPRPDE* ne peut être considéré comme un des facteurs défavorables à l'existence d'une attente raisonnable en matière de vie privée puisque l'interprétation juste de la disposition applicable dépend elle-même de l'existence d'une telle attente raisonnable en matière de vie privée. Il serait raisonnable que l'internaute s'attende à ce qu'une simple demande faite par la police n'entraîne pas l'obligation de communiquer les renseignements personnels en question ou n'écarte pas l'interdiction générale prévue par la *LPRPDE* quant à la communication de renseignements personnels sans le consentement de l'intéressé. Les dispositions du contrat en l'espèce justifient l'existence d'une attente raisonnable en matière de vie privée. La demande de renseignements n'était pas étayée par la source de l'autorité légitime de la police, en ce sens que cette dernière pouvait formuler une demande, mais ne détenait pas l'autorité pour obliger le fournisseur à s'y conformer. Compte tenu de l'ensemble des circonstances de la présente affaire, il existe une attente raisonnable en matière de vie privée à l'égard des renseignements relatifs à l'abonnée. La demande faite par la police visant la communication volontaire par la FSI de renseignements de cette nature constitue donc une fouille.

La question de savoir si la fouille effectuée en l'espèce était légitime est subordonnée à celle de savoir si elle était autorisée par la loi. Ni le par. 487.014(1) du *Code criminel*, ni la *LPRPDE* n'ont pour effet de conférer à la police des pouvoirs en matière de fouilles, de perquisitions ou de saisies. Le paragraphe 487.014(1) est une disposition déclaratoire qui confirme les pouvoirs de common law permettant aux policiers de formuler des questions. La *LPRPDE* est une loi qui a pour objet d'accroître la protection des renseignements personnels. Puisque, en l'espèce, les policiers n'avaient pas le pouvoir d'effectuer une fouille ou une perquisition pour obtenir des renseignements relatifs à l'abonnée en l'absence de circonstances contraignantes ou d'une loi qui n'a rien d'abusif, ils ne peuvent obtenir un nouveau pouvoir en matière de fouille ou de perquisition par l'effet combiné d'une disposition déclaratoire et d'une disposition adoptée afin de favoriser la protection des renseignements personnels. L'exécution de la fouille ou de la perquisition en l'espèce violait donc la *Charte*. Si les renseignements relatifs à l'abonnée ne lui avaient pas été communiqués, la police n'aurait pas pu obtenir le mandat. Par conséquent, si ces renseignements sont écartés (ce qui doit être le cas, parce qu'ils ont été obtenus d'une façon inconstitutionnelle), il n'y avait aucun motif valable justifiant la délivrance d'un mandat. La fouille ou la perquisition à la résidence était donc abusive et violait la *Charte*.

The police, however, were acting by what they reasonably thought were lawful means to pursue an important law enforcement purpose. The nature of the police conduct in this case would not tend to bring the administration of justice into disrepute. While the impact of the *Charter*-infringing conduct on the *Charter*-protected interests of the accused weighs in favour of excluding the evidence, the offences here are serious. Society has a strong interest in the adjudication of the case and also in ensuring the justice system remains above reproach in its treatment of those charged with these serious offences. Balancing the three factors, the exclusion of the evidence rather than its admission would bring the administration of justice into disrepute. The admission of the evidence is therefore upheld.

There is no dispute that the accused in a prosecution under s. 163.1(3) of the *Criminal Code* must be proved to have had knowledge that the pornographic material was being made available. This does not require however, that the accused must knowingly, by some positive act, facilitate the availability of the material. The offence is complete once the accused knowingly makes pornography available to others. Given that wilful blindness was a live issue and that the trial judge's error in holding that a positive act was required to meet the *mens rea* component of the making available offence resulted in his not considering the wilful blindness issue, the error could reasonably be thought to have had a bearing on the trial judge's decision to acquit. The order for a new trial is affirmed.

Cases Cited

Referred to: *R. v. Ward*, 2012 ONCA 660, 112 O.R. (3d) 321; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Dymont*, [1988] 2 S.C.R. 417; *R. v. Plant*, [1993] 3 S.C.R. 281; *R. v. Tessling*, 2004 SCC 67, [2004] 3 S.C.R. 432; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. United Food and Commercial Workers, Local 401*, 2013 SCC 62, [2013] 3 S.C.R. 733; *R. v. Patrick*, 2009 SCC 17, [2009] 1 S.C.R. 579; *R. v. Cole*, 2012 SCC 53, [2012] 3 S.C.R. 34; *R. v. Gomboc*, 2010 SCC 55, [2010] 3 S.C.R. 211; *R. v. Trapp*, 2011 SKCA 143, 377 Sask. R. 246; *R. v. Kang-Brown*, 2008 SCC 18, [2008] 1 S.C.R. 456; *R. v. A.M.*, 2008 SCC 19, [2008] 1 S.C.R. 569; *Dagg v. Canada (Minister of Finance)*, [1997] 2 S.C.R. 403; *McInerney v. MacDonald*, [1992] 2 S.C.R. 138; *R. v. Duarte*, [1990] 1 S.C.R. 30; *R. v. Wise*, [1992] 1 S.C.R. 527; *R. v. Morelli*, 2010 SCC 8, [2010] 1 S.C.R. 253; *R. v. Vu*, 2013 SCC 60, [2013] 3 S.C.R. 657; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265;

Les policiers se sont toutefois servi de ce qu'ils croyaient raisonnablement être des moyens légitimes pour poursuivre un objectif important visant l'application de la loi. Par sa nature, la conduite des policiers en l'espèce ne serait pas susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Bien que l'incidence de la conduite attentatoire sur les droits de l'accusé garantis par la *Charte* favorise l'exclusion de la preuve, les infractions reprochées en l'espèce sont graves. La société a un intérêt manifeste à ce que l'affaire soit jugée et à ce que le fonctionnement du système de justice demeure irréprochable au regard des individus accusés de ces infractions graves. Une mise en balance de ces trois facteurs permet de conclure que c'est l'exclusion de la preuve, et non son admission, qui serait susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. L'admission de la preuve est donc confirmée.

Il n'est pas contesté que, dans le cadre d'une poursuite sous le régime du par. 163.1(3) du *Code criminel*, il faut prouver que l'accusé avait connaissance du fait que le matériel pornographique était rendu accessible à d'autres personnes. Il n'est toutefois pas nécessaire que l'accusé doive sciemment, par une certaine action délibérée, faciliter l'accessibilité au matériel. Les éléments de l'infraction sont tous réunis lorsque l'accusé rend sciemment la pornographie accessible à d'autres personnes. Puisque l'aveuglement volontaire était une question en litige et que l'erreur du juge du procès — lorsqu'il a conclu qu'il était nécessaire d'accomplir une action délibérée pour satisfaire à l'exigence de la *mens rea* de l'infraction de rendre accessible — lui a fait omettre l'examen de cette question, il serait raisonnable de penser que cette erreur a eu une incidence sur le verdict d'acquiescement. L'ordonnance prescrivant la tenue d'un nouveau procès est confirmée.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *R. c. Ward*, 2012 ONCA 660, 112 O.R. (3d) 321; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Dymont*, [1988] 2 R.C.S. 417; *R. c. Plant*, [1993] 3 R.C.S. 281; *R. c. Tessling*, 2004 CSC 67, [2004] 3 R.C.S. 432; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Travailleurs et travailleuses unis de l'alimentation et du commerce, section locale 401*, 2013 CSC 62, [2013] 3 R.C.S. 733; *R. c. Patrick*, 2009 CSC 17, [2009] 1 R.C.S. 579; *R. c. Cole*, 2012 CSC 53, [2012] 3 R.C.S. 34; *R. c. Gomboc*, 2010 CSC 55, [2010] 3 R.C.S. 211; *R. c. Trapp*, 2011 SKCA 143, 377 Sask. R. 246; *R. c. Kang-Brown*, 2008 CSC 18, [2008] 1 R.C.S. 456; *R. c. A.M.*, 2008 CSC 19, [2008] 1 R.C.S. 569; *Dagg c. Canada (Ministre des Finances)*, [1997] 2 R.C.S. 403; *McInerney c. MacDonald*, [1992] 2 R.C.S. 138; *R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30; *R. c. Wise*, [1992] 1 R.C.S. 527; *R. c. Morelli*, 2010 CSC 8, [2010] 1 R.C.S. 253; *R. c. Vu*, 2013 CSC 60, [2013] 3 R.C.S.

R. v. McNeice, 2010 BCSC 1544 (CanLII); *R. v. Grant*, 2009 SCC 32, [2009] 2 S.C.R. 353; *R. v. Briscoe*, 2010 SCC 13, [2010] 1 S.C.R. 411; *R. v. Graveline*, 2006 SCC 16, [2006] 1 S.C.R. 609.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 8, 24(2).
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 163.1(3), (4), 487.014.

Freedom of Information and Protection of Privacy Act, S.S. 1990-91, c. F-22.01, s. 29(2)(g).

Personal Information Protection and Electronic Documents Act, S.C. 2000, c. 5, ss. 3, 5(3), 7, Sch. 1, cl. 4.3.

Authors Cited

Canada. Report of the Task Force established by the Department of Communications/Department of Justice. *Privacy and Computers*. Ottawa: Information Canada, 1972.

Gleicher, Nathaniel. “Neither a Customer Nor a Subscriber Be: Regulating the Release of User Information on the World Wide Web” (2009), 118 *Yale L.J.* 1945.

Gutterman, Melvin. “A Formulation of the Value and Means Models of the Fourth Amendment in the Age of Technologically Enhanced Surveillance” (1988), 39 *Syracuse L. Rev.* 647.

Hubbard, Robert W., Peter DeFreitas and Susan Magotiaux. “The Internet — Expectations of Privacy in a New Context” (2002), 45 *Crim. L.Q.* 170.

Hunt, Chris D. L. “Conceptualizing Privacy and Elucidating its Importance: Foundational Considerations for the Development of Canada’s Fledgling Privacy Tort” (2011), 37 *Queen’s L.J.* 167.

Paton-Simpson, Elizabeth. “Privacy and the Reasonable Paranoid: The Protection of Privacy in Public Places” (2000), 50 *U.T.L.J.* 305.

Slane, Andrea, and Lisa M. Austin. “What’s In a Name? Privacy and Citizenship in the Voluntary Disclosure of Subscriber Information in Online Child Exploitation Investigations” (2011), 57 *Crim. L.Q.* 486.

Westin, Alan F. *Privacy and Freedom*. New York: Atheneum, 1970.

APPEAL from a judgment of the Saskatchewan Court of Appeal (Cameron, Ottenbreit and Caldwell JJ.A.), 2011 SKCA 144, 377 Sask. R. 280, 528 W.A.C. 280, [2012] 4 W.W.R. 425, 283 C.C.C. (3d) 384, [2011] S.J. No. 729 (QL), 2011 CarswellSask 786, affirming the accused’s conviction for

657; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *R. c. McNeice*, 2010 BCSC 1544 (CanLII); *R. c. Grant*, 2009 CSC 32, [2009] 2 R.C.S. 353; *R. c. Briscoe*, 2010 CSC 13, [2010] 1 R.C.S. 411; *R. c. Graveline*, 2006 CSC 16, [2006] 1 R.C.S. 609.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 8, 24(2).
Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 163.1(3), (4), 487.014.

Freedom of Information and Protection of Privacy Act, S.S. 1990-91, ch. F-22.01, art. 29(2)(g).

Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques, L.C. 2000, ch. 5, art. 3, 5(3), 7, ann. 1, art. 4.3.

Doctrine et autres documents cités

Canada. Rapport du groupe d’étude établi conjointement par le ministère des Communications et le ministère de la Justice. *L’ordinateur et la vie privée*. Ottawa : Information Canada, 1972.

Gleicher, Nathaniel. « Neither a Customer Nor a Subscriber Be : Regulating the Release of User Information on the World Wide Web » (2009), 118 *Yale L.J.* 1945.

Gutterman, Melvin. « A Formulation of the Value and Means Models of the Fourth Amendment in the Age of Technologically Enhanced Surveillance » (1988), 39 *Syracuse L. Rev.* 647.

Hubbard, Robert W., Peter DeFreitas and Susan Magotiaux. « The Internet — Expectations of Privacy in a New Context » (2002), 45 *Crim. L.Q.* 170.

Hunt, Chris D. L. « Conceptualizing Privacy and Elucidating its Importance : Foundational Considerations for the Development of Canada’s Fledgling Privacy Tort » (2011), 37 *Queen’s L.J.* 167.

Paton-Simpson, Elizabeth. « Privacy and the Reasonable Paranoid : The Protection of Privacy in Public Places » (2000), 50 *U.T.L.J.* 305.

Slane, Andrea, and Lisa M. Austin. « What’s In a Name? Privacy and Citizenship in the Voluntary Disclosure of Subscriber Information in Online Child Exploitation Investigations » (2011), 57 *Crim. L.Q.* 486.

Westin, Alan F. *Privacy and Freedom*. New York : Atheneum, 1970.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de la Saskatchewan (les juges Cameron, Ottenbreit et Caldwell), 2011 SKCA 144, 377 Sask. R. 280, 528 W.A.C. 280, [2012] 4 W.W.R. 425, 283 C.C.C. (3d) 384, [2011] S.J. No. 729 (QL), 2011 CarswellSask 786, qui a confirmé la déclaration de culpabilité

possession of child pornography and setting aside the accused's acquittal for making available child pornography entered by Foley J., 2009 SKQB 341, 361 Sask. R. 1, [2009] S.J. No. 798 (QL), 2009 CarswellSask 905, and ordering a new trial. Appeal dismissed.

Aaron A. Fox, Q.C., and Darren Kraushaar, for the appellant.

Anthony B. Gerein, for the respondent.

Ronald C. Reimer and David Schermbrucker, for the intervener the Director of Public Prosecutions.

Susan Magotiaux and Allison Dellandrea, for the intervener the Attorney General of Ontario.

Jolaine Antonio, for the intervener the Attorney General of Alberta.

Mahmud Jamal, Patricia Kosseim, Daniel Caron and Sarah Speevak, for the intervener the Privacy Commissioner of Canada.

Anil K. Kapoor and Lindsay L. Daviau, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

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

The judgment of the Court was delivered by

CROMWELL J. —

I. Introduction

[1] The Internet raises a host of new and challenging questions about privacy. This appeal relates to one of them.

[2] The police identified the Internet Protocol (IP) address of a computer that someone had been

de l'accusé quant à l'infraction de possession de pornographie juvénile et annulé son acquittement quant à l'infraction de rendre accessible la pornographie juvénile prononcés par le juge Foley, 2009 SKQB 341, 361 Sask. R. 1, [2009] S.J. No. 798 (QL), 2009 CarswellSask 905, et ordonné la tenue d'un nouveau procès. Pourvoi rejeté.

Aaron A. Fox, c.r., et Darren Kraushaar, pour l'appelant.

Anthony B. Gerein, pour l'intimée.

Ronald C. Reimer et David Schermbrucker, pour l'intervenant le directeur des poursuites pénales.

Susan Magotiaux et Allison Dellandrea, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Jolaine Antonio, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

Mahmud Jamal, Patricia Kosseim, Daniel Caron et Sarah Speevak, pour l'intervenant le commissaire à la protection de la vie privée du Canada.

Anil K. Kapoor et Lindsay L. Daviau, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

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

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE CROMWELL —

I. Introduction

[1] L'existence d'Internet remet en question la protection de la vie privée et soulève une multitude de questions inédites et épineuses à cet égard. Le présent pourvoi porte sur une de ces questions.

[2] La police a découvert l'adresse de protocole Internet (IP) de l'ordinateur qu'une personne avait

using to access and store child pornography through an Internet file-sharing program. They then obtained from the Internet Service Provider (ISP), without prior judicial authorization, the subscriber information associated with that IP address. This led them to the appellant, Mr. Spencer. He had downloaded child pornography into a folder that was accessible to other Internet users using the same file-sharing program. He was charged and convicted at trial of possession of child pornography and acquitted on a charge of making it available.

[3] At trial, Mr. Spencer claimed that the police had conducted an unconstitutional search by obtaining subscriber information matching the IP address and that the evidence obtained as a result should be excluded. He also testified that he did not know that others could have access to the shared folder and argued that he therefore did not knowingly make the material in the folder available to others. The trial judge concluded that there had been no breach of Mr. Spencer's right to be secure against unreasonable searches and seizures. However, he was of the view that the "making available" offence required some "positive facilitation" of access to the pornography, which Mr. Spencer had not done, and further he believed Mr. Spencer's evidence that he did not know that others could access his folder so that the fault element (*mens rea*) of the offence had not been proved. The judge therefore convicted Mr. Spencer of the possession offence, but acquitted him of the making available charge.

[4] The Court of Appeal upheld the conviction for possession of child pornography, agreeing with the trial judge that obtaining the subscriber information was not a search and holding that even if it were a search, it would have been reasonable. The court, however, set aside the acquittal on the making available charge on the basis that the trial judge had been wrong to require proof of positive facilitation

utilisé pour accéder à de la pornographie juvénile et pour la stocker à l'aide d'un programme de partage de fichiers. Les policiers ont ensuite obtenu auprès du fournisseur de services Internet (FSI), sans autorisation judiciaire préalable, les renseignements relatifs à l'abonnée à qui appartenait cette adresse IP. Ils ont ainsi découvert l'appelant, M. Spencer. Celui-ci avait téléchargé de la pornographie juvénile dans un répertoire qui était accessible à d'autres internautes utilisateurs du même programme de partage de fichiers. M. Spencer a été inculqué, puis, au procès, déclaré coupable de possession de pornographie juvénile et acquitté de l'infraction de rendre accessible de la pornographie juvénile.

[3] Au procès, M. Spencer a fait valoir que la police avait effectué une fouille ou une perquisition inconstitutionnelle lorsqu'elle a obtenu les renseignements relatifs à l'abonnée à qui appartenait l'adresse IP et que la preuve ainsi obtenue devait être écartée. Il a également déclaré dans son témoignage qu'il ignorait que d'autres personnes pouvaient avoir accès au répertoire partagé et qu'il n'a donc pas sciemment rendu les fichiers accessibles. Le juge du procès a conclu qu'il n'y avait pas eu de violation du droit de M. Spencer à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives. Il a toutefois estimé que pour être déclaré coupable de l'infraction de « rendre accessible » il faut avoir donné un certain [TRADUCTION] « appui délibéré » à l'accès à la pornographie, ce que M. Spencer n'avait pas fait. Il a également jugé que la déposition de M. Spencer selon laquelle il ignorait que d'autres personnes pouvaient avoir accès à son répertoire était véridique, de sorte que l'élément de faute de cette infraction (*mens rea*) n'avait pas été établi. Le juge a donc déclaré M. Spencer coupable de l'infraction de possession, mais l'a acquitté de l'accusation de rendre accessible.

[4] La Cour d'appel a confirmé la déclaration de culpabilité pour possession de pornographie juvénile, souscrivant à la conclusion du juge du procès selon laquelle le fait d'obtenir les renseignements relatifs à l'abonnée ne constituait pas une fouille ou une perquisition et concluant que, même s'il y en avait eu une, elle aurait été raisonnable. La cour a cependant annulé l'acquiescement quant à l'accusation

of access by others to the material. A new trial was ordered on this charge.

[5] The appeal to this Court raises four issues which I would resolve as follows:

1. Did the police obtaining the subscriber information matching the IP address from the ISP constitute a search?

In my view, it did.

2. If so, was the search authorized by law?

In my view, it was not.

3. If not, should the evidence obtained as a result be excluded?

In my view, the evidence should not be excluded.

4. Did the trial judge err with respect to the fault element of the “making available” offence?

The judge did err and I would uphold the Court of Appeal’s order for a new trial.

II. Analysis

- A. *Did the Police Obtaining the Subscriber Information Matching the IP Address From the ISP Constitute a Search?*

[6] Mr. Spencer maintains that the police were conducting a search when they obtained the subscriber information associated with the IP address from the ISP, Shaw Communications Inc. The respondent Crown takes the opposite view. I agree with Mr. Spencer on this point. I will first set out a

de rendre accessible au motif que le juge du procès avait eu tort d’exiger la preuve d’un appui délibéré à l’accès aux fichiers par d’autres personnes et elle a ordonné la tenue d’un nouveau procès quant à ce chef d’accusation.

[5] Le présent pourvoi soulève quatre questions auxquelles je suis d’avis de répondre comme suit :

1. L’obtention par la police, auprès du FSI, des renseignements sur l’abonnée à qui appartenait l’adresse IP constitue-t-elle une fouille ou une perquisition?

Je suis d’avis que oui.

2. Si oui, la fouille ou la perquisition était-elle autorisée par la loi?

Je suis d’avis que non.

3. Sinon, la preuve ainsi obtenue devrait-elle être écartée?

J’estime que la preuve ne devrait pas être écartée.

4. Le juge du procès a-t-il commis une erreur relativement à l’élément de faute de l’infraction qui consiste à « rendre accessible »?

Le juge a effectivement commis une erreur et je suis d’avis de confirmer l’ordonnance de la Cour d’appel visant la tenue d’un nouveau procès.

II. Analyse

- A. *L’obtention par la police, auprès du FSI, des renseignements sur l’abonnée à qui appartenait l’adresse IP constitue-t-elle une fouille ou une perquisition?*

[6] Monsieur Spencer soutient que la police effectuait une fouille ou une perquisition lorsqu’elle a obtenu, auprès du FSI, Shaw Communications Inc., les renseignements relatifs à l’abonnée à qui appartenait l’adresse IP en cause en l’espèce. Le ministère public intimé adopte le point de vue

summary of the relevant facts then turn to the legal analysis.

(1) Facts and Judicial History

[7] Mr. Spencer, who lived with his sister, connected to the Internet through an account registered in his sister's name. He used the file-sharing program LimeWire on his desktop computer to download child pornography from the Internet. LimeWire is a free peer-to-peer file-sharing program that, at the time, anyone could download onto their computer. Peer-to-peer systems such as LimeWire allow users to download files directly from the computers of other users. LimeWire does not have one central database of files, but instead relies on its users to share their files directly with others. It is commonly used to download music and movies and can also be used to download both adult and child pornography. It was Mr. Spencer's use of the file-sharing software that brought him to the attention of the police and which ultimately led to the search at issue in this case.

[8] Det. Sgt. Darren Parisien (then Cst.) of the Saskatoon Police Service, by using publicly available software, searched for anyone sharing child pornography. He could access whatever another user of the software had in his or her shared folder. In other words, he could "see" what other users of the file-sharing software could "see". He could also obtain two numbers related to a given user: the IP address that corresponds to the particular Internet connection through which a computer accesses the Internet at the time and the globally unique identifier (GUID) number assigned to each computer using particular software. The IP address of the computer from which shared material is obtained is displayed as part of the file-sharing process. There is little information in the record about the nature of IP addresses in general or the IP addresses provided

contraire. Je suis d'accord avec M. Spencer sur ce point. Je présenterai tout d'abord un résumé des faits pertinents; je procéderai ensuite à l'analyse juridique.

(1) Les faits et l'historique judiciaire

[7] Monsieur Spencer, qui habitait avec sa sœur, se connectait à Internet à partir d'un compte ouvert au nom de cette dernière. Il utilisait le programme de partage de fichiers LimeWire sur son ordinateur pour télécharger de la pornographie juvénile à partir d'Internet. LimeWire est un logiciel gratuit de partage de fichiers poste à poste que chacun pouvait télécharger à l'époque sur son ordinateur. Les systèmes poste à poste, comme LimeWire, permettent aux utilisateurs de télécharger des fichiers directement à partir des ordinateurs d'autres utilisateurs. LimeWire ne comporte pas de base de données centrale. Il compte plutôt sur ses utilisateurs qui partagent directement leurs fichiers avec d'autres utilisateurs. Le logiciel est couramment utilisé pour télécharger de la musique et des films, mais il peut aussi servir à télécharger de la pornographie tant adulte que juvénile. C'est l'utilisation du programme de partage de fichiers par M. Spencer qui a retenu l'attention de la police et qui a finalement mené à la fouille ou à la perquisition qui fait l'objet du présent litige.

[8] À l'aide d'un logiciel accessible au public, l'agent Darren Parisien (nommé sergent-détective depuis), du Service de police de Saskatoon, a recherché des personnes qui partageaient des fichiers de pornographie juvénile. Il pouvait accéder au contenu des répertoires partagés appartenant à d'autres utilisateurs du logiciel. Autrement dit, il pouvait [TRADUCTION] « voir » ce que d'autres utilisateurs du programme de partage de fichiers pouvaient « voir ». Il pouvait également obtenir deux numéros associés à un utilisateur donné : l'adresse IP correspondant à la connexion Internet établie par un ordinateur et l'identificateur global unique (GUID), soit le numéro associé à chaque ordinateur qui utilise un logiciel donné. L'adresse IP de l'ordinateur à partir duquel on obtient des fichiers partagés est affichée dans le cadre du processus de partage de

by Shaw to its subscribers. There is a description in *R. v. Ward*, 2012 ONCA 660, 112 O.R. (3d) 321, at paras. 21-26, which also notes some of the differences that may exist among IP addresses. For the purposes of this case, what we know is that the IP address obtained by Det. Sgt. Parisien matched computer activity at the particular point in time that he was observing that activity.

[9] Det. Sgt. Parisien generated a list of IP addresses for computers that had shared what he believed to be child pornography. He then ran that list of IP addresses against a database which matches IP addresses with approximate locations. He found that one of the IP addresses was suspected to be in Saskatoon, with Shaw as the ISP.

[10] Det. Sgt. Parisien then determined that Mr. Spencer's computer was online and connected to LimeWire. As a result, he (along with any LimeWire user) was able to browse the shared folder. He saw an extensive amount of what he believed to be child pornography. What he lacked was knowledge of where exactly the computer was and who was using it.

[11] To connect the computer usage to a location and potentially a person, investigators made a written "law enforcement request" to Shaw for the subscriber information including the name, address and telephone number of the customer using that IP address. The request, which was purportedly made pursuant to s. 7(3)(c.1)(ii) of the *Personal Information Protection and Electronic Documents Act*, S.C. 2000, c. 5 (*PIPEDA*), indicated that police were investigating an offence under the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, pertaining to child pornography and the Internet and that the subscriber information was being sought as part of an ongoing investigation. (The full text of the relevant statutory provisions is set out in an Appendix.) Investigators

fichiers. Il y a peu de renseignements au dossier sur la nature des adresses IP en général ou des adresses IP que Shaw fournit à ses abonnés. Dans l'arrêt *R. c. Ward*, 2012 ONCA 660, 112 O.R. (3d) 321, par. 21-26, on trouve une description de certaines des différences qui existent entre les adresses IP. Pour les besoins de l'espèce, une chose est certaine : l'adresse IP qu'a obtenue le sergent-détective Parisien correspondait aux activités informatiques qui se déroulaient au moment précis où il les observait.

[9] Le sergent-détective Parisien a dressé une liste des adresses IP correspondant aux ordinateurs qui avaient été utilisés pour le partage de ce qu'il estimait être de la pornographie juvénile. Il a ensuite comparé cette liste aux renseignements figurant dans une base de données qui permet d'associer des adresses IP à des emplacements approximatifs. Il a découvert qu'une des adresses IP semblait se trouver à Saskatoon et que Shaw était le FSI.

[10] Le sergent-détective Parisien a ensuite déterminé que l'ordinateur de M. Spencer était connecté à Internet ainsi qu'à LimeWire. Par conséquent, le sergent-détective (ainsi que tout autre utilisateur du logiciel LimeWire) pouvait parcourir le répertoire partagé du suspect. Il a vu une grande quantité de ce qu'il estimait être de la pornographie juvénile. Il ne connaissait cependant pas l'emplacement exact de l'ordinateur ni l'identité de son utilisateur.

[11] Pour établir un lien entre les activités informatiques en question et un emplacement précis, et potentiellement une personne, les enquêteurs ont présenté par écrit à Shaw une [TRADUCTION] « demande de la part des autorités d'application de la loi » en vue d'obtenir des renseignements relatifs à l'abonnée qui utilisait cette adresse IP, soit, notamment, son nom, son adresse et son numéro de téléphone. La demande — qui aurait été fondée sur le sous-al. 7(3)c.1(ii) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques*, L.C. 2000, ch. 5 (*LPRPDE*) — indiquait que la police enquêtait sur une infraction prévue au *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, relative à la pornographie juvénile et à Internet et

did not have or try to obtain a production order (i.e. the equivalent of a search warrant in this context).

[12] Shaw complied with the request and provided the name, address and telephone number of the customer associated with the IP address, Mr. Spencer's sister. With this information in hand, the police obtained a warrant to search Ms. Spencer's home (where Mr. Spencer lived) and seize his computer, which they did. The search of Mr. Spencer's computer revealed about 50 child pornography images and two child pornography videos.

[13] Mr. Spencer was charged with possessing child pornography contrary to s. 163.1(4) of the *Criminal Code* and making child pornography available over the Internet contrary to s. 163.1(3). There is no dispute that the images found in his shared folder were child pornography.

[14] At trial, Mr. Spencer sought to exclude the evidence found on his computer on the basis that the police actions in obtaining his address from Shaw without prior judicial authorization amounted to an unreasonable search contrary to s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The trial judge rejected this contention and convicted Mr. Spencer of the possession count. On appeal, the Saskatchewan Court of Appeal upheld the judge's decision with respect to the search issue.

(2) Was the Request to Shaw a Search?

[15] Under s. 8 of the *Charter*, “[e]veryone has the right to be secure against unreasonable search or seizure.” This Court has long emphasized the need

que les renseignements relatifs à l’abonnée étaient demandés aux fins d’une enquête qui était en cours. (Les dispositions législatives pertinentes sont reproduites en annexe.) Les enquêteurs n’avaient pas obtenu ni tenté d’obtenir une ordonnance de communication (c.-à-d. l’équivalent d’un mandat de perquisition dans ce contexte).

[12] Shaw a donné suite à la demande et a fourni le nom, l’adresse et le numéro de téléphone de la sœur de M. Spencer, la cliente à qui appartenait l’adresse IP. À l’aide de ces renseignements, la police a obtenu un mandat permettant de perquisitionner dans la résidence de M^{me} Spencer, où habitait M. Spencer, et de saisir l’ordinateur de celui-ci, ce que les policiers ont fait. La fouille de l’ordinateur de M. Spencer a permis de découvrir environ 50 images et deux vidéos de pornographie juvénile.

[13] Monsieur Spencer a été accusé de possession de pornographie juvénile, infraction décrite au par. 163.1(4) du *Code criminel*, et de rendre accessible de la pornographie juvénile sur Internet, en contravention du par. 163.1(3). Le fait que les images trouvées dans son répertoire partagé constituaient de la pornographie juvénile n’est pas contesté.

[14] Au procès, M. Spencer a tenté de faire écarter les éléments de preuve découverts sur son ordinateur au motif que les mesures prises sans autorisation judiciaire préalable par les policiers, en vue d’obtenir son adresse auprès de Shaw, correspondaient à une fouille ou à une perquisition abusive et contrevenaient à l’art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Le juge du procès a rejeté cette prétention et déclaré M. Spencer coupable de l’infraction de possession. La Cour d’appel de la Saskatchewan a confirmé la décision du juge relativement à la question de la fouille ou de la perquisition.

(2) La demande adressée à Shaw constituait-elle une fouille ou une perquisition?

[15] Suivant l’article 8 de la *Charte*, « [c]haque un droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives. » La Cour insiste

for a purposive approach to s. 8 that emphasizes the protection of privacy as a prerequisite to individual security, self-fulfilment and autonomy as well as to the maintenance of a thriving democratic society: *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, at pp. 156-57; *R. v. Dyment*, [1988] 2 S.C.R. 417, at pp. 427-28; *R. v. Plant*, [1993] 3 S.C.R. 281, at pp. 292-93; *R. v. Tessling*, 2004 SCC 67, [2004] 3 S.C.R. 432, at paras. 12-16; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. United Food and Commercial Workers, Local 401*, 2013 SCC 62, [2013] 3 S.C.R. 733, at para. 22.

[16] The first issue is whether this protection against unreasonable searches and seizures was engaged here. That depends on whether what the police did to obtain the subscriber information matching the IP address was a search or seizure within the meaning of s. 8 of the *Charter*. The answer to this question turns on whether, in the totality of the circumstances, Mr. Spencer had a reasonable expectation of privacy in the information provided to the police by Shaw. If he did, then obtaining that information was a search.

[17] We assess whether there is a reasonable expectation of privacy in the totality of the circumstances by considering and weighing a large number of interrelated factors. These include both factors related to the nature of the privacy interests implicated by the state action and factors more directly concerned with the expectation of privacy, both subjectively and objectively viewed, in relation to those interests: see, e.g., *Tessling*, at para. 38; *Ward*, at para. 65. The fact that these considerations must be looked at in the “totality of the circumstances” underlines the point that they are often interrelated, that they must be adapted to the circumstances of the particular case and that they must be looked at as a whole.

depuis longtemps sur la nécessité d’adopter, à l’égard de l’art. 8, une approche téléologique axée principalement sur la protection de la vie privée considérée comme une condition préalable à la sécurité individuelle, à l’épanouissement personnel et à l’autonomie ainsi qu’au maintien d’une société démocratique prospère : *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, p. 156-157; *R. c. Dyment*, [1988] 2 R.C.S. 417, p. 427-428; *R. c. Plant*, [1993] 3 R.C.S. 281, p. 292-293; *R. c. Tessling*, 2004 CSC 67, [2004] 3 R.C.S. 432, par. 12-16; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Travailleuses et travailleuses unis de l’alimentation et du commerce, section locale 401*, 2013 CSC 62, [2013] 3 R.C.S. 733, par. 22.

[16] En premier lieu, il s’agit de savoir si cette protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives s’applique en l’espèce. Pour le savoir, il faut déterminer si les mesures prises par la police en vue d’obtenir les renseignements sur l’abonnée à qui appartenait l’adresse IP constituaient une fouille, une perquisition ou une saisie au sens de l’art. 8 de la *Charte*. Pour ce faire, il faut déterminer si, compte tenu de l’ensemble des circonstances, M. Spencer s’attendait raisonnablement au respect du caractère privé des renseignements fournis par Shaw à la police. Si tel était le cas, l’obtention de ces renseignements constituait une fouille ou une perquisition.

[17] On détermine s’il existe une attente raisonnable en matière de respect de la vie privée, compte tenu de l’ensemble des circonstances, en examinant et en soupesant un grand nombre de facteurs interreliés qui comprennent à la fois des facteurs relatifs à la nature des droits en matière de vie privée visés par l’action de l’État et des facteurs qui ont trait plus directement à l’attente en matière de respect de la vie privée, considérée tant subjectivement qu’objectivement, par rapport à ces droits : voir, p. ex., *Tessling*, par. 38; *Ward*, par. 65. La nécessité d’examiner ces éléments compte tenu de « l’ensemble des circonstances » fait ressortir le fait qu’ils sont souvent interdépendants, qu’ils doivent être adaptés aux circonstances de chaque cas, et qu’ils doivent être considérés dans leur ensemble.

[18] The wide variety and number of factors that may be considered in assessing the reasonable expectation of privacy can be grouped under four main headings for analytical convenience: (1) the subject matter of the alleged search; (2) the claimant's interest in the subject matter; (3) the claimant's subjective expectation of privacy in the subject matter; and (4) whether this subjective expectation of privacy was objectively reasonable, having regard to the totality of the circumstances: *Tessling*, at para. 32; *R. v. Patrick*, 2009 SCC 17, [2009] 1 S.C.R. 579, at para. 27; *R. v. Cole*, 2012 SCC 53, [2012] 3 S.C.R. 34, at para. 40. However, this is not a purely factual inquiry. The reasonable expectation of privacy standard is normative rather than simply descriptive: *Tessling*, at para. 42. Thus, while the analysis is sensitive to the factual context, it is inevitably "laden with value judgments which are made from the independent perspective of the reasonable and informed person who is concerned about the long-term consequences of government action for the protection of privacy": *Patrick*, at para. 14; see also *R. v. Gomboc*, 2010 SCC 55, [2010] 3 S.C.R. 211, at para. 34, and *Ward*, at paras. 81-85.

[19] I can deal quite briefly with two aspects of the appeal. The trial judge in this case held that there was no subjective expectation of privacy in this case: 2009 SKQB 341, 361 Sask. R. 1, at para. 18. However, as I will explain below, the trial judge reached this conclusion by incorrectly defining the subject matter of the search. On the proper understanding of the scope of the search, Mr. Spencer's subjective expectation of privacy in his online activities can readily be inferred from his use of the network connection to transmit sensitive information: *Cole*, at para. 43. Mr. Spencer's direct interest in the subject matter of the search is equally clear. Though he was not personally a party to the contract with the ISP, he had access to the Internet with the permission of the subscriber and his use of the Internet was by means of his own computer in his own place of residence.

[18] La grande variété et le nombre important de facteurs pouvant être pris en considération pour évaluer les attentes raisonnables en matière de respect de la vie privée peuvent être regroupés, par souci de commodité, en quatre grandes catégories : (1) l'objet de la fouille ou de la perquisition contestée; (2) le droit du demandeur à l'égard de l'objet; (3) l'attente subjective du demandeur en matière de respect de sa vie privée relativement à l'objet; et (4) la question de savoir si cette attente subjective en matière de respect de la vie privée était objectivement raisonnable, eu égard à l'ensemble des circonstances : *Tessling*, par. 32; *R. c. Patrick*, 2009 CSC 17, [2009] 1 R.C.S. 579, par. 27; *R. c. Cole*, 2012 CSC 53, [2012] 3 R.C.S. 34, par. 40. Il ne s'agit toutefois pas d'un examen purement factuel. L'attente raisonnable en matière de vie privée est de nature normative et non simplement descriptive : *Tessling*, par. 42. Ainsi, même si l'analyse du droit au respect de la vie privée tient compte du contexte factuel, elle « abonde [inévitavelmente] en jugements de valeur énoncés du point de vue indépendant de la personne raisonnable et bien informée, qui se soucie des conséquences à long terme des actions gouvernementales sur la protection du droit au respect de la vie privée privée » : *Patrick*, par. 14; voir aussi *R. c. Gomboc*, 2010 CSC 55, [2010] 3 R.C.S. 211, par. 34, et *Ward*, par. 81-85.

[19] Quelques brefs commentaires suffiront pour traiter deux aspects du pourvoi. Selon le juge du procès, il n'y avait pas d'attente subjective en matière de vie privée dans la présente affaire : 2009 SKQB 341, 361 Sask. R. 1, par. 18. Toutefois, comme je vais l'expliquer ultérieurement, la conclusion du juge du procès reposait sur une définition inexacte de l'objet de la fouille ou de la perquisition. Selon une interprétation juste de cet objet, l'attente subjective de M. Spencer au respect du caractère privé de ses activités en ligne peut aisément être déduite de son utilisation de la connexion réseau pour transmettre des renseignements sensibles : *Cole*, par. 43. L'intérêt direct de M. Spencer à l'égard de l'objet de la fouille ou de la perquisition est également manifeste. Même s'il n'était pas personnellement parti au contrat conclu avec le FSI, il avait accès à Internet avec la permission de l'abonnée et il l'utilisait au moyen de son propre ordinateur, à son lieu de résidence.

[20] The main dispute in this case thus turns on the subject matter of the search and whether Mr. Spencer's subjective expectation of privacy was reasonable. The two circumstances relevant to determining the reasonableness of his expectation of privacy in this case are the nature of the privacy interest at stake and the statutory and contractual framework governing the ISP's disclosure of subscriber information.

[21] In this case, I have found it helpful to look first at the subject matter of the search, then at the nature of the privacy interests implicated by the state actions and then finally at the governing contractual and statutory framework. While these subjects are obviously interrelated, approaching the analysis under these broad headings provides a degree of focus while permitting full examination of the "totality of the circumstances".

(a) *The Subject Matter of the Search*

[22] Mr. Spencer alleges that the police request to Shaw is a state action that constitutes a search or seizure for the purposes of s. 8 of the *Charter*. We must therefore consider what the subject matter of that request was in order to be able to identify the privacy interests that were engaged by it.

[23] In many cases, defining the subject matter of the police action that is alleged to be a search is straightforward. In others, however, it is not. This case falls into the latter category. The parties and the courts below have markedly divergent perspectives on this important issue, a divergence which is reflected in the jurisprudence: see, for example, the authorities reviewed in *Ward*, at para. 3.

[24] Mr. Spencer contends that the subject matter of the alleged search was core biographical data, revealing intimate and private information about the people living at the address provided by Shaw which matched the IP address. The Crown, on the

[20] Dans la présente affaire, le litige porte donc principalement sur l'objet de la fouille ou de la perquisition et sur la question de savoir si l'attente subjective de M. Spencer en matière de vie privée était raisonnable. Les deux éléments pertinents pour déterminer le caractère raisonnable de son attente au respect de sa vie privée sont, d'une part, la nature de l'intérêt en matière de vie privée qui est en jeu et, d'autre part, le cadre législatif et contractuel régissant la communication par le FSI des renseignements relatifs à l'abonnée.

[21] En l'espèce, j'ai jugé utile d'examiner d'abord l'objet de la fouille ou de la perquisition, ensuite la nature des droits en matière de vie privée que mettent en jeu les actes de l'État et, enfin, le cadre législatif et contractuel applicable. Il s'agit manifestement d'éléments interreliés, mais l'analyse axée sur ces vastes catégories assure une certaine précision tout en permettant d'examiner de manière exhaustive « l'ensemble des circonstances ».

a) *L'objet de la fouille ou de la perquisition*

[22] Selon M. Spencer, c'est la demande faite à Shaw par la police qui constitue l'action de l'État correspondant à une fouille, à une perquisition ou à une saisie aux fins de l'application de l'art. 8 de la *Charte*. Nous devons donc examiner l'objet de cette demande pour pouvoir déterminer quels étaient les droits en jeu en matière de vie privée.

[23] Dans bien des cas, il est facile de définir l'objet de l'action de la police qui, selon les allégations, constitue une fouille ou une perquisition. Ce n'est par contre pas toujours ainsi; et la présente espèce appartient à cette seconde catégorie. Les parties et les tribunaux de juridiction inférieure ont adopté des positions nettement divergentes sur cette question importante, situation qui se retrouve également dans la jurisprudence : voir, par exemple, les décisions mentionnées dans l'arrêt *Ward*, par. 3.

[24] Monsieur Spencer fait valoir que l'objet de la fouille ou de la perquisition contestée comportait des renseignements d'ordre biographique, soit des renseignements personnels et confidentiels sur les personnes habitant à l'adresse fournie par Shaw

other hand, maintains that the subject matter of the alleged search was simply a name, address and telephone number matching a publicly available IP address.

[25] These divergent views were reflected in the decisions of the Saskatchewan courts. The trial judge adopted the Crown's view that what the police sought and obtained was simply generic information that does not touch on the core of Mr. Spencer's biographical information. Ottenbreit J.A. in the Court of Appeal was of largely the same view. For him, the information sought by the police in this case simply established the identity of the contractual user of the IP address. The fact that this information might eventually reveal a good deal about the activity of identifiable individuals on the Internet was, for him, "neither here nor there": 2011 SKCA 144, 377 Sask. R. 280, at para. 110 (see also *R. v. Trapp*, 2011 SKCA 143, 377 Sask. R. 246, at paras. 119-24 and 134). In contrast to this approach, Caldwell J.A. (Cameron J.A. concurring on this point) held that in characterizing the subject matter of the alleged search, it is important to look beyond the "mundane" subscriber information such as name and address (para. 22). The potential of that information to reveal intimate details of the lifestyle and personal choices of the individual must also be considered: see also *Trapp*, per Cameron J.A., at paras. 33-37.

[26] I am in substantial agreement with Caldwell and Cameron J.A. on this point. While, in many cases, defining the subject matter of the search will be uncontroversial, in cases in which it is more difficult, the Court has taken a broad and functional approach to the question, examining the connection between the police investigative technique and the privacy interest at stake. The Court has looked at not only the nature of the precise information sought, but also at the nature of the information that it reveals.

qui correspondait à l'adresse IP. Pour sa part, le ministère public soutient que la fouille ou la perquisition contestée visait plutôt simplement le nom, l'adresse et le numéro de téléphone correspondant à une adresse IP accessible au public.

[25] Les tribunaux de la Saskatchewan ont exprimé les mêmes opinions divergentes. Le juge du procès a adopté le point de vue du ministère public selon lequel la police n'avait recherché et obtenu que des renseignements d'ordre général qui ne correspondent pas à des données d'ordre biographique relatives à M. Spencer. Le juge Ottenbreit de la Cour d'appel a partagé en grande partie la même opinion. À son avis, les renseignements recherchés par la police en l'espèce ne faisaient qu'établir l'identité de l'utilisateur de l'adresse IP qui était désigné dans le contrat. La possibilité que ces renseignements finissent par révéler plusieurs aspects des activités menées par des personnes identifiables sur Internet était [TRADUCTION] « sans importance » : 2011 SKCA 144, 377 Sask. R. 280, par. 110 (voir également *R. c. Trapp*, 2011 SKCA 143, 377 Sask. R. 246, par. 119-124 et 134). Par contre, selon le juge Caldwell (le juge Cameron a souscrit à son opinion à ce sujet), lorsqu'il s'agit de qualifier l'objet d'une fouille ou d'une perquisition contestée, il faut aller au-delà des renseignements [TRADUCTION] « banals » relatifs à l'abonné, tels son nom et son adresse (par. 22). Il faut aussi tenir compte de la possibilité que ces renseignements révèlent des détails intimes sur le mode de vie et les choix personnels de l'individu : voir également l'arrêt *Trapp*, le juge Cameron, par. 33-37.

[26] Je souscris pour l'essentiel aux conclusions formulées sur ce point par les juges Caldwell et Cameron de la Cour d'appel. Dans bien des cas, la définition de l'objet de la fouille ou de la perquisition fait l'unanimité. Cependant, dans les cas qui posent davantage de difficultés à cet égard, la Cour a adopté dans le passé une approche large et fonctionnelle, en examinant le lien entre la technique d'enquête utilisée par la police et l'intérêt en matière de vie privée qui est en jeu. La Cour a examiné non seulement la nature des renseignements précis recherchés, mais aussi la nature des renseignements qui sont ainsi révélés.

[27] A number of decisions of the Court reflect this approach. I begin with *Plant*. There, the Court, dealing with informational privacy, stressed the strong claim to privacy in relation to information that is at the “biographical core of personal information which individuals in a free and democratic society would wish to maintain and control from dissemination to the state”: p. 293. Importantly, the Court went on to make clear that s. 8 protection is accorded not only to the information which is itself of that nature, but also to “information which tends to reveal intimate details of the lifestyle and personal choices of the individual”: *ibid.* (emphasis added).

[28] *Tessling* took the same approach, although it led to a different conclusion. The subject matter of the alleged search was held to be the heat emitted from the surface of a building. The Forward Looking Infra-Red (FLIR) imaging technique was used to help assess the activities that transpired inside a house, but the heat emissions by themselves could not distinguish between one heat source and another. In short, the heat emanations were, on their own, meaningless because they did not permit any inferences about the precise activity giving rise to the heat: paras. 35-36. The critical question was: what inferences about activity inside the home — admittedly a highly private zone — did the FLIR images support?

[29] I turn next to *R. v. Kang-Brown*, 2008 SCC 18, [2008] 1 S.C.R. 456, and the companion appeal in *R. v. A.M.*, 2008 SCC 19, [2008] 1 S.C.R. 569. While the Court divided on other points, it was unanimous in holding that the dog sniff of Mr. Kang-Brown’s bag constituted a search. As explained by both Deschamps and Bastarache JJ., the dog sniffing at the air in the vicinity of the bag functioned as an investigative procedure that allowed for a “strong, immediate and direct inference” about what was or was not inside the bag: Deschamps J., at paras. 174-75; Bastarache J., at para. 227. Thus, while the “information” obtained by the sniffer dog was simply the smell of the air outside the bag, the dog’s

[27] Plusieurs arrêts de la Cour reflètent cette approche. J’examinerai d’abord l’arrêt *Plant*. Dans cette affaire concernant des aspects informationnels de la vie privée, la Cour a insisté sur le droit garanti au respect de la vie privée relativement à des renseignements « biographiques d’ordre personnel que les particuliers pourraient, dans une société libre et démocratique, vouloir constituer et soustraire à la connaissance de l’État » : p. 293. Fait important, la Cour a ensuite précisé que la protection garantie par l’art. 8 vise non seulement les renseignements de cette nature, mais aussi les « renseignements tendant à révéler des détails intimes sur le mode de vie et les choix personnels de l’individu » : *ibid.* (je souligne).

[28] La Cour a suivi la même approche dans l’arrêt *Tessling*, mais elle a tiré une conclusion différente. Dans cette affaire, il a été conclu que l’objet de la perquisition contestée était la chaleur émanant de la surface d’un édifice. La technique d’imagerie FLIR (système infrarouge à vision frontale) a servi à évaluer les activités qu’il y avait à l’intérieur d’une résidence, mais les émanations de chaleur ne permettaient pas, à elles seules, de distinguer les sources de chaleur. Bref, les émanations de chaleur n’avaient, en elles-mêmes, aucune signification, parce qu’elles ne permettaient pas de déduire quelle activité précise produisait la chaleur : par. 35-36. La question cruciale portait sur la nature des activités que permettaient de déduire les images FLIR et qui se déroulaient à l’intérieur de la résidence — nous en conviendrons, un lieu de nature éminemment privée.

[29] Je passe maintenant à l’arrêt *R. c. Kang-Brown*, 2008 CSC 18, [2008] 1 R.C.S. 456, et au pourvoi connexe *R. c. A.M.*, 2008 CSC 19, [2008] 1 R.C.S. 569. La Cour était divisée sur d’autres points, mais elle a conclu à l’unanimité que la vérification du sac de M. Kang-Brown à l’aide d’un chien renifleur constituait une fouille. Comme l’ont expliqué les juges Deschamps et Bastarache, en décelant ce qu’il y avait dans l’air à proximité du sac, le chien a servi d’outil d’enquête et son intervention a « immédiatement et directement permis [aux policiers] de faire une forte inférence » quant au contenu du sac : la juge Deschamps, par. 174-175; le juge Bastarache, par. 227. Ainsi,

reaction to it provided the police with a strong inference as to what was inside. As Binnie J. put it in *A.M.* (which concerned a dog sniff of the accused's backpack), “[b]y use of the dog, the policeman could ‘see’ through the concealing fabric of the backpack”: para. 67.

[30] How to characterize the subject matter of an alleged search was addressed by the Court most recently in *Gomboc*. While the Court was divided on other matters, it was unanimous about the framework that must be applied in considering the subject matter of a “search”. The Court considered the strength of the inference between data derived from a digital recording ammeter (DRA) and particular activities going on in a residence in assessing whether use of the DRA constituted a search. Abella J. (Binnie and LeBel JJ. concurring) took into account “the strong and reliable inference that can be made from the patterns of electricity consumption . . . as to the presence within the home of one particular activity”: para. 81 (emphasis added). The Chief Justice and Fish J. referred to the fact that the DRA data “sheds light on private activities within the home”: para. 119. Deschamps J. (Charron, Rothstein and Cromwell JJ. concurring) spoke in terms of the extent to which the DRA data was revealing of activities in the home: para. 38.

[31] Thus, it is clear that the tendency of information sought to support inferences in relation to other personal information must be taken into account in characterizing the subject matter of the search. The correct approach was neatly summarized by Doherty J.A. in *Ward*, at para. 65. When identifying the subject matter of an alleged search, the court must not do so “narrowly in terms of the physical acts involved or the physical space invaded,

bien que les « informations » recueillies par le chien renifleur tenaient simplement de l’odeur qu’il y avait dans l’air à l’extérieur du sac, la réaction du chien a permis aux policiers de faire une forte inférence quant au contenu du sac. Comme l’a indiqué le juge Binnie dans l’arrêt *A.M.* (qui portait sur l’intervention d’un chien renifleur pour vérifier le sac à dos de l’accusé), « [e]n se servant du chien, le policier a pu “voir” à travers le tissu opaque du sac à dos » : par. 67.

[30] La façon de définir l’objet d’une fouille ou d’une perquisition contestée a été examinée pour la dernière fois par la Cour dans l’arrêt *Gomboc*. Bien qu’elle fût divisée sur d’autres questions, elle s’est prononcée à l’unanimité sur le cadre d’analyse à appliquer pour déterminer l’objet d’une « fouille ou [d’une] perquisition ». Dans cette affaire, la Cour a examiné la fiabilité des inférences qu’il est possible de tirer à partir des données enregistrées à l’aide d’un ampèremètre numérique muni d’un enregistreur (AN) au sujet d’activités données se déroulant à l’intérieur d’une résidence pour déterminer si l’utilisation de l’ampèremètre constituait une fouille ou une perquisition. La juge Abella (avec l’accord des juges Binnie et LeBel) a tenu compte « de la solidité et de la fiabilité des inférences pouvant être tirées à partir des cycles de consommation d’électricité [. . .] relativement à la tenue d’une activité particulière à une adresse » : par. 81 (je souligne). La Juge en chef et le juge Fish ont affirmé que les données enregistrées par l’AN « éclairent sur les activités privées se déroulant à l’intérieur de la maison » : par. 119. La juge Deschamps (avec l’accord des juges Charron, Rothstein et Cromwell) s’est demandé dans quelle mesure les données enregistrées par l’AN révèlent les activités qui se déroulent à l’intérieur de la maison : par. 38.

[31] Ainsi, il est évident que, pour définir l’objet de la fouille ou de la perquisition, il faut tenir compte de la tendance qui consiste à chercher à obtenir des renseignements pour permettre d’en tirer des inférences au sujet d’autres renseignements qui, eux, sont de nature personnelle. La méthode qu’il convient d’adopter a été clairement résumée par le juge Doherty au par. 65 de l’arrêt *Ward*. Lorsqu’elle est appelée à identifier l’objet

but rather by reference to the nature of the privacy interests potentially compromised by the state action”: *ibid.*

[32] Applying this approach to the case at hand, I substantially agree with the conclusion reached by Cameron J.A. in *Trapp* and adopted by Caldwell J.A. in this case. The subject matter of the search was not simply a name and address of someone in a contractual relationship with Shaw. Rather, it was the identity of an Internet subscriber which corresponded to particular Internet usage. As Cameron J.A. put it, at para. 35 of *Trapp*:

To label information of this kind as mere “subscriber information” or “customer information”, or nothing but “name, address, and telephone number information”, tends to obscure its true nature. I say this because these characterizations gloss over the significance of an IP address and what such an address, once identified with a particular individual, is capable of revealing about that individual, including the individual’s online activity in the home.

[33] Here, the subject matter of the search is the identity of a subscriber whose Internet connection is linked to particular, monitored Internet activity.

(b) *Nature of the Privacy Interest Potentially Compromised by the State Action*

[34] The nature of the privacy interest engaged by the state conduct is another facet of the totality of the circumstances and an important factor in assessing the reasonableness of an expectation of privacy. The Court has previously emphasized an understanding of informational privacy as confidentiality and control of the use of intimate information about oneself. In my view, a somewhat

d’une fouille ou d’une perquisition contestée, une cour ne doit pas adopter une approche [TRADUCTION] « restrictive qui porte sur les actions commises ou sur l’espace envahi, mais plutôt une approche fondée sur la nature des droits en matière de vie privée auxquels l’action de l’État pourrait porter atteinte » : *ibid.*

[32] Si on applique cette méthode en l’espèce, je souscris pour l’essentiel à la conclusion tirée par le juge Cameron dans l’arrêt *Trapp* et adoptée par le juge Caldwell de la Cour d’appel dans la présente affaire. La fouille n’avait pas simplement pour objet le nom et l’adresse d’une personne qui était liée par contrat à Shaw. Il s’agissait plutôt de l’identité d’une abonnée aux services Internet à qui correspondait une utilisation particulière de ces services. Comme l’a affirmé le juge Cameron au par. 35 de l’arrêt *Trapp* :

[TRADUCTION] Qualifier de tels renseignements de simples « renseignements relatifs à l’abonné » ou de « renseignements sur le client » ou encore de rien d’autre que de « renseignements sur le nom, l’adresse et le numéro de téléphone » tend à occulter leur véritable nature. Je tiens à le préciser, parce que ces qualifications font abstraction de l’importance d’une adresse IP et des renseignements que cette adresse, une fois liée à une personne en particulier, peut révéler sur cette personne, notamment les activités en ligne que celle-ci pratique dans sa résidence.

[33] En l’espèce, la fouille avait pour objet l’identité de l’abonnée dont la connexion à Internet correspondait à une activité informatique particulière sous surveillance.

b) *La nature de l’intérêt en matière de vie privée auquel l’action de l’État pourrait porter atteinte*

[34] La nature de l’intérêt en matière de vie privée visé par l’action de l’État constitue un autre aspect de l’ensemble des circonstances et un facteur important pour apprécier le caractère raisonnable d’une attente en matière de vie privée. Dans le passé, la Cour a souligné l’importance, lorsqu’il est question de renseignements personnels, d’interpréter le droit à la vie privée de telle sorte qu’il

broader understanding of the privacy interest at stake in this case is required to account for the role that anonymity plays in protecting privacy interests online.

[35] Privacy is admittedly a “broad and somewhat evanescent concept”: *Dagg v. Canada (Minister of Finance)*, [1997] 2 S.C.R. 403, at para. 67. Scholars have noted the theoretical disarray of the subject and the lack of consensus apparent about its nature and limits: see, e.g., C. D. L. Hunt, “Conceptualizing Privacy and Elucidating its Importance: Foundational Considerations for the Development of Canada’s Fledgling Privacy Tort” (2011), 37 *Queen’s L.J.* 167, at pp. 176-77. Notwithstanding these challenges, the Court has described three broad types of privacy interests — territorial, personal, and informational — which, while often overlapping, have proved helpful in identifying the nature of the privacy interest or interests at stake in particular situations: see, e.g., *Dyment*, at pp. 428-29; *Tessling*, at paras. 21-24. These broad descriptions of types of privacy interests are analytical tools, not strict or mutually-exclusive categories.

[36] The nature of the privacy interest does not depend on whether, in the particular case, privacy shelters legal or illegal activity. The analysis turns on the privacy of the area or the thing being searched and the impact of the search on its target, not the legal or illegal nature of the items sought. To paraphrase Binnie J. in *Patrick*, the issue is not whether Mr. Spencer had a legitimate privacy interest in concealing his use of the Internet for the purpose of accessing child pornography, but whether people generally have a privacy interest in subscriber information with respect to computers which they use in their home for private purposes: *Patrick*, at para. 32.

protège tant la confidentialité que le contrôle des renseignements en question. À mon avis, il est nécessaire en l’espèce d’élargir quelque peu cette interprétation de manière à tenir compte du rôle que joue l’anonymat dans la protection des droits en matière de vie privée sur Internet.

[35] Certes, la vie privée est « une notion générale quelque peu évanescence » : *Dagg c. Canada (Ministre des Finances)*, [1997] 2 R.C.S. 403, par. 67. Certains auteurs ont souligné la confusion à ce sujet, sur le plan théorique, et l’absence de consensus apparent quant à ses nature et limites : voir, p. ex., C. D. L. Hunt, « Conceptualizing Privacy and Elucidating its Importance : Foundational Considerations for the Development of Canada’s Fledgling Privacy Tort » (2011), 37 *Queen’s L.J.* 167, p. 176-177. Nonobstant ces enjeux, la Cour a décrit trois grandes catégories de droits en matière de vie privée, qui regroupent notamment les aspects qui ont trait aux lieux, à la personne et à l’information, et qui, malgré leur chevauchement fréquent, ont permis de préciser la nature des droits en matière de vie privée en jeu dans des situations particulières : voir, p. ex., *Dyment*, p. 428-429; *Tessling*, par. 21-24. Il s’agit d’outils d’analyse, et non de catégories strictes ou mutuellement exclusives.

[36] La nature de l’intérêt en matière de vie privée ne dépend pas de la question de savoir si, dans un cas particulier, le droit à la vie privée masque une activité légale ou une activité illégale. En effet, l’analyse porte sur le caractère privé du lieu ou de l’objet visé par la fouille ou la perquisition ainsi que sur les conséquences de cette dernière pour la personne qui en fait l’objet, et non sur la nature légale ou illégale de la chose recherchée. Pour reprendre les propos du juge Binnie dans l’arrêt *Patrick*, il ne s’agit pas de savoir si l’appelant possédait un droit légitime au respect de la vie privée à l’égard de la dissimulation de son utilisation d’Internet dans le but d’accéder à de la pornographie juvénile, mais plutôt de savoir si, d’une manière générale, les citoyens ont droit au respect de leur vie privée à l’égard des renseignements concernant les abonnés de services Internet relativement aux ordinateurs qu’ils utilisent dans leur domicile à des fins privées : *Patrick*, par. 32.

[37] We are concerned here primarily with informational privacy. In addition, because the computer identified and in a sense monitored by the police was in Mr. Spencer's residence, there is an element of territorial privacy in issue as well. However, in this context, the location where the activity occurs is secondary to the nature of the activity itself. Internet users do not expect their online anonymity to cease when they access the Internet outside their homes, via smartphones, or portable devices. Therefore, here as in *Patrick*, at para. 45, the fact that a home was involved is not a controlling factor but is nonetheless part of the totality of the circumstances: see, e.g., *Ward*, at para. 90.

[38] To return to informational privacy, it seems to me that privacy in relation to information includes at least three conceptually distinct although overlapping understandings of what privacy is. These are privacy as secrecy, privacy as control and privacy as anonymity.

[39] Informational privacy is often equated with secrecy or confidentiality. For example, a patient has a reasonable expectation that his or her medical information will be held in trust and confidence by the patient's physician: see, e.g., *McInerney v. MacDonald*, [1992] 2 S.C.R. 138, at p. 149.

[40] Privacy also includes the related but wider notion of control over, access to and use of information, that is, "the claim of individuals, groups, or institutions to determine for themselves when, how, and to what extent information about them is communicated to others": A. F. Westin, *Privacy and Freedom* (1970), at p. 7, cited in *Tessling*, at para. 23. La Forest J. made this point in *Dyment*. The understanding of informational privacy as control "derives from the assumption that all information about a person is in a fundamental way his own, for him to communicate or retain for himself as he sees fit" (*Dyment*, at p. 429, quoting from *Privacy and Computers*, the Report of the Task Force established by the Department of

[37] En l'espèce, nous nous intéressons principalement au caractère privé des renseignements personnels. En outre, puisque l'ordinateur repéré et, en quelque sorte, surveillé par la police se trouvait dans la résidence de M. Spencer, un aspect du droit à la vie privée lié aux lieux est aussi en jeu. Dans le présent contexte, le lieu de l'activité est toutefois accessoire à la nature de l'activité elle-même. En effet, les internautes ne s'attendent pas à perdre leur anonymat en ligne lorsqu'ils accèdent à Internet ailleurs que chez eux au moyen d'un téléphone intelligent ou d'un appareil portable. En l'espèce, tout comme dans l'arrêt *Patrick*, par. 45, le fait qu'une résidence soit en cause ne constitue donc pas un facteur déterminant, mais fait néanmoins partie de l'ensemble des circonstances : voir, p. ex., *Ward*, par. 90.

[38] Pour revenir à la question du droit à la vie privée en ce qui a trait aux renseignements personnels, j'estime qu'il englobe au moins trois facettes qui se chevauchent, mais qui se distinguent sur le plan conceptuel. Il s'agit de la confidentialité, du contrôle et de l'anonymat.

[39] Le caractère privé des renseignements personnels est souvent assimilé à la confidentialité. Par exemple, le patient s'attend raisonnablement à ce que ses renseignements d'ordre médical demeurent confidentiels : voir, p. ex., *McInerney c. MacDonald*, [1992] 2 R.C.S. 138, p. 149.

[40] Or, le droit à la vie privée comprend également la notion connexe, mais plus large, de contrôle sur l'accès à l'information et sur l'utilisation des renseignements, c'est-à-dire [TRADUCTION] « le droit revendiqué par des particuliers, des groupes ou des institutions de déterminer eux-mêmes à quel moment les renseignements les concernant sont communiqués, de quelle manière et dans quelle mesure » : A. F. Westin, *Privacy and Freedom* (1970), p. 7, cité dans *Tessling*, par. 23. Le juge La Forest a d'ailleurs souligné ce point dans l'arrêt *Dyment* en affirmant que la facette du droit à la vie privée en ce qui a trait aux renseignements personnels qui porte sur le contrôle « découle du postulat selon lequel l'information de caractère

Communications/Department of Justice (1972), at p. 13). Even though the information will be communicated and cannot be thought of as secret or confidential, “situations abound where the reasonable expectations of the individual that the information shall remain confidential to the persons to whom, and restricted to the purposes for which it is divulged, must be protected” (pp. 429-30); see also *R. v. Duarte*, [1990] 1 S.C.R. 30, at p. 46.

[41] There is also a third conception of informational privacy that is particularly important in the context of Internet usage. This is the understanding of privacy as anonymity. In my view, the concept of privacy potentially protected by s. 8 must include this understanding of privacy.

[42] The notion of privacy as anonymity is not novel. It appears in a wide array of contexts ranging from anonymous surveys to the protection of police informant identities. A person responding to a survey readily agrees to provide what may well be highly personal information. A police informant provides information about the commission of a crime. The information itself is not private — it is communicated precisely so that it will be communicated to others. But the information is communicated on the basis that it will not be identified with the person providing it. Consider situations in which the police want to obtain the list of names that correspond to the identification numbers on individual survey results or in which the defence in a criminal case wants to obtain the identity of the informant who has provided information that has been disclosed to the defence. The privacy interest at stake in these examples is not simply the individual’s name, but the link between the identified individual and the personal information provided anonymously. As the intervenor the Canadian Civil Liberties Association urged in its submissions,

personnel est propre à l’intéressé, qui est libre de la communiquer ou de la taire comme il l’entend » (*Dyment*, p. 429, citant *L’ordinateur et la vie privée*, le Rapport du groupe d’étude établi conjointement par le ministère des Communications et le ministère de la Justice (1972), p. 13). Même si les renseignements seront divulgués et qu’ils ne peuvent être considérés comme confidentiels, « les cas abondent où on se doit de protéger les attentes raisonnables de l’individu que ces renseignements seront gardés confidentiellement par ceux à qui ils sont divulgués, et qu’ils ne seront utilisés que pour les fins pour lesquelles ils ont été divulgués » (p. 429-430); voir également *R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30, p. 46.

[41] Il existe aussi une troisième conception de l’aspect informationnel du droit à la vie privée qui revêt une importance particulière dans le contexte de l’utilisation d’Internet. Il s’agit de l’anonymat. À mon avis, le droit à la vie privée que garantirait l’art. 8 doit inclure cette conception de la vie privée.

[42] L’élément « anonymat » de la vie privée n’est pas nouveau. Il est présent dans un large éventail de contextes allant de sondages anonymes à la protection de l’identité des indicateurs de police. La personne qui répond à un sondage accepte volontiers de fournir ce qui peut fort bien être des renseignements de nature très personnelle. L’indicateur de police fournit des renseignements sur la perpétration d’un crime. Les renseignements en tant que tel ne sont pas privés — leur communication vise expressément la divulgation à d’autres personnes. Cela dit, cette communication tient compte du fait que l’identité de la personne qui fournit les renseignements demeurera confidentielle. Prenons, par exemple, des cas où la police veut obtenir la liste des noms correspondant aux numéros d’identification relativement aux résultats d’un sondage ou des cas où la partie défenderesse dans une affaire criminelle veut obtenir l’identité de l’indicateur ayant fourni les renseignements qui lui ont été communiqués. L’intérêt en matière de vie privée qui est en jeu dans ces exemples ne vise pas uniquement le nom d’une personne, mais

“maintaining anonymity can be integral to ensuring privacy”: factum, at para. 7.

[43] Westin identifies anonymity as one of the basic states of privacy. Anonymity permits individuals to act in public places but to preserve freedom from identification and surveillance: pp. 31-32; see A. Slane and L. M. Austin, “What’s In a Name? Privacy and Citizenship in the Voluntary Disclosure of Subscriber Information in Online Child Exploitation Investigations” (2011), 57 *Crim. L.Q.* 486, at p. 501. The Court’s decision in *R. v. Wise*, [1992] 1 S.C.R. 527, provides an example of privacy in a public place. The Court held that the ubiquitous monitoring of a vehicle’s whereabouts on public highways amounted to a violation of the suspect’s reasonable expectation of privacy. It could of course have been argued that the electronic device was simply a convenient way of keeping track of where the suspect was driving his car, something that he was doing in public for all to see. But the Court did not take that approach.

[44] La Forest J. (who, while dissenting on the issue of exclusion of the evidence under s. 24(2), concurred with respect to the existence of a reasonable expectation of privacy), explained that “[i]n a variety of public contexts, we may expect to be casually observed, but may justifiably be outraged by intensive scrutiny. In these public acts we do not expect to be personally identified and subject to extensive surveillance, but seek to merge into the ‘situational landscape’”: p. 558 (emphasis added), quoting M. Gutterman, “A Formulation of the Value and Means Models of the Fourth Amendment in the Age of Technologically Enhanced Surveillance” (1988), 39 *Syracuse L. Rev.* 647, at p. 706. The mere fact that someone leaves the privacy of their home and enters a public space does not mean that the person abandons all of his or her privacy rights, despite the fact that as a practical matter, such a

aussi le lien entre la personne désignée et les renseignements personnels fournis de façon anonyme. Comme l’a fait valoir l’Association canadienne des libertés civiles, intervenante en l’espèce, dans ses observations, [TRADUCTION] « le maintien de l’anonymat peut être essentiel pour garantir la protection de la vie privée » : mémoire, par. 7.

[43] Le professeur Westin présente l’anonymat comme une des facettes fondamentales de la vie privée. Selon lui, il permet aux personnes d’avoir des activités publiques tout en préservant la confidentialité de leur identité et en se protégeant contre la surveillance : p. 31-32; voir A. Slane et L. M. Austin, « What’s In a Name? Privacy and Citizenship in the Voluntary Disclosure of Subscriber Information in Online Child Exploitation Investigations » (2011), 57 *Crim. L.Q.* 486, p. 501. L’arrêt *R. c. Wise*, [1992] 1 R.C.S. 527, donne un exemple du droit à la vie privée dans un endroit public. Dans cette affaire, la Cour a statué que la surveillance omniprésente des déplacements d’un véhicule sur la voie publique déjouait les attentes raisonnables du suspect en matière de vie privée. On aurait évidemment pu affirmer que le dispositif électronique ne constituait qu’un moyen pratique de suivre les déplacements en voiture du suspect, qu’il faisait d’ailleurs à la vue de tous. Mais la Cour n’a pas adopté cette approche.

[44] Le juge La Forest (qui, bien que dissident sur la question de l’exclusion de la preuve en application du par. 24(2), a souscrit à l’existence d’une attente raisonnable en matière du respect de la vie privée), a expliqué que, « [s]’il est normal, dans divers contextes publics, d’être observé fortuitement, nous aurions par contre toutes les raisons d’être choqués par des regards insistants. Dans ces activités publiques, nous ne nous attendons pas à être identifiés personnellement et soumis à une surveillance intensive, mais nous cherchons plutôt à passer inaperçus » : p. 558 (je souligne), citant M. Gutterman, « A Formulation of the Value and Means Models of the Fourth Amendment in the Age of Technologically Enhanced Surveillance » (1988), 39 *Syracuse L. Rev.* 647, p. 706. Le simple fait qu’une personne quitte l’intimité de sa résidence et pénètre dans un lieu public ne signifie

person may not be able to control who observes him or her in public. Thus, in order to uphold the protection of privacy rights in some contexts, we must recognize anonymity as one conception of privacy: see E. Paton-Simpson, “Privacy and the Reasonable Paranoid: The Protection of Privacy in Public Places” (2000), 50 *U.T.L.J.* 305, at pp. 325-26; Westin, at p. 32; Gutterman, at p. 706.

[45] Recognizing that anonymity is one conception of informational privacy seems to me to be particularly important in the context of Internet usage. One form of anonymity, as Westin explained, is what is claimed by an individual who wants to present ideas publicly but does not want to be identified as their author: p. 32. Here, Westin, publishing in 1970, anticipates precisely one of the defining characteristics of some types of Internet communication. The communication may be accessible to millions of people but it is not identified with its author.

[46] Moreover, the Internet has exponentially increased both the quality and quantity of information that is stored about Internet users. Browsing logs, for example, may provide detailed information about users’ interests. Search engines may gather records of users’ search terms. Advertisers may track their users across networks of websites, gathering an overview of their interests and concerns. “Cookies” may be used to track consumer habits and may provide information about the options selected within a website, which web pages were visited before and after the visit to the host website and any other personal information provided: see N. Gleicher, “Neither a Customer Nor a Subscriber Be: Regulating the Release of User Information on the World Wide Web” (2009), 118 *Yale L.J.* 1945, at pp. 1948-49; R. W. Hubbard, P. DeFreitas and S. Magotiaux, “The Internet — Expectations of Privacy in a New Context” (2002), 45 *Crim. L.Q.* 170, at pp. 189-91. The user cannot fully control or even necessarily be aware of who

pas qu’elle renonce à tous ses droits en matière de vie privée, même si, en pratique, il se peut qu’elle ne soit pas en mesure d’exercer un contrôle à l’égard des personnes qui l’observent en public. Par conséquent, pour protéger les droits en matière de vie privée dans certains contextes, il nous faut reconnaître l’anonymat comme une des conceptions de la vie privée : voir E. Paton-Simpson, « Privacy and the Reasonable Paranoid : The Protection of Privacy in Public Places » (2000), 50 *U.T.L.J.* 305, p. 325-326; Westin, p. 32; Gutterman, p. 706.

[45] S’agissant de l’utilisation d’Internet, il me semble particulièrement important de reconnaître que l’anonymat s’inscrit parmi les conceptions de l’aspect informationnel du droit à la vie privée. Comme l’explique le professeur Westin, l’anonymat porte entre autres sur le droit revendiqué par une personne qui veut présenter publiquement ses idées sans être identifiée comme leur auteur : p. 32. Le professeur Westin, dont l’ouvrage a été publié en 1970, avait anticipé précisément une des caractéristiques déterminantes de certains types de communication par Internet. En effet, des millions de personnes peuvent avoir accès à une communication qui n’est toutefois pas associée à son auteur.

[46] De plus, Internet a augmenté de façon exponentielle la qualité et la quantité des renseignements stockés concernant les internautes. L’historique de navigation, par exemple, permet d’obtenir des renseignements détaillés sur les intérêts des utilisateurs. Les moteurs de recherche peuvent recueillir des renseignements sur les termes recherchés par les utilisateurs. Les annonceurs peuvent suivre leurs utilisateurs à travers les réseaux de sites Web et obtenir un aperçu de leurs intérêts et de leurs pré-occupations. Les fichiers témoins peuvent être utilisés pour suivre les habitudes de consommation et peuvent fournir des renseignements sur les options sélectionnées dans un site Web, sur les pages Web consultées avant et après avoir visité le site d’accueil et tout autre renseignement personnel fourni : voir N. Gleicher, « Neither a Customer Nor a Subscriber Be : Regulating the Release of User Information on the World Wide Web » (2009), 118 *Yale L.J.* 1945, p. 1948-1949; R. W. Hubbard, P. DeFreitas et S. Magotiaux, « The Internet — Expectations of

may observe a pattern of online activity, but by remaining anonymous — by guarding the link between the information and the identity of the person to whom it relates — the user can in large measure be assured that the activity remains private: see Slane and Austin, at pp. 500-3.

[47] In my view, the identity of a person linked to their use of the Internet must be recognized as giving rise to a privacy interest beyond that inherent in the person's name, address and telephone number found in the subscriber information. A sniffer dog provides information about the contents of the bag and therefore engages the privacy interests relating to its contents. DRA readings provide information about what is going on inside a home and therefore may engage the privacy interests relating to those activities. Similarly, subscriber information, by tending to link particular kinds of information to identifiable individuals, may implicate privacy interests relating not simply to the person's name or address but to his or her identity as the source, possessor or user of that information.

[48] Doherty J.A. made this point with his usual insight and clarity in *Ward*. “Personal privacy” he wrote “protects an individual's ability to function on a day-to-day basis within society while enjoying a degree of anonymity that is essential to the individual's personal growth and the flourishing of an open and democratic society”: para. 71. He concluded that some degree of anonymity is a feature of much Internet activity and that, “[d]epending on the totality of the circumstances, . . . anonymity may enjoy constitutional protection under s. 8”: para. 75. I agree. Thus, anonymity may, depending on the

Privacy in a New Context » (2002), 45 *Crim. L.Q.* 170, p. 189-191. L'utilisateur n'est pas en mesure d'exercer un contrôle total à l'égard de la personne qui peut observer le profil de ses activités en ligne et il n'est pas toujours informé de l'identité de celle-ci. Or, sous le couvert de l'anonymat — en protégeant le lien entre l'information et l'identité de la personne qu'elle concerne —, l'utilisateur peut en grande partie être assuré que ses activités demeurent confidentielles : voir Slane et Austin, p. 500-503.

[47] À mon avis, il faut reconnaître que l'identité d'une personne liée à son utilisation d'Internet donne naissance à un intérêt en matière de vie privée qui a une portée plus grande que celui inhérent à son nom, à son adresse et à son numéro de téléphone qui figurent parmi les renseignements relatifs à l'abonné. Un chien renifleur fournit de l'information sur le contenu d'un sac et met donc en jeu des droits en matière de vie privée relativement à ce contenu. Les enregistrements de l'AN fournissent de l'information sur les activités qui se déroulent à l'intérieur d'une résidence et peuvent donc mettre en jeu des droits en matière de vie privée concernant ces activités. Dans le même ordre d'idées, en établissant un lien entre des renseignements particuliers et une personne identifiable, les renseignements relatifs à l'abonné peuvent compromettre les droits en matière de vie privée de cette personne non seulement parce qu'ils révèlent son nom et son adresse, mais aussi parce qu'ils l'identifient en tant que source, possesseur ou utilisateur des renseignements visés.

[48] Dans *Ward*, le juge Doherty, clair et lucide comme à son habitude, a fourni des explications semblables. [TRADUCTION] « Le droit à la vie privée », a-t-il écrit, « permet à une personne de fonctionner au quotidien dans la société tout en bénéficiant d'un certain degré d'anonymat indispensable à son épanouissement personnel ainsi qu'à l'épanouissement d'une société ouverte et démocratique » : par. 71. Il a conclu qu'un certain degré d'anonymat est propre à beaucoup d'activités exercées sur Internet et que, « [e]u égard à l'ensemble des circonstances, [. . .] l'anonymat peut bénéficier de

totality of the circumstances, be the foundation of a privacy interest that engages constitutional protection against unreasonable search and seizure.

[49] The intervener the Director of Public Prosecutions raised the concern that recognizing a right to online anonymity would carve out a crime-friendly Internet landscape by impeding the effective investigation and prosecution of online crime. In light of the grave nature of the criminal wrongs that can be committed online, this concern cannot be taken lightly. However, in my view, recognizing that there *may* be a privacy interest in anonymity depending on the circumstances falls short of recognizing any “right” to anonymity and does not threaten the effectiveness of law enforcement in relation to offences committed on the Internet. In this case, for example, it seems clear that the police had ample information to obtain a production order requiring Shaw to release the subscriber information corresponding to the IP address they had obtained.

[50] Applying this framework to the facts of the present case is straightforward. In the circumstances of this case, the police request to link a given IP address to subscriber information was in effect a request to link a specific person (or a limited number of persons in the case of shared Internet services) to specific online activities. This sort of request engages the anonymity aspect of the informational privacy interest by attempting to link the suspect with anonymously undertaken online activities, activities which have been recognized by the Court in other circumstances as engaging significant privacy interests: *R. v. Morelli*, 2010 SCC 8, [2010] 1 S.C.R. 253, at para. 3; *Cole*, at para. 47; *R. v. Vu*, 2013 SCC 60, [2013] 3 S.C.R. 657, at paras. 40-45.

la protection constitutionnelle prévue à l’art. 8 » : par. 75. Je suis d’accord. L’anonymat pourrait donc, compte tenu de l’ensemble des circonstances, servir de fondement au droit à la vie privée visé par la protection constitutionnelle contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives.

[49] Le directeur des poursuites pénales, intervenant, a fait valoir que la reconnaissance du droit à l’anonymat en ligne transformerait Internet en un endroit favorable aux actes criminels en faisant obstacle aux enquêtes et aux poursuites efficaces des cybercrimes. Compte tenu de la gravité des actes criminels qui peuvent être perpétrés en ligne, cette préoccupation ne peut être prise à la légère. J’estime toutefois que la reconnaissance de la *possibilité* qu’il existe un intérêt en matière de vie privée à l’égard de l’anonymat, selon les circonstances, ne suffit pas pour reconnaître le « droit » à l’anonymat et n’a pas pour effet de menacer l’efficacité des autorités d’application de la loi relativement aux infractions commises sur Internet. En l’espèce, par exemple, il semble évident que la police disposait de renseignements détaillés permettant d’obtenir une ordonnance de communication enjoignant à Shaw de fournir les renseignements sur l’abonnée à qui appartenait l’adresse IP qu’elle avait obtenue.

[50] L’application de ce cadre d’analyse aux faits de la présente affaire est simple. Dans les circonstances de l’espèce, la demande de la police dans le but d’établir un lien entre une adresse IP donnée et les renseignements relatifs à l’abonnée visait en fait à établir un lien entre une personne précise (ou un nombre restreint de personnes dans le cas des services Internet partagés) et des activités en ligne précises. Ce genre de demande porte sur l’aspect informationnel du droit à la vie privée relatif à l’anonymat en cherchant à établir un lien entre le suspect et des activités entreprises en ligne, sous le couvert de l’anonymat, activités qui, comme la Cour l’a reconnu dans d’autres circonstances, mettent en jeu d’importants droits en matière de vie privée : *R. c. Morelli*, 2010 CSC 8, [2010] 1 R.C.S. 253, par. 3; *Cole*, par. 47; *R. c. Vu*, 2013 CSC 60, [2013] 3 R.C.S. 657, par. 40-45.

[51] I conclude therefore that the police request to Shaw for subscriber information corresponding to specifically observed, anonymous Internet activity engages a high level of informational privacy. I agree with Caldwell J.A.'s conclusion on this point:

. . . a reasonable and informed person concerned about the protection of privacy would expect one's activities on one's own computer used in one's own home would be private. . . . In my judgment, it matters not that the personal attributes of the Disclosed Information pertained to Mr. Spencer's sister because Mr. Spencer was personally and directly exposed to the consequences of the police conduct in this case. As such, the police conduct *prima facie* engaged a personal privacy right of Mr. Spencer and, in this respect, his interest in the privacy of the Disclosed Information was direct and personal. [para. 27]

(c) *Reasonable Expectation of Privacy*

[52] The next question is whether Mr. Spencer's expectation of privacy was reasonable. The trial judge found that there could be no reasonable expectation of privacy in the face of the relevant contractual and statutory provisions (para. 19), a conclusion with which Caldwell J.A. agreed on appeal: para. 42. Cameron J.A., however, was doubtful that the contractual and statutory terms had this effect in the context of this case: para. 98.

[53] In this Court, Mr. Spencer maintains that the contractual and statutory terms did not undermine a reasonable expectation of privacy with respect to the subscriber information. He submits that the contractual provisions do nothing more than suggest that the information will not be provided to police unless required by law and that *PIPEDA*, whose purpose is to protect privacy rights, supports rather than negates the reasonableness of an expectation of privacy in this case. The Crown

[51] Par conséquent, je conclus que la demande de la police auprès de Shaw — visant à obtenir des renseignements relatifs à l'abonnée qui correspondaient à des activités entreprises sur Internet de façon anonyme et observées en particulier — fait intervenir, dans une grande mesure, l'aspect informationnel du droit à la vie privée. Je souscris à la conclusion du juge Caldwell sur ce point :

[TRADUCTION] . . . une personne raisonnable et bien informée, qui se soucie de la protection de la vie privée, s'attendrait à ce que les activités qu'une personne effectue sur son propre ordinateur et dans son domicile soient confidentielles. [. . .] À mon avis, il n'importe nullement que les renseignements communiqués concernaient la sœur de M. Spencer parce que, en l'espèce, M. Spencer a, personnellement et directement, subi les conséquences des actes de la police. À première vue, ces actes font intervenir le droit de M. Spencer à la vie privée et, de ce fait, son intérêt en matière de vie privée relativement à la confidentialité des renseignements communiqués était direct et personnel. [par. 27]

c) *L'attente raisonnable en matière de respect de la vie privée*

[52] Il s'agit maintenant de savoir si l'attente de M. Spencer en matière de respect de sa vie privée était raisonnable. Selon le juge du procès, il ne pouvait pas y avoir d'attente raisonnable en matière de respect de la vie privée compte tenu des dispositions contractuelles et législatives applicables (par. 19), conclusion à laquelle le juge Caldwell a souscrit en appel : par. 42. Le juge Cameron a affirmé douter pour sa part que les dispositions du contrat et celles de la loi aient cet effet dans le contexte de la présente affaire : par. 98.

[53] Devant la Cour, M. Spencer a fait valoir que les dispositions du contrat et de la loi n'ont pas pour effet de compromettre une attente raisonnable en matière de vie privée relativement aux renseignements relatifs à l'abonné. Selon lui, les dispositions du contrat ne font rien d'autre qu'indiquer qu'il n'y aura pas de communication des renseignements à la police, à moins que cela ne soit requis par la loi, et que la *LPRPDE* — qui vise à protéger les droits en matière de vie privée — tend

disagrees and supports the position taken on this point by Caldwell J.A. in the Court of Appeal.

[54] There is no doubt that the contractual and statutory framework may be relevant to, but not necessarily determinative of, whether there is a reasonable expectation of privacy. So, for example in *Gomboc*, Deschamps J. writing for four members of the Court, found that the terms governing the relationship between the electricity provider and its customer were “highly significant” to Mr. Gomboc’s reasonable expectation of privacy, but treated it as “one factor amongst many which must be weighed in assessing the totality of the circumstances”: paras. 31-32. She also emphasized that when dealing with contracts of adhesion in the context of a consumer relationship, it was necessary to “procee[d] with caution” when determining the impact that such provision would have on the reasonableness of an expectation of privacy: para. 33. The need for caution in this context was pointedly underlined in the dissenting reasons of the Chief Justice and Fish J. in that case: paras. 138-42.

[55] The contractual and statutory frameworks overlap in the present case because the Shaw Joint Terms of Service make reference to *PIPEDA*, and the scope of permitted disclosure under *PIPEDA* turns partly on whether the customer has consented to the disclosure of personal information. I must first set out the details of these schemes before turning to their impact on the reasonable expectations analysis. In doing so, it becomes apparent that the relevant provisions provide little assistance in evaluating the reasonableness of Mr. Spencer’s expectation of privacy.

[56] Shaw provides Internet services to its customers under a standard form “Joint Terms of

à confirmer plutôt qu’à nier le caractère raisonnable d’une attente en matière de vie privée en l’espèce. Le ministère public ne souscrit pas à cet argument et appuie la position adoptée sur ce point par le juge Caldwell de la Cour d’appel.

[54] Il ne fait aucun doute que les cadres législatif et contractuel peuvent être pertinents, mais pas nécessairement déterminants, quant à la question de savoir s’il existe une attente raisonnable en matière de vie privée. Dans l’arrêt *Gomboc*, par exemple, s’exprimant au nom de quatre juges de la Cour, la juge Deschamps a conclu que les dispositions régissant les rapports entre le fournisseur d’électricité et son client revêtent une « grande importance » quant à l’attente raisonnable de M. Gomboc en matière de vie privée, mais a considéré qu’il s’agissait d’« un des nombreux facteurs dont il faut tenir compte pour apprécier l’ensemble des circonstances » : par. 31-32. La juge Deschamps a également souligné que, dans le cadre de contrats d’adhésion qui régissent les relations avec les clients, « la prudence est évidemment de mise » lorsqu’il s’agit de juger des conséquences que peuvent avoir les dispositions de ces contrats sur le caractère raisonnable d’une attente en matière de respect de la vie privée : par. 33. Dans leurs motifs dissidents, la Juge en chef et le juge Fish ont mis l’accent sur le besoin de faire preuve de prudence dans ce contexte : par. 138-142.

[55] En l’espèce, les cadres contractuel et législatif se chevauchent parce que les conditions de service de Shaw renvoient à la *LPRPDE* et que la portée de la communication autorisée de renseignements personnels sous le régime de la *LPRPDE* repose en partie sur la question de savoir si le client a donné son consentement à cet égard. Avant d’examiner les conséquences de ces régimes sur l’analyse relative aux attentes raisonnables en matière de vie privée, je dois en préciser les modalités. Lorsque je le fais, il devient clair que les dispositions applicables ne sont guère utiles pour évaluer le caractère raisonnable de l’attente de M. Spencer au respect de sa vie privée.

[56] Shaw fournit des services Internet à ses clients conformément à une entente type relative

Service” agreement. Additional terms and conditions are provided in Shaw’s “Acceptable Use Policy” and its “Privacy Policy”. The terms of these agreements are posted online on Shaw’s website and change from time to time. The investigators sought the subscriber information for the IP address used on August 31, 2007 in their request to Shaw.

[57] Mr. Spencer was not personally a party to these agreements, as he accessed the Internet through his sister’s subscription. It is common practice for multiple users to share a common Internet connection. A reasonable user would be aware that the use of the service would be governed by certain terms and conditions, and those terms and conditions were readily accessible through Shaw’s website. This case does not require us to decide whether Mr. Spencer was bound by the terms of the contract with Shaw. Quite apart from contractual liability, the terms on which he gained access to the Internet are a relevant circumstance in assessing the reasonableness of his expectation of privacy. There are three relevant sets of provisions which, taken as a whole, provide a confusing and unclear picture of what Shaw would do when faced with a police request for subscriber information. The Joint Terms of Service at first blush appear to permit broad disclosure because they provide, among other things, that “Shaw may disclose any information as is necessary to . . . satisfy any legal, regulatory or other governmental request”. This general provision, however, must be read in light of the more specific provision relating to disclosure of IP addresses and other identifying information in the Acceptable Use Policy, which in turn is subject to the Privacy Policy.

[58] The Acceptable Use Policy (last updated on June 18, 2007) provides that Shaw is authorized

aux « Conditions de service » (« *Joint Terms of Service* »). Sa [TRADUCTION] « Politique relative à l’utilisation acceptable » (« *Acceptable Use Policy* ») et sa « Politique sur la protection de la vie privée » (« *Privacy Policy* ») prévoient des modalités et conditions supplémentaires. Les dispositions de ces ententes sont affichées en ligne sur le site Web de Shaw et font périodiquement l’objet de modifications. Les enquêteurs ont demandé à Shaw des renseignements sur l’abonnée à qui appartenait l’adresse IP utilisée le 31 août 2007.

[57] Monsieur Spencer n’était pas lui-même partie à ces ententes, puisqu’il avait accès à Internet au moyen de l’abonnement de sa sœur. Il est d’ailleurs très courant que plusieurs utilisateurs partagent une connexion Internet. L’usager raisonnable sait que l’utilisation du service Internet est régie par certaines modalités, qui étaient d’ailleurs facilement accessibles sur le site Web de Shaw. Nous n’avons toutefois pas à décider en l’espèce si M. Spencer était lié par les modalités du contrat avec Shaw. Cependant, indépendamment de la responsabilité contractuelle, les conditions auxquelles il a pu accéder à Internet sont pertinentes pour évaluer le caractère raisonnable de son attente quant au respect de sa vie privée. Il existe trois séries de dispositions applicables qui, dans leur ensemble, prêtent à confusion quant à la manière de Shaw de répondre à une demande de renseignements relatifs à un abonné adressée par la police. À première vue, les Conditions de service semblent conférer à Shaw un vaste pouvoir discrétionnaire parce qu’elles prévoient, entre autres, qu’[TRADUCTION] « [elle] peut communiquer les renseignements nécessaires pour [. . .] satisfaire à toute demande fondée sur une loi ou un règlement ou toute autre demande du gouvernement ». Il convient toutefois d’interpréter cette disposition générale en fonction de la disposition plus spécifique concernant la communication d’adresses IP et d’autres renseignements personnels dans le contexte d’enquêtes criminelles qui figure dans la Politique relative à l’utilisation acceptable qui, elle-même, est assujettie à la Politique sur la protection de la vie privée.

[58] Suivant la Politique relative à l’utilisation acceptable (dont la mise à jour la plus récente date

to cooperate with law enforcement authorities in the investigation of criminal violations, including supplying information identifying a subscriber *in accordance with its Privacy Policy*. The provision reads as follows:

You hereby authorize Shaw to cooperate with (i) law enforcement authorities in the investigation of suspected criminal violations, and/or (ii) system administrators at other Internet service providers or other network or computing facilities in order to enforce this Agreement. Such cooperation may include Shaw providing the username, IP address, or other identifying information about a subscriber, in accordance with the guidelines set out in Shaw's Privacy Policy. [Emphasis added.]

[59] The Privacy Policy in the record (last updated on November 12, 2008) states that Shaw is committed to protecting personal information, which is defined as information about an identifiable individual. One of the ten principles set out in the Privacy Policy deals with limiting the disclosure of personal information (principle 5). The policy limits the circumstances under which personal information will be disclosed without the customer's knowledge or consent to "exceptional circumstances, as permitted by law". Shaw may disclose information to its partners in order to provide its services and, in such cases, the information is governed by "strict confidentiality standards and policies" to keep the information secure and to ensure it is treated in accordance with *PIPEDA*. The Privacy Policy also provides that "Shaw may disclose Customer's Personal Information to: . . . a third party or parties, where the Customer has given Shaw Consent to such disclosure or if disclosure is required by law, in accordance with *The Personal Information Protection and Electronic Documents Act*" (emphasis added).

du 18 juin 2007), Shaw est autorisée à collaborer avec les autorités d'application de la loi dans le cadre d'enquêtes sur des infractions criminelles, notamment en fournissant des renseignements personnels sur un abonné, *conformément à sa Politique sur la protection de la vie privée*. Cette disposition est ainsi libellée :

[TRADUCTION] Par la présente, vous autorisez Shaw à collaborer avec (i) les autorités d'application de la loi dans le cadre d'enquêtes sur des infractions criminelles présumées, et avec (ii) les administrateurs du système d'autres fournisseurs de services Internet ou d'autres réseaux ou installations informatiques afin de faire appliquer la présente entente. Cette collaboration peut comprendre la communication du nom d'utilisateur, de l'adresse IP ou d'autres renseignements personnels concernant un abonné, conformément aux lignes directrices énoncées dans sa Politique sur la protection de la vie privée. [Je souligne.]

[59] Suivant la Politique sur la protection de la vie privée qui figure au dossier (dont la mise à jour la plus récente date du 12 novembre 2008), Shaw s'engage à protéger les renseignements personnels, définis comme des renseignements concernant un individu identifiable. Un des dix principes énoncés dans la Politique sur la protection de la vie privée a pour effet de restreindre la communication de renseignements personnels (principe n° 5). Cette politique limite les circonstances dans lesquelles les renseignements personnels seront communiqués à l'insu du client ou sans son consentement à des [TRADUCTION] « circonstances exceptionnelles, conformément à la loi ». Shaw peut communiquer des renseignements à ses partenaires afin de fournir ses services, et, dans de tels cas, ces renseignements sont régis par des « normes et politiques strictes en matière de confidentialité » pour assurer leur sécurité et pour veiller à ce qu'ils soient traités conformément à la *LPRPDE*. La Politique sur la protection de la vie privée prévoit également que « Shaw peut communiquer des renseignements personnels concernant un client : [. . .] à une partie ou à plusieurs tierces parties lorsque le client visé a donné son consentement à cet égard ou lorsque la communication des renseignements est exigée par la loi, conformément à la *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques* » (je souligne).

[60] Whether or not disclosure of personal information by Shaw is “permitted” or “required by law” in turn depends on an analysis of the applicable statutory framework. The contractual provisions, read as a whole, are confusing and equivocal in terms of their impact on a user’s reasonable expectation of privacy in relation to police initiated requests for subscriber information. The statutory framework provided by *PIPEDA* is not much more illuminating.

[61] Shaw’s collection, use, and disclosure of the personal information of its subscribers is subject to *PIPEDA*, which protects personal information held by organizations engaged in commercial activities from being disclosed without the knowledge or consent of the person to whom the information relates: Sch. 1, clause 4.3. Section 7 contains several exceptions to this general rule and permits organizations to disclose personal information without consent. The exception relied on in this case is s. 7(3)(c.1)(ii). It permits disclosure to a government institution that has requested the disclosure for the purpose of law enforcement and has stated its “lawful authority” for the request. The provisions of *PIPEDA* are not of much help in determining whether there is a reasonable expectation of privacy in this case. They lead us in a circle.

[62] Section 7(3)(c.1)(ii) allows for disclosure without consent to a government institution where that institution has identified its *lawful authority* to obtain the information. But the issue is whether there was such lawful authority which in turn depends in part on whether there was a reasonable expectation of privacy with respect to the subscriber information. *PIPEDA* thus cannot be used as a factor to weigh against the existence of a reasonable expectation of privacy since the

[60] Ainsi, la réponse à la question de savoir si la communication des renseignements personnels par Shaw est « autorisée » ou « exigée par la loi » repose sur l’analyse du cadre législatif applicable. Les dispositions du contrat, lues conjointement, sont équivoques et prêtent à confusion quant à leurs conséquences sur l’attente raisonnable de l’utilisateur en matière de vie privée relativement aux demandes de la police visant à obtenir des renseignements relatifs à l’abonné. Le cadre législatif prévu par la *LPRPDE* ne permet pas d’en apprendre davantage.

[61] La collecte, l’utilisation et la communication par Shaw de renseignements personnels concernant ses abonnés sont assujetties à la *LPRPDE*, laquelle protège les renseignements personnels que possèdent les organisations qui exercent des activités commerciales contre leur communication à l’insu de l’intéressé et sans son consentement : ann. 1, art. 4.3. L’article 7 prévoit plusieurs exceptions à cette règle générale, permettant ainsi aux organisations de communiquer des renseignements personnels sans le consentement de l’intéressé. L’exception invoquée en l’espèce figure au sous-al. 7(3)c.1(ii), qui autorise la communication de renseignements à une institution gouvernementale qui a demandé à obtenir les renseignements visés aux fins du contrôle d’application du droit en mentionnant la « source de l’autorité légitime » étayant la demande. En l’espèce, les dispositions de la *LPRPDE* ne sont pas très utiles pour déterminer s’il existe une attente raisonnable en matière de vie privée puisqu’après les avoir examinées, on se retrouve au point de départ.

[62] Le sous-alinéa 7(3)c.1(ii) autorise la communication de renseignements, sans le consentement de l’intéressé, faite à une institution gouvernementale lorsque cette dernière mentionne la *source de l’autorité légitime* étayant son droit à obtenir les renseignements demandés. Il s’agit toutefois de savoir s’il existe une telle source d’autorité légitime, question dont la réponse dépend, en partie, de l’existence d’une attente raisonnable en matière de vie privée à l’égard des renseignements concernant

proper interpretation of the relevant provision itself depends on whether such a reasonable expectation of privacy exists. Given that the purpose of *PIPEDA* is to establish rules governing, among other things, disclosure “of personal information in a manner that recognizes the right of privacy of individuals with respect to their personal information” (s. 3), it would be reasonable for an Internet user to expect that a simple request by police would not trigger an obligation to disclose personal information or defeat *PIPEDA*’s general prohibition on the disclosure of personal information without consent.

[63] I am aware that I have reached a different result from that reached in similar circumstances by the Ontario Court of Appeal in *Ward*, where the court held that the provisions of *PIPEDA* were a factor which weighed against finding a reasonable expectation of privacy in subscriber information. This conclusion was based on two main considerations. The first was that an ISP has a legitimate interest in assisting in law enforcement relating to crimes committed using its services: para. 99. The second was the grave nature of child pornography offences, which made it reasonable to expect that an ISP would cooperate with a police investigation: paras. 102-3. While these considerations are certainly relevant from a policy perspective, they cannot override the clear statutory language of s. 7(3)(c.1)(ii) of *PIPEDA*, which permits disclosure only if a request is made by a government institution with “lawful authority” to request the disclosure. It is reasonable to expect that an organization bound by *PIPEDA* will respect its statutory obligations with respect to personal information. The Court of Appeal in *Ward* held that s. 7(3)(c.1)(ii) must be read in light of s. 5(3), which states that “[a]n organization may collect, use or disclose personal information only for purposes

l’abonné. La *LPRPDE* ne peut donc être considérée comme un des facteurs défavorables à l’existence d’une attente raisonnable en matière de vie privée puisque l’interprétation juste de la disposition applicable dépend elle-même de l’existence d’une telle attente raisonnable en matière de vie privée. Puisque la *LPRPDE* a pour objet de fixer des règles régissant, entre autres, la communication de « renseignements personnels d’une manière qui tient compte du droit des individus à la vie privée à l’égard des renseignements personnels qui les concernent » (art. 3), il serait raisonnable que l’internaute s’attende à ce qu’une simple demande faite par la police n’entraîne pas l’obligation de communiquer les renseignements personnels en question ou qu’elle n’écarte pas l’interdiction générale prévue par la *LPRPDE* quant à la communication de renseignements personnels sans le consentement de l’intéressé.

[63] Certes, je suis arrivé à une conclusion différente que celle formulée, dans des circonstances semblables, dans l’arrêt *Ward*, où la Cour d’appel de l’Ontario a statué que les dispositions de la *LPRPDE* constituaient un facteur qui pesait contre la reconnaissance de l’existence d’une attente raisonnable en matière de vie privée à l’égard des renseignements concernant l’abonné. Cette conclusion reposait sur deux considérations principales. Premièrement, le fait que le FSI a un intérêt légitime à collaborer avec les autorités d’application de la loi relativement à des crimes commis lors de l’utilisation de ses services : par. 99. Deuxièmement, la gravité des infractions de pornographie juvénile, compte tenu de laquelle il était raisonnable de s’attendre à ce que le FSI collabore avec la police dans le cadre d’une enquête : par. 102-103. Bien qu’elles soient certainement pertinentes sur le plan des principes, ces considérations ne sauraient avoir priorité sur le libellé clair du sous-al. 7(3)c.1(ii) de la *LPRPDE*, qui n’autorise la communication de renseignements que lorsqu’une institution gouvernementale mentionne la « source de l’autorité légitime » étayant sa demande. En effet, il est raisonnable de s’attendre à ce qu’une organisation assujettie à la *LPRPDE* respecte les

that a reasonable person would consider are appropriate in the circumstances”. This rule of “reasonable disclosure” was used as a basis to invoke considerations such as allowing ISPs to cooperate with the police and preventing serious crimes in the interpretation of *PIPEDA*. Section 5(3) is a guiding principle that underpins the interpretation of the various provisions of *PIPEDA*. It does not allow for a departure from the clear requirement that a requesting government institution possess “lawful authority” and so does not resolve the essential circularity of using s. 7(3)(c.1)(ii) as a factor in determining whether a reasonable expectation of privacy exists.

[64] I also note with respect to an ISP’s legitimate interest in preventing crimes committed through its services that entirely different considerations may apply where an ISP itself detects illegal activity and of its own motion wishes to report this activity to the police. Such a situation falls under a separate, broader exemption in *PIPEDA*, namely s. 7(3)(d). The investigation in this case was begun as a police investigation and the disclosure of the subscriber information arose out of the request letter sent by the police to Shaw.

[65] The overall impression created by these terms is that disclosure at the request of the police would be made only where required or permitted by law. Such disclosure is only permitted by *PIPEDA* in accordance with the exception in s. 7, which in this case would require the requesting police to have “lawful authority” to request the disclosure. For reasons that I will set out in the next section, this request had no lawful authority in the sense that while the police could ask, they had no authority to compel compliance with that request. I conclude

obligations que celle-ci lui impose à l’égard des renseignements personnels. La Cour d’appel a statué dans l’arrêt *Ward* qu’il convient d’interpréter le sous-al. 7(3)c.1(ii) en tenant compte du par. 5(3), suivant lequel « [l’]organisation ne peut recueillir, utiliser ou communiquer des renseignements personnels qu’à des fins qu’une personne raisonnable estimerait acceptables dans les circonstances ». Cette règle de la « communication raisonnable » a permis de prendre en considération, pour interpréter la *LPRPDE*, des facteurs comme l’autorisation des FSI à collaborer avec la police et la lutte contre les crimes graves. Le paragraphe 5(3) énonce un principe directeur sur lequel repose l’interprétation des diverses dispositions de la *LPRPDE*. Il ne permet pas d’écarter l’exigence claire concernant la « source de l’autorité légitime » qui étaye la demande d’une institution gouvernementale et ne règle donc pas l’impasse que crée le sous-al. 7(3)c.1(ii) pour juger de l’existence ou non d’une attente raisonnable en matière de vie privée.

[64] Je fais en outre remarquer, au sujet de l’intérêt légitime du FSI dans la lutte contre les crimes commis en utilisant ses services, que des considérations tout à fait différentes peuvent s’appliquer si le FSI détecte lui-même une activité illégale et, de sa propre initiative, souhaite la signaler à la police. Une telle situation tombe sous le coup d’une exemption distincte, plus large, prévue par la *LPRPDE*, à savoir celle énoncée à l’al. 7(3)d). En l’espèce, l’enquête a été commencée par la police et la communication des renseignements relatifs à l’abonnée a été faite par suite de la lettre de demande envoyée à Shaw par la police.

[65] De ces modalités se dégage l’impression générale que la communication faite à la demande de la police n’aurait lieu que lorsqu’elle est exigée ou autorisée par la loi. Or, la *LPRPDE* n’autorise une telle communication que suivant l’exception prévue à l’art. 7. Il faudrait donc que la police qui formule la demande de communication détienne « l’autorité légitime » à cet égard. Pour les motifs que j’énoncerai dans la prochaine partie, la demande en cause n’était pas étayée par la source de l’autorité légitime de la police, en ce sens que

that, if anything, the contractual provisions in this case support the existence of a reasonable expectation of privacy, since the Privacy Policy narrowly circumscribes Shaw's right to disclose the personal information of subscribers.

[66] In my view, in the totality of the circumstances of this case, there is a reasonable expectation of privacy in the subscriber information. The disclosure of this information will often amount to the identification of a user with intimate or sensitive activities being carried out online, usually on the understanding that these activities would be anonymous. A request by a police officer that an ISP voluntarily disclose such information amounts to a search.

[67] The intervener the Attorney General of Alberta raised a concern that if the police were not permitted to request disclosure of subscriber information, then other routine inquiries that might reveal sensitive information about a suspect would also be prohibited, and this would unduly impede the investigation of crimes. For example, when the police interview the victim of a crime, core biographical details of a suspect's lifestyle might be revealed. I do not agree that this result follows from the principles set out in these reasons. Where a police officer requests disclosure of information relating to a suspect from a third party, whether there is a search depends on whether, in light of the totality of the circumstances, the suspect has a reasonable expectation of privacy in that information: *Plant*, at p. 293; *Gomboc*, at paras. 27-30, *per* Deschamps J. In *Duarte*, the Court distinguished between a person repeating a conversation with a suspect to the police and the police procuring an audio recording of the same conversation. The Court held that the danger is "not the risk that someone will repeat our words but the

cette dernière pouvait formuler une demande, mais ne détenait pas l'autorité pour obliger le fournisseur à s'y conformer. Je conclus que les dispositions du contrat en l'espèce justifient l'existence d'une attente raisonnable en matière de vie privée, si un quelconque effet doit être donné à ces termes en cette matière, puisque la Politique sur la protection de la vie privée a pour effet de limiter strictement le droit de Shaw de communiquer des renseignements personnels concernant ses abonnés.

[66] À mon avis, compte tenu de l'ensemble des circonstances de la présente affaire, il existe une attente raisonnable en matière de vie privée à l'égard des renseignements relatifs à l'abonnée. La communication de ces renseignements permettra souvent d'identifier l'utilisateur qui mène des activités intimes ou confidentielles en ligne en tenant normalement pour acquis que ces activités demeurent anonymes. La demande faite par un policier visant la communication volontaire par le FSI de renseignements de cette nature constitue donc une fouille.

[67] Le procureur général de l'Alberta, intervenant en l'espèce, a dit craindre que, si la police n'était pas autorisée à demander la communication de renseignements relatifs à un abonné donné, d'autres demandes courantes pouvant révéler des renseignements confidentiels sur un suspect risquent d'être également interdites, ce qui aurait pour effet d'entraver indûment l'enquête sur des crimes. Par exemple, lorsque les policiers interrogent la victime d'un crime, des renseignements biographiques d'ordre personnel concernant le mode de vie du suspect pourraient être révélés. Je ne suis pas d'accord pour dire que cette conclusion découle des principes énoncés dans les présents motifs. Pour déterminer si la demande faite par un policier à un tiers de communiquer des renseignements concernant un suspect constitue une fouille ou une perquisition, il faut se demander si, compte tenu de l'ensemble des circonstances, le suspect a une attente raisonnable en matière de vie privée à l'égard de ces renseignements : *Plant*, p. 293; *Gomboc*, par. 27-30, la juge Deschamps. Dans l'arrêt *Duarte*, la Cour a établi une distinction entre une personne

much more insidious danger inherent in allowing the state, in its unfettered discretion, to record and transmit our words”: at pp. 43-44. Similarly in this case, the police request that the ISP disclose the subscriber information was in effect a request to link Mr. Spencer with precise online activity that had been the subject of monitoring by the police and thus engaged a more significant privacy interest than a simple question posed by the police in the course of an investigation.

B. *Was the Search Lawful?*

[68] A warrantless search, such as the one that occurred in this case, is presumptively unreasonable: *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265. The Crown bears the burden of rebutting this presumption. A search will be reasonable if (a) it was authorized by law, (b) the law itself was reasonable, and (c) the search was carried out in a reasonable manner: p. 278. Mr. Spencer has not challenged the constitutionality of the laws that purportedly authorized the search. He did raise concerns about the reasonableness of the manner, but in my view, these are groundless. Accordingly, we need only consider whether the search was authorized by law.

[69] The Crown supports the conclusions of Caldwell and Cameron J.J.A. in the Court of Appeal that any search was lawful, relying on the combined effect of s. 487.014 of the *Criminal Code* and s. 7(3)(c.1)(ii) of *PIPEDA*. I respectfully do not agree.

[70] Section 487.014(1) of the *Criminal Code* provides that a peace officer does not need a production order “to ask a person to voluntarily provide to the officer documents, data or information that the person is not prohibited by law from

qui rapporte à la police une conversation avec un suspect et l’enregistrement par la police de la même conversation. Selon la Cour, il s’agit « non plus [du] risque que quelqu’un répète nos propos, mais [du] danger bien plus insidieux qu’il y a à permettre que l’État, à son entière discrétion, enregistre et transmette nos propos » : p. 43-44. De même, dans l’affaire qui nous occupe, la demande par la police que le FSI communique les renseignements relatifs à l’abonnée constituait en fait une demande d’établir un lien entre M. Spencer et des activités précises menées en ligne qui avaient été surveillées par police, et mettait donc en jeu un droit en matière de vie privée beaucoup plus important qu’une simple question formulée lors d’une enquête policière.

B. *La fouille était-elle légitime?*

[68] Une fouille sans mandat, comme celle qui a été effectuée en l’espèce, est présumée abusive : *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265. Il incombe au ministère public de réfuter cette présomption. Une fouille ne sera pas abusive si a) elle est autorisée par la loi, b) la loi elle-même n’a rien d’abusif, et c) la fouille n’a pas été effectuée d’une manière abusive : p. 278. M. Spencer ne conteste pas la constitutionnalité des lois qui auraient autorisé la fouille. Il a toutefois soulevé des objections quant à la manière, qu’il estime abusive, dont a été effectuée la fouille. À mon avis, ces objections sont mal fondées. Il ne reste donc qu’à examiner si la fouille était autorisée par la loi.

[69] Le ministère public appuie les conclusions tirées par les juges Caldwell et Cameron de la Cour d’appel selon lesquelles la fouille était légitime, compte tenu de l’effet combiné de l’art. 487.014 du *Code criminel* et du sous-al. 7(3)c.1(ii) de la *LPRPDE*. En toute déférence, je ne souscris pas à cette opinion.

[70] Suivant le par. 487.014(1) du *Code criminel*, une ordonnance de communication n’est pas nécessaire pour qu’un agent de la paix « demande à une personne de lui fournir volontairement des documents, données ou renseignements qu’aucune

disclosing”. *PIPEDA* prohibits disclosure of the information unless the requirements of the law enforcement provision are met, including that the government institution discloses a lawful authority *to obtain*, not simply to ask for the information: s. 7(3)(c.1)(ii). On the Crown’s reading of these provisions, *PIPEDA*’s protections become virtually meaningless in the face of a police request for personal information: the “lawful authority” is a simple request without power to compel and, because there was a simple request, the institution is no longer prohibited by law from disclosing the information.

[71] “Lawful authority” in s. 7(3)(c.1)(ii) of *PIPEDA* must be contrasted with s. 7(3)(c), which provides that personal information may be disclosed without consent where “required to comply with a subpoena or warrant issued or an order made by a court, person or body with jurisdiction to compel the production of information, or to comply with rules of court relating to the production of records”. The reference to “lawful authority” in s. 7(3)(c.1)(ii) must mean something other than a “subpoena or [search] warrant”. “Lawful authority” may include several things. It may refer to the common law authority of the police to ask questions relating to matters that are not subject to a reasonable expectation of privacy. It may refer to the authority of police to conduct warrantless searches under exigent circumstances or where authorized by a reasonable law: *Collins*. As the intervenor the Privacy Commissioner of Canada submitted, interpreting “lawful authority” as requiring more than a bare request by law enforcement gives this term a meaningful role to play in the context of s. 7(3) and should be preferred over alternative meanings that do not do so. In short, I agree with the Ontario Court of Appeal in *Ward* on this point that neither s. 487.014(1) of the *Criminal Code*, nor *PIPEDA*

règle de droit n’interdit à celle-ci de communiquer ». La *LPRPDE* interdit la communication de renseignements à moins que les autorités d’application de la loi ne respectent les exigences les concernant, notamment l’exigence selon laquelle une institution gouvernementale doit mentionner la source de l’autorité légitime étayant son droit *d’obtenir* les renseignements, et non seulement de les demander : sous-al. 7(3)(c.1)(ii). Selon l’interprétation que donne le ministère public de ces dispositions, une demande de renseignements personnels faite par la police rendrait pratiquement sans effet les protections prévues par la *LPRPDE* : l’exigence relative à la « source de l’autorité légitime » ne constitue qu’une simple demande sans aucun pouvoir de contrainte, mais, par suite d’une simple demande, la communication de renseignements par l’institution en question n’est plus prohibée par la loi.

[71] Il faut distinguer la « source de l’autorité légitime » à laquelle réfère le sous-al. 7(3)(c.1)(ii) de la *LPRPDE* et l’al. 7(3)(c), selon lequel la communication des renseignements personnels peut être faite sans le consentement de l’intéressé lorsqu’« elle est exigée par assignation, mandat ou ordonnance d’un tribunal, d’une personne ou d’un organisme ayant le pouvoir de contraindre à la production de renseignements ou exigée par des règles de procédure se rapportant à la production de documents ». Le renvoi à la « source de l’autorité légitime » au sous-al. 7(3)(c.1)(ii) doit viser autre chose qu’une « assignation » ou un « mandat » de perquisition. La « source de l’autorité légitime » peut avoir plusieurs sens. Cette notion peut désigner le pouvoir conféré par la common law aux policiers de poser des questions portant sur des éléments qui ne font pas l’objet d’une attente raisonnable en matière de vie privée. Elle peut renvoyer au pouvoir de la police d’effectuer une fouille ou une perquisition sans mandat dans des circonstances contraignantes ou dans des cas où une loi qui n’a rien d’abusif le permet : *Collins*. Comme le fait valoir la commissaire à la protection de la vie privée du Canada, intervenante en l’espèce, si on tient pour acquis que la « source de l’autorité légitime »

creates any police search and seizure powers: para. 46.

[72] I recognize that this conclusion differs from that of the Saskatchewan Court of Appeal in *Trapp*, at para. 66, and the British Columbia Supreme Court in *R. v. McNeice*, 2010 BCSC 1544 (CanLII), at para. 43. The Court of Appeal in *Trapp* read s. 487.014(1) together with s. 29(2)(g) of *The Freedom of Information and Protection of Privacy Act*, S.S. 1990-91, c. F-22.01, an analogous provision to s. 7(3)(c.1)(ii) of *PIPEDA*, although one from which the “lawful authority” requirement is absent. The court held that s. 487.014(1) gave the police a power to make any inquiries that were not otherwise prohibited by law. The court in *McNeice* took the same approach, although that case concerned s. 7(3)(c.1)(ii) of *PIPEDA*, the same provision at issue in this case.

[73] With respect, I cannot accept that this conclusion applies to s. 7(3)(c.1)(ii) of *PIPEDA*. Section 487.014(1) is a declaratory provision that confirms the existing common law powers of police officers to make enquiries, as indicated by the fact that the section begins with the phrase “[f]or greater certainty”: see *Ward*, at para. 49. *PIPEDA* is a statute whose purpose, as set out in s. 3, is to increase the protection of personal information. Since in the circumstances of this case the police do not have the power to conduct a search for subscriber information in the absence of exigent circumstances or a reasonable law, I do not see how they could gain a new search power through the combination of a declaratory provision and

nécessite davantage qu’une simple demande faite par les autorités d’application de la loi, cette notion arrive à jouer un rôle significatif dans le contexte du par. 7(3), au détriment d’autres interprétations qui n’ont pas cet effet. Bref, je suis d’accord avec la Cour d’appel de l’Ontario dans l’arrêt *Ward* sur ce point, pour dire que ni le par. 487.014(1) du *Code criminel* ni la *LPRPDE* n’ont pour effet de conférer à la police des pouvoirs en matière de fouilles, de perquisitions ou de saisies : par. 46.

[72] Je reconnais que cette conclusion diffère de celle tirée par la Cour d’appel de la Saskatchewan dans *Trapp*, par. 66, et par la Cour suprême de la Colombie-Britannique dans *R. c. McNeice*, 2010 BCSC 1544 (CanLII), par. 43. Dans l’arrêt *Trapp*, la Cour d’appel a interprété le par. 487.014(1) de concert avec l’al. 29(2)(g) de la *Freedom of Information and Protection of Privacy Act*, S.S. 1990-91, ch. F-22.01, disposition analogue à celle énoncée au sous-al. 7(3)c.1(ii) de la *LPRPDE*, même si l’exigence relative à la « source de l’autorité légitime » y est absente. La cour a affirmé que le par. 487.014(1) conférait aux policiers le pouvoir de faire toute demande qui n’était pas prohibée par la loi. La Cour suprême de la Colombie-Britannique a adopté la même approche dans l’affaire *McNeice*, même si celle-ci portait sur le sous-al. 7(3)c.1(ii) de la *LPRPDE*, disposition qui est en cause dans le présent pourvoi.

[73] En toute déférence, je ne peux accepter que cette conclusion s’applique au sous-al. 7(3)c.1(ii) de la *LPRPDE*. Le paragraphe 487.014(1) est une disposition déclaratoire qui confirme les pouvoirs de common law permettant aux policiers de formuler des questions, comme l’indique les premiers mots de son libellé en français « [i]l demeure entendu qu[e] » ou de son libellé en anglais « [f]or greater certainty » : voir *Ward*, par. 49. La *LPRPDE* est une loi qui a pour objet, comme il est indiqué à l’art. 3, d’accroître la protection des renseignements personnels. Puisque, en l’espèce, les policiers n’avaient pas le pouvoir d’effectuer une fouille ou une perquisition pour obtenir des renseignements relatifs à l’abonnée en l’absence de circonstances

a provision enacted to promote the protection of personal information.

[74] The subscriber information obtained by police was used in support of the Information to Obtain which led to the issuance of a warrant to search Ms. Spencer's residence. Without that information, the warrant could not have been obtained. It follows that if that information is excluded from consideration as it must be because it was unconstitutionally obtained, there were not adequate grounds to sustain the issuance of the warrant, and the search of the residence was therefore unlawful. I conclude, therefore, that the conduct of the search of Ms. Spencer's residence violated the *Charter: Plant*, at p. 296; *Hunter v. Southam*, at p. 161. Nothing in these reasons addresses or diminishes any existing powers of the police to obtain subscriber information in exigent circumstances such as, for example, where the information is required to prevent imminent bodily harm. There were no such circumstances here.

C. *Should the Evidence Have Been Excluded*

[75] Neither the trial judge nor the Court of Appeal found a breach of s. 8 in this case and, therefore, did not have to consider the question of whether the evidence obtained in a manner that violated Mr. Spencer's *Charter* rights should be excluded under s. 24(2) of the *Charter*. The question is whether the admission of the evidence would bring the administration of justice into disrepute. I accept, as both Mr. Spencer and the Crown agree, that we can determine this issue on the record before us. However, I disagree with Mr. Spencer's submission that the evidence should be excluded. In my view, it should not.

contraignantes ou d'une loi qui n'a rien d'abusif, je ne vois pas comment ils pourraient obtenir un nouveau pouvoir en matière de fouille ou de perquisition par l'effet combiné d'une disposition déclaratoire et d'une disposition adoptée afin de favoriser la protection des renseignements personnels.

[74] La police a utilisé les renseignements relatifs à l'abonnée pour étayer la dénonciation qui a conduit à la délivrance d'un mandat l'autorisant à perquisitionner dans la résidence de M^{me} Spencer. En l'absence de ces renseignements, la police n'aurait pas pu obtenir le mandat. Par conséquent, si ces renseignements sont écartés (ce qui doit être le cas, parce qu'ils ont été obtenus d'une façon inconstitutionnelle), il n'y avait aucun motif valable justifiant la délivrance d'un mandat et la fouille ou la perquisition à la résidence était abusive. Je conclus donc que l'exécution de la fouille ou de la perquisition à la résidence de M^{me} Spencer violait la *Charte : Plant*, p. 296; *Hunter c. Southam*, p. 161. Rien dans les présents motifs ne porte sur les pouvoirs dont disposent les policiers pour obtenir des renseignements relatifs à un abonné dans des circonstances contraignantes, par exemple, lorsqu'il est nécessaire d'obtenir de tels renseignements pour prévenir un préjudice physique imminent, ce qui n'était pas le cas en l'espèce. Rien non plus, dans les présents motifs, ne restreint ces pouvoirs.

C. *La preuve aurait-elle dû être écartée?*

[75] Ni le juge du procès ni la Cour d'appel n'ont conclu qu'il y avait violation de l'art. 8 en l'espèce. Ils n'avaient donc pas à se demander si les éléments de preuve obtenus d'une façon qui portait atteinte aux droits de M. Spencer garantis par la *Charte* devraient être écartés en application du par. 24(2) de la même *Charte*. Il s'agit de savoir si l'admission de la preuve serait susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. J'admets, comme M. Spencer et le ministère public intimé en conviennent, que nous pouvons trancher cette question sur la foi du dossier dont nous sommes saisis. Toutefois, je ne souscris pas à l'argument de M. Spencer selon lequel la preuve devrait être écartée. En effet, j'estime qu'il n'y a pas lieu qu'elle le soit.

[76] The test for applying s. 24(2) is set out in *R. v. Grant*, 2009 SCC 32, [2009] 2 S.C.R. 353. The court must “assess and balance the effect of admitting the evidence on society’s confidence in the justice system having regard to: (1) the seriousness of the *Charter*-infringing state conduct . . ., (2) the impact of the breach on the *Charter*-protected interests of the accused . . ., and (3) society’s interest in the adjudication of the case on its merits”: para. 71.

[77] Turning first to the seriousness of the state conduct, my view is that it cannot be characterized as constituting either “[w]ilful or flagrant disregard of the *Charter*”: *Grant*, at para. 75. Det. Sgt. Parisien testified that he believed the request to Shaw was authorized by law and that Shaw could consent to provide the information to him. He also testified, however, that he was aware that there were decisions both ways on the issue of whether this was a legally acceptable practice. While I would not want to be understood to be encouraging the police to act without warrants in “gray areas”, in light of the fact that the trial judge and three judges of the Court of Appeal concluded that Det. Sgt. Parisien had acted lawfully, his belief was clearly reasonable. In short, the police were acting by what they reasonably thought were lawful means to pursue an important law enforcement purpose. There is no challenge to any other aspect of the information to obtain the search warrant. The nature of the police conduct in this case would not tend to bring the administration of justice into disrepute.

[78] The second *Grant* factor is the impact of the *Charter*-infringing conduct on Mr. Spencer’s *Charter*-protected interests. That impact here was serious. As discussed above, anonymity is an important safeguard for privacy interests online. The violation of that anonymity exposed personal choices made by Mr. Spencer to be his own and subjected them to police scrutiny as such. This weighs in favour of excluding the evidence.

[76] Le critère relatif à l’application du par. 24(2) est énoncé dans l’arrêt *R. c. Grant*, 2009 CSC 32, [2009] 2 R.C.S. 353. Le tribunal doit « évaluer et mettre en balance l’effet que l’utilisation des éléments de preuve aurait sur la confiance de la société envers le système de justice en tenant compte de : (1) la gravité de la conduite attentatoire de l’État [. . .], (2) l’incidence de la violation sur les droits de l’accusé garantis par la *Charte* [. . .] et (3) l’intérêt de la société à ce que l’affaire soit jugée au fond » : par. 71.

[77] En ce qui concerne la gravité de la conduite de l’État, j’estime qu’il n’y a pas lieu de qualifier cette dernière de « non-respect délibéré ou manifeste de la *Charte* » : *Grant*, par. 75. Le sergent-détective Parisien a déclaré qu’il croyait que la demande adressée à Shaw était autorisée par la loi et que Shaw consentirait à lui fournir l’information. Il a toutefois ajouté qu’il connaissait l’existence de décisions contradictoires quant à la question de savoir si cette pratique était légale. Bien que je ne voudrais pas qu’on comprenne des présents motifs que j’encourage les policiers à agir sans mandat dans les « zones grises », vu que le juge du procès et les trois juges de la Cour d’appel ont conclu que le sergent-détective Parisien avait agi légalement, sa conviction était manifestement raisonnable. Bref, les policiers se sont servi de ce qu’ils croyaient raisonnablement être des moyens légitimes pour poursuivre un objectif important visant l’application de la loi. Les autres aspects relatifs à la dénonciation justifiant l’obtention du mandat de perquisition ne sont pas contestés. Par sa nature, la conduite des policiers en l’espèce ne serait pas susceptible de déconsidérer l’administration de la justice.

[78] Le deuxième facteur énoncé dans l’arrêt *Grant* porte sur l’incidence de la conduite attentatoire sur les droits de M. Spencer garantis par la *Charte*. L’incidence était très grave en l’espèce. Rappelons que l’anonymat constitue une protection importante des droits en matière de vie privée à l’égard des activités en ligne. La violation de l’anonymat a exposé les choix personnels de M. Spencer et les a soumis à l’examen de la police. Ce facteur favorise l’exclusion de la preuve.

[79] That brings me to the final factor, society’s interest in an adjudication on the merits. As explained in *Grant*,

while the public has a heightened interest in seeing a determination on the merits where the offence charged is serious, it also has a vital interest in having a justice system that is above reproach, particularly where the penal stakes for the accused are high. [para. 84]

[80] The offences here are serious and carry minimum prison sentences. Society has both a strong interest in the adjudication of the case and also in ensuring that the justice system remains above reproach in its treatment of those charged with these serious offences. If the evidence is excluded, the Crown will effectively have no case. The impugned evidence (the electronic files containing child pornography) is reliable and was admitted by the defence at trial to constitute child pornography. Society undoubtedly has an interest in seeing a full and fair trial based on reliable evidence, and all the more so for a crime which implicates the safety of children.

[81] Balancing the three factors, my view is that exclusion of the evidence rather than its admission would bring the administration of justice into disrepute, and I would uphold its admission.

D. *The Fault Element of the “Making Available” Offence*

[82] The Court of Appeal ordered a new trial on the “making available” count on the basis that the trial judge had erred in his analysis of the fault requirement for the offence. It found that the trial judge had erred by finding that the making available offence required that Mr. Spencer knew that some positive act on his part facilitated access by others to the pornography. This error, in the Court of Appeal’s view, led the judge to fail to consider whether Mr. Spencer had been wilfully blind to the fact that the pornography was being made available to others

[79] Je passe maintenant au dernier facteur, à savoir l’intérêt de la société à ce que l’affaire soit jugée au fond. Comme il est expliqué dans l’arrêt *Grant*,

si la gravité d’une infraction accroît l’intérêt du public à ce qu’il y ait un jugement au fond, l’intérêt du public en l’irréprochabilité du système de justice n’est pas moins vital, particulièrement lorsque l’accusé encourt de lourdes conséquences pénales. [par. 84]

[80] Les infractions reprochées en l’espèce sont graves et sont punissables de peines minimales d’emprisonnement. La société a un intérêt manifeste à la fois à ce que l’affaire soit jugée et à ce que le fonctionnement du système de justice demeure irréprochable au regard des individus accusés de ces infractions graves. Si la preuve est écartée, le ministère public n’aura effectivement aucun recours à faire valoir. Les éléments de preuve contestés (les fichiers électroniques contenant de la pornographie juvénile) sont fiables et la défense a admis lors du procès qu’ils constituaient de la pornographie juvénile. La société a sans doute un intérêt à ce que l’affaire soit jugée dans le cadre d’un procès juste et équitable, fondé sur une preuve fiable, et encore plus dans le cas d’un crime qui vise la sécurité des enfants.

[81] Après avoir mis en balance les trois facteurs, j’estime que c’est l’exclusion de la preuve, et non son admission, qui serait susceptible de déconsidérer l’administration de la justice et je suis d’avis de confirmer l’admission de cette preuve.

D. *L’élément de faute de l’infraction de « rendre accessible »*

[82] La Cour d’appel a ordonné la tenue d’un nouveau procès sur le chef d’accusation de « rendre accessible », au motif que le juge du procès avait commis une erreur dans son analyse relative à l’exigence de faute de l’infraction. Selon la Cour, le juge du procès a commis une erreur en concluant que l’infraction de rendre accessible exigeait que M. Spencer ait connaissance que certaines de ses actions délibérées avaient facilité l’accès d’autres personnes à la pornographie. De l’avis de la Cour, le juge a ainsi omis de se demander si M. Spencer

through the shared folder. I respectfully agree with the Court of Appeal on both points and would affirm the order for a new trial.

[83] There is no dispute that the accused in a prosecution under s. 163.1(3) of the *Criminal Code* must be proved to have had knowledge that the pornographic material was being made available. This does not require, however, as the trial judge suggested, that the accused must knowingly, by some positive act, facilitate the availability of the material. I accept Caldwell J.A.'s conclusion that the offence is complete once the accused knowingly makes pornography available to others. As he put it,

[i]n the context of a file sharing program, the *mens rea* element of making available child pornography under s. 163.1(3) requires proof of the intent to make computer files containing child pornography available to others using that program or actual knowledge that the file sharing program makes files available to others. [para. 87]

While the trial judge's reasons may perhaps be open to more than one interpretation on this point, reading his reasons as a whole, I also agree with Caldwell J.A. that the trial judge erred in deciding that a positive act was required to satisfy the *mens rea* component of the making available offence: para. 81.

[84] I further agree with Caldwell J.A. that wilful blindness was a live issue on the evidence and that it was because of the trial judge's error in relation to positive facilitation that he did not turn his mind to the evidence that could support an inference of wilful blindness. Wilful blindness is a substitute for knowledge. As explained by Charron J. in *R. v. Briscoe*, 2010 SCC 13, [2010] 1 S.C.R. 411, at para. 21,

avait fait preuve d'aveuglement volontaire quant à l'accessibilité de la pornographie à d'autres personnes au moyen du répertoire partagé. Je souscris à l'opinion de la Cour d'appel sur ces deux points et je suis d'avis de confirmer l'ordonnance prescrivant la tenue d'un nouveau procès.

[83] Il n'est pas contesté que, dans le cadre d'une poursuite sous le régime du par. 163.1(3) du *Code criminel*, il faut prouver que l'accusé avait connaissance du fait que le matériel pornographique était rendu accessible à d'autres personnes. Il n'est toutefois pas nécessaire, comme l'a suggéré le juge du procès, que l'accusé doive sciemment, par une certaine action concrète, faciliter l'accès au matériel. J'accepte la conclusion du juge Caldwell selon laquelle les éléments de l'infraction sont tous réunis lorsque l'accusé rend sciemment accessible la pornographie à d'autres personnes. Selon le juge :

[TRADUCTION] S'agissant d'un programme de partage de fichiers, l'élément de *mens rea* relatif à l'infraction de rendre accessible de la pornographie juvénile prévue au par. 163.1(3) exige une preuve de l'intention de rendre les fichiers informatiques contenant de la pornographie juvénile accessibles à d'autres personnes en utilisant ce logiciel ou une connaissance réelle que le programme de partage de fichiers rend les fichiers accessibles à d'autres personnes. [par. 87]

Bien que les motifs formulés par le juge du procès se prêtent probablement à plusieurs interprétations sur ce point, compte tenu de leur ensemble, je partage également l'avis du juge Caldwell selon lequel le juge du procès a commis une erreur en décidant que la *mens rea* de l'infraction de rendre accessible exigeait l'accomplissement d'un geste délibéré : para. 81.

[84] À l'instar du juge Caldwell, j'estime aussi que l'aveuglement volontaire était une question en litige compte tenu de la preuve et qu'en raison de son erreur relative au geste délibéré le juge du procès ne s'est pas penché sur les éléments de preuve susceptibles d'étayer une conclusion d'aveuglement volontaire. L'aveuglement volontaire remplace la connaissance. Comme l'a expliqué la juge Charron dans l'arrêt *R. c. Briscoe*, 2010 CSC 13, [2010] 1 R.C.S. 411, par. 21 :

[w]ilful blindness does not define the *mens rea* required for particular offences. Rather, it can substitute for actual knowledge whenever knowledge is a component of the *mens rea*. The doctrine of wilful blindness imputes knowledge to an accused whose suspicion is aroused to the point where he or she sees the need for further inquiries, but deliberately chooses not to make those inquiries. See *Sansregret v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 570, and *R. v. Jorgensen*, [1995] 4 S.C.R. 55. As Sopinka J. succinctly put it in *Jorgensen* (at para. 103), “[a] finding of wilful blindness involves an affirmative answer to the question: Did the accused shut his eyes because he knew or strongly suspected that looking would fix him with knowledge?” [Emphasis added.]

[85] The evidence calling for consideration of wilful blindness included, for example, evidence that in Mr. Spencer’s statement to police he acknowledged the following: that LimeWire is a file-sharing program; that he had changed at least one default setting in LimeWire; that when LimeWire is first installed on a computer, it displays information notifying the user that it is a file-sharing program; that at the start of each session, LimeWire notifies the user that it is a file-sharing program and warns of the ramifications of file-sharing; and that LimeWire contains built-in visual indicators that show the progress of the uploading of files by others from the user’s computer: paras. 88-89.

[86] Given that wilful blindness was a live issue and that the trial judge’s error in holding that a positive act was required to meet the *mens rea* component of the making available offence resulted in his not considering the wilful blindness issue, I agree with Caldwell J.A. that the error could reasonably be thought to have had a bearing on his decision to acquit: para. 93; *R. v. Graveline*, 2006 SCC 16, [2006] 1 S.C.R. 609, at para. 14.

III. Disposition

[87] I would dismiss the appeal, affirm the conviction on the possession count and uphold the

L’ignorance volontaire ne définit pas la *mens rea* requise d’infractions particulières. Au contraire, elle peut remplacer la connaissance réelle chaque fois que la connaissance est un élément de la *mens rea*. La doctrine de l’ignorance volontaire impute une connaissance à l’accusé qui a des doutes au point de vouloir se renseigner davantage, mais qui choisit délibérément de ne pas le faire. Voir *Sansregret c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 570, et *R. c. Jorgensen*, [1995] 4 R.C.S. 55. Comme l’a dit succinctement le juge Sopinka dans *Jorgensen* (par. 103), « [p]our conclure à l’ignorance volontaire, il faut répondre par l’affirmative à la question suivante : L’accusé a-t-il fermé les yeux parce qu’il savait ou soupçonnait fortement que s’il regardait, il saurait? » [Je souligne.]

[85] Parmi les éléments de preuve commandant l’examen de la question de l’aveuglement volontaire, mentionnons entre autres le fait que M. Spencer a reconnu dans sa déclaration à la police ceci : que LimeWire est un programme de partage de fichiers; qu’il avait modifié au moins un réglage par défaut de ce logiciel; que, lorsqu’il est installé la première fois sur un ordinateur, LimeWire affiche un message d’avertissement pour aviser l’utilisateur qu’il s’agit d’un programme de partage de fichiers; que, au début de chaque session, LimeWire avise l’utilisateur que c’est un programme de partage de fichiers et le met en garde contre les répercussions du partage de fichiers; que LimeWire contient des indicateurs visuels qui montrent la progression du téléchargement des fichiers par d’autres personnes à partir de l’ordinateur de l’utilisateur : par. 88-89.

[86] Puisque l’aveuglement volontaire était une question en litige et que l’erreur du juge du procès — lorsqu’il a conclu qu’un geste délibéré était nécessaire pour satisfaire à l’exigence de la *mens rea* de l’infraction de rendre accessible — lui a fait omettre l’examen de cette question, je conviens avec le juge Caldwell qu’il serait raisonnable de penser que cette erreur a eu une incidence sur le verdict d’acquiescement : par. 93; *R. c. Graveline*, 2006 CSC 16, [2006] 1 R.C.S. 609, par. 14.

III. Dispositif

[87] Je suis d’avis de rejeter le pourvoi, de confirmer la déclaration de culpabilité relative au chef

Court of Appeal's order for a new trial on the making available count.

d'accusation de possession ainsi que l'ordonnance de Cour d'appel enjoignant la tenue d'un nouveau procès sur le chef d'accusation de rendre accessible.

APPENDIX

Personal Information Protection and Electronic Documents Act, S.C. 2000, c. 5

7. . . .

(3) [Disclosure without knowledge or consent] For the purpose of clause 4.3 of Schedule 1, and despite the note that accompanies that clause, an organization may disclose personal information without the knowledge or consent of the individual only if the disclosure is

. . . .

(c) required to comply with a subpoena or warrant issued or an order made by a court, person or body with jurisdiction to compel the production of information, or to comply with rules of court relating to the production of records;

(c.1) made to a government institution or part of a government institution that has made a request for the information, identified its lawful authority to obtain the information and indicated that

. . . .

(ii) the disclosure is requested for the purpose of enforcing any law of Canada, a province or a foreign jurisdiction, carrying out an investigation relating to the enforcement of any such law or gathering intelligence for the purpose of enforcing any such law, or

. . . .

(d) made on the initiative of the organization to an investigative body, a government institution or a part of a government institution and the organization

(i) has reasonable grounds to believe that the information relates to a breach of an agreement or a contravention of the laws of Canada, a province

ANNEXE

Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques, L.C. 2000, ch. 5

7. . . .

(3) [Communication à l'insu de l'intéressé et sans son consentement] Pour l'application de l'article 4.3 de l'annexe 1 et malgré la note afférente, l'organisation ne peut communiquer de renseignement personnel à l'insu de l'intéressé et sans son consentement que dans les cas suivants :

. . . .

c) elle est exigée par assignation, mandat ou ordonnance d'un tribunal, d'une personne ou d'un organisme ayant le pouvoir de contraindre à la production de renseignements ou exigée par des règles de procédure se rapportant à la production de documents;

c.1) elle est faite à une institution gouvernementale — ou à une subdivision d'une telle institution — qui a demandé à obtenir le renseignement en mentionnant la source de l'autorité légitime étayant son droit de l'obtenir et le fait, selon le cas :

. . . .

(ii) que la communication est demandée aux fins du contrôle d'application du droit canadien, provincial ou étranger, de la tenue d'enquêtes liées à ce contrôle d'application ou de la collecte de renseignements en matière de sécurité en vue de ce contrôle d'application,

. . . .

d) elle est faite, à l'initiative de l'organisation, à un organisme d'enquête, une institution gouvernementale ou une subdivision d'une telle institution et l'organisation, selon le cas, a des motifs raisonnables de croire que le renseignement est afférent à la violation d'un accord ou à une contravention au droit fédéral, provincial ou étranger qui a été commise ou est en

or a foreign jurisdiction that has been, is being or is about to be committed, or

(ii) suspects that the information relates to national security, the defence of Canada or the conduct of international affairs;

. . .

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46

163.1 . . .

(3) [Distribution, etc. of child pornography] Every person who transmits, makes available, distributes, sells, advertises, imports, exports or possesses for the purpose of transmission, making available, distribution, sale, advertising or exportation any child pornography is guilty of

(a) an indictable offence and liable to imprisonment for a term not exceeding ten years and to a minimum punishment of imprisonment for a term of one year; or

(b) an offence punishable on summary conviction and is liable to imprisonment for a term not exceeding two years less a day and to a minimum punishment of imprisonment for a term of six months.

. . .

487.014 (1) [Power of peace officer] For greater certainty, no production order is necessary for a peace officer or public officer enforcing or administering this or any other Act of Parliament to ask a person to voluntarily provide to the officer documents, data or information that the person is not prohibited by law from disclosing.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellant: McDougall Gauley, Regina.

Solicitor for the respondent: Attorney General for Saskatchewan, Regina.

Solicitor for the intervener the Director of Public Prosecutions: Public Prosecution Service of Canada, Edmonton and Halifax.

train ou sur le point de l'être ou soupçonne que le renseignement est afférent à la sécurité nationale, à la défense du Canada ou à la conduite des affaires internationales;

. . .

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46

163.1 . . .

(3) [Distribution de pornographie juvénile] Quiconque transmet, rend accessible, distribue, vend, importe ou exporte de la pornographie juvénile ou en fait la publicité, ou en a en sa possession en vue de la transmettre, de la rendre accessible, de la distribuer, de la vendre, de l'exporter ou d'en faire la publicité, est coupable :

a) soit d'un acte criminel passible d'un emprisonnement maximal de dix ans, la peine minimale étant de un an;

b) soit d'une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire et passible d'un emprisonnement maximal de deux ans moins un jour, la peine minimale étant de six mois.

. . .

487.014 (1) [Pouvoir de l'agent de la paix] Il demeure entendu qu'une ordonnance de communication n'est pas nécessaire pour qu'un agent de la paix ou un fonctionnaire public chargé de l'application ou de l'exécution de la présente loi ou de toute autre loi fédérale demande à une personne de lui fournir volontairement des documents, données ou renseignements qu'aucune règle de droit n'interdit à celle-ci de communiquer.

Pourvoi rejeté.

Procureurs de l'appelant : McDougall Gauley, Regina.

Procureur de l'intimée : Procureur général de la Saskatchewan, Regina.

Procureur de l'intervenant le directeur des poursuites pénales : Service des poursuites pénales du Canada, Edmonton et Halifax.

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

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

Solicitor for the intervener the Attorney General of Alberta: Attorney General of Alberta, Calgary.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Alberta : Procureur général de l'Alberta, Calgary.

Solicitors for the intervener the Privacy Commissioner of Canada: Osler, Hoskin & Harcourt, Toronto.

Procureurs de l'intervenant le commissaire à la protection de la vie privée du Canada : Osler, Hoskin & Harcourt, Toronto.

Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Kapoor Barristers, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : Kapoor Barristers, Toronto.

Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association of Ontario: Dawe & Dineen, Toronto; Schreck Presser, Toronto.

Procureurs de l'intervenante Criminal Lawyers' Association of Ontario : Dawe & Dineen, Toronto; Schreck Presser, Toronto.

**Roger William, on his own behalf,
on behalf of all other members of the
Xeni Gwet'in First Nations Government
and on behalf of all other members of
the Tsilhqot'in Nation** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen in Right of
the Province of British Columbia,
Regional Manager of the Cariboo
Forest Region and Attorney General
of Canada** *Respondents*

and

**Attorney General of Quebec,
Attorney General of Manitoba,
Attorney General for Saskatchewan,
Attorney General of Alberta,
Te'mexw Treaty Association,
Business Council of British Columbia,
Council of Forest Industries,
Coast Forest Products Association,
Mining Association of British Columbia,
Association for Mineral Exploration
British Columbia,
Assembly of First Nations,
Gitanyow Hereditary Chiefs of Gwass Hlaam,
Gamlaxyeltxw, Malii, Gwinuu, Haizimsque,
Watakhayetsxw, Luuxhon and
Wii'litswx, on their own behalf and
on behalf of all Gitanyow,
Hul'qumi'num Treaty Group,
Council of the Haida Nation,
Office of the Wet'suwet'en Chiefs,
Indigenous Bar Association in Canada,
First Nations Summit,
Tsawout First Nation,
Tsartlip First Nation,
Snuneymuxw First Nation,
Kwakiutl First Nation,
Coalition of Union of**

**Roger William, en son propre nom, au nom
de tous les autres membres du gouvernement
de la Première Nation Xeni Gwet'in et
au nom de tous les autres membres de la
Nation Tsilhqot'in** *Appellant*

c.

**Sa Majesté la Reine du chef de la
province de la Colombie-Britannique,
chef régional de la région de
Cariboo Forest et procureur général
du Canada** *Intimés*

et

**Procureur général du Québec,
procureur général du Manitoba,
procureur général de la Saskatchewan,
procureur général de l'Alberta,
Association du traité des Te'mexw,
Business Council of British Columbia,
Council of Forest Industries,
Coast Forest Products Association,
Mining Association of British Columbia,
Association for Mineral Exploration
British Columbia,
Assemblée des Premières Nations,
chefs héréditaires Gitanyow de Gwass Hlaam,
Gamlaxyeltxw, Malii, Gwinuu, Haizimsque,
Watakhayetsxw, Luuxhon et Wii'litswx,
en leur nom et au nom de tous les Gitanyow,
Groupe du traité Hul'qumi'num,
Conseil de la Nation haïda,
Bureau des chefs Wet'suwet'en,
Association du barreau autochtone
au Canada,
Sommet des Premières Nations,
Première Nation Tsawout,
Première Nation Tsartlip,
Première Nation Snuneymuxw,
Première Nation Kwakiutl,
Coalition de l'Union des chefs**

**British Columbia Indian Chiefs,
Okanagan Nation Alliance,
Shuswap Nation Tribal Council
and their member communities,
Okanagan, Adams Lake,
Neskonlith and Splat-sin Indian Bands,
Amnesty International,
Canadian Friends Service Committee,
Gitxaala Nation, Chilko Resorts and
Community Association and Council
of Canadians** *Intervenants*

**INDEXED AS: TSILHQOT'IN NATION v. BRITISH
COLUMBIA**

2014 SCC 44

File No.: 34986.

2013: November 7; 2014: June 26.

Present: McLachlin C.J. and LeBel, Abella, Rothstein,
Cromwell, Moldaver, Karakatsanis and Wagner JJ.

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA**

Aboriginal law — Aboriginal title — Land claims — Elements of test for establishing Aboriginal title to land — Rights and limitations conferred by Aboriginal title — Duties owed by Crown before and after Aboriginal title to land established — Province issuing commercial logging licence in area regarded by semi-nomadic First Nation as traditional territory — First Nation claiming Aboriginal title to land — Whether test for Aboriginal title requiring proof of regular and exclusive occupation or evidence of intensive and site-specific occupation — Whether trial judge erred in finding Aboriginal title established — Whether Crown breached procedural duties to consult and accommodate before issuing logging licences — Whether Crown incursions on Aboriginal interest justified under s. 35 Constitution Act, 1982 framework — Forest Act, R.S.B.C. 1995, c. 157 — Constitution Act, 1982, s. 35.

Aboriginal law — Aboriginal title — Land claims — Provincial laws of general application — Constitutional

**indiens de la Colombie-Britannique,
l'Alliance des Nations de l'Okanagan,
le Conseil tribal de la Nation Shuswap
et leurs communautés membres,
bandes indiennes d'Okanagan,
d'Adams Lake, de Neskonlith et de Splat-sin,
Amnistie internationale,
Secours Quaker canadien,
Nation Gitxaala, Chilko Resorts and
Community Association et Conseil
des Canadiens** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : NATION TSILHQOT'IN c. COLOMBIE-
BRITANNIQUE**

2014 CSC 44

N° du greffe : 34986.

2013 : 7 novembre; 2014 : 26 juin.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges LeBel, Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis et Wagner.

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

Droit des Autochtones — Titre ancestral — Revendications territoriales — Éléments du critère permettant d'établir l'existence du titre ancestral sur un territoire — Droits et restrictions rattachés au titre ancestral — Obligations de la Couronne avant et après la reconnaissance du titre ancestral — Province accordant un permis commercial de coupe de bois dans un secteur qu'une Première Nation semi-nomade considère être son territoire ancestral — Première Nation revendiquant le titre ancestral sur des terres — Le critère permettant d'établir l'existence du titre ancestral exige-t-il la preuve d'une occupation régulière et exclusive ou la preuve d'une occupation intensive d'un site spécifique? — Le juge de première instance a-t-il conclu par erreur à l'existence du titre ancestral? — La Couronne a-t-elle manqué à ses obligations procédurales de consulter et d'accommoder les Autochtones avant de délivrer les permis de coupe de bois? — Les atteintes portées par la Couronne aux intérêts des Autochtones sont-elles justifiées par le cadre d'analyse relatif à l'art. 35 de la Loi constitutionnelle de 1982? — Forest Act, R.S.B.C. 1995, ch. 157 — Loi constitutionnelle de 1982, art. 35.

Droit des Autochtones — Titre ancestral — Revendications territoriales — Lois provinciales d'application

constraints on provincial regulation of Aboriginal title land — Division of powers — Doctrine of interjurisdictional immunity — Infringement and justification framework under s. 35 Constitution Act, 1982 — Province issuing commercial logging licence in area regarded by semi-nomadic First Nation as traditional territory — First Nation claiming Aboriginal title to land — Whether provincial laws of general application apply to Aboriginal title land — Whether Forest Act on its face applies to Aboriginal title land — Whether application of Forest Act ousted by operation of Constitution — Whether doctrine of interjurisdictional immunity should be applied to lands held under Aboriginal title — Forest Act, R.S.B.C. 1995, c. 157 — Constitution Act, 1982, s. 35.

For centuries the Tsilhqot'in Nation, a semi-nomadic grouping of six bands sharing common culture and history, have lived in a remote valley bounded by rivers and mountains in central British Columbia. It is one of hundreds of indigenous groups in B.C. with unresolved land claims. In 1983, B.C. granted a commercial logging licence on land considered by the Tsilhqot'in to be part of their traditional territory. The band objected and sought a declaration prohibiting commercial logging on the land. Talks with the Province reached an impasse and the original land claim was amended to include a claim for Aboriginal title to the land at issue on behalf of all Tsilhqot'in people. The federal and provincial governments opposed the title claim.

The Supreme Court of British Columbia held that occupation was established for the purpose of proving title by showing regular and exclusive use of sites or territory within the claim area, as well as to a small area outside that area. Applying a narrower test based on site-specific occupation requiring proof that the Aboriginal group's ancestors intensively used a definite tract of land with reasonably defined boundaries at the time of European sovereignty, the British Columbia Court of Appeal held that the Tsilhqot'in claim to title had not been established.

générale — Contraintes constitutionnelles sur la réglementation, par la province, du territoire visé par le titre ancestral — Partage des compétences — Doctrine de l'exclusivité des compétences — Atteinte et cadre d'analyse de la justification relatif à l'art. 35 de la Loi constitutionnelle de 1982 — Province accordant un permis commercial de coupe de bois dans un secteur qu'une Première Nation semi-nomade considère être son territoire ancestral — Première Nation revendiquant le titre ancestral sur le territoire — Les lois provinciales d'application générale s'appliquent-elles au territoire visé par le titre ancestral? — La Forest Act s'applique-t-elle à première vue au territoire visé par le titre ancestral? — La Constitution a-t-elle pour effet d'écarter l'application de la Forest Act? — La doctrine de l'exclusivité des compétences devrait-elle s'appliquer à des terres grevées du titre ancestral? — Forest Act, R.S.B.C. 1995, ch. 157 — Loi constitutionnelle de 1982, art. 35.

Depuis des siècles, la Nation Tsilhqot'in, un regroupement de six bandes semi-nomades ayant une culture et une histoire communes, vit dans une vallée éloignée entourée de rivières et de montagnes dans le centre de la Colombie-Britannique. Ce n'est qu'un groupe autochtone parmi des centaines en Colombie-Britannique dont les revendications territoriales ne sont pas réglées. En 1983, la province a accordé un permis commercial de coupe de bois sur des terres que les Tsilhqot'in considèrent faire partie de leur territoire ancestral. La bande s'y est opposée et a sollicité un jugement déclaratoire interdisant l'exploitation forestière commerciale sur le territoire. La négociation avec la province a mené à une impasse et la revendication territoriale initiale a été modifiée de manière à inclure une revendication du titre ancestral sur le territoire en cause au nom de tous les Tsilhqot'in. Les gouvernements fédéral et provincial ont contesté la revendication du titre.

La Cour suprême de la Colombie-Britannique a conclu que l'occupation était établie dans le but de fonder l'existence du titre par la démonstration d'une utilisation régulière et exclusive de certains sites ou du territoire revendiqué ainsi que d'un petit secteur à l'extérieur de ce territoire. Appliquant un critère plus restreint fondé sur l'occupation d'un site spécifique exigeant la preuve qu'au moment de l'affirmation de la souveraineté européenne, les ancêtres du groupe autochtone utilisaient intensément une parcelle de terrain spécifique dont les limites sont raisonnablement définies, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a conclu que l'existence du titre revendiqué par les Tsilhqot'in n'avait pas été établie.

Held: The appeal should be allowed and a declaration of Aboriginal title over the area requested should be granted. A declaration that British Columbia breached its duty to consult owed to the Tsilhqot'in Nation should also be granted.

The trial judge was correct in finding that the Tsilhqot'in had established Aboriginal title to the claim area at issue. The claimant group, here the Tsilhqot'in, bears the onus of establishing Aboriginal title. The task is to identify how pre-sovereignty rights and interests can properly find expression in modern common law terms. Aboriginal title flows from occupation in the sense of regular and exclusive use of land. To ground Aboriginal title "occupation" must be sufficient, continuous (where present occupation is relied on) and exclusive. In determining what constitutes sufficient occupation, which lies at the heart of this appeal, one looks to the Aboriginal culture and practices, and compares them in a culturally sensitive way with what was required at common law to establish title on the basis of occupation. Occupation sufficient to ground Aboriginal title is not confined to specific sites of settlement but extends to tracts of land that were regularly used for hunting, fishing or otherwise exploiting resources and over which the group exercised effective control at the time of assertion of European sovereignty.

In finding that Aboriginal title had been established in this case, the trial judge identified the correct legal test and applied it appropriately to the evidence. While the population was small, he found evidence that the parts of the land to which he found title were regularly used by the Tsilhqot'in, which supports the conclusion of sufficient occupation. The geographic proximity between sites for which evidence of recent occupation was tendered and those for which direct evidence of historic occupation existed also supports an inference of continuous occupation. And from the evidence that prior to the assertion of sovereignty the Tsilhqot'in repelled other people from their land and demanded permission from outsiders who wished to pass over it, he concluded that the Tsilhqot'in treated the land as exclusively theirs. The Province's criticisms of the trial judge's findings on the facts are primarily rooted in the erroneous thesis that only specific, intensively occupied areas can support Aboriginal title. Moreover, it was the trial judge's task to sort out conflicting evidence and make findings of fact.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli et la Cour reconnaît l'existence du titre ancestral sur le territoire que vise la revendication. La Cour déclare également que la Colombie-Britannique a manqué à son obligation de consultation envers la Nation Tsilhqot'in.

Le juge de première instance a eu raison de conclure que les Tsilhqot'in avaient établi l'existence du titre ancestral sur le territoire revendiqué en cause. Il incombe au groupe revendicateur, en l'espèce les Tsilhqot'in, d'établir l'existence du titre ancestral. Il faut déterminer la façon dont les droits et intérêts qui existaient avant l'affirmation de la souveraineté peuvent trouver leur juste expression en common law moderne. Le titre ancestral découle de l'occupation, c'est-à-dire d'une utilisation régulière et exclusive des terres. Pour fonder l'existence du titre ancestral, l'« occupation » doit être suffisante, continue (si l'occupation actuelle est invoquée) et exclusive. Pour déterminer ce qui constitue une occupation suffisante, l'exigence qui se trouve au cœur du présent pourvoi, il faut examiner la culture et les pratiques des Autochtones et les comparer, tout en tenant compte de leurs particularités culturelles, à ce qui était requis en common law pour établir l'existence d'un titre fondé sur l'occupation. L'occupation suffisante pour fonder l'existence d'un titre ancestral ne se limite pas aux lieux spécifiques d'établissement, mais s'étend aux parcelles de terre régulièrement utilisées pour y pratiquer la chasse, la pêche ou d'autres types d'exploitation des ressources et sur lesquelles le groupe exerçait un contrôle effectif au moment de l'affirmation de la souveraineté européenne.

En concluant que l'existence du titre ancestral avait été établie en l'espèce, le juge de première instance a identifié le bon critère juridique et l'a correctement appliqué à la preuve. Le territoire était peu peuplé, mais il a relevé des éléments de preuve indiquant que les parties du territoire sur lesquelles il a conclu à l'existence du titre étaient régulièrement utilisées par les Tsilhqot'in, ce qui appuyait sa conclusion quant à la possession suffisante. La proximité géographique entre les sites à l'égard desquels une preuve d'occupation récente a été produite et ceux à l'égard desquels il existait une preuve directe d'occupation passée appuyait également l'inférence d'une occupation continue. Au vu de la preuve indiquant que les Tsilhqot'in, avant l'affirmation de la souveraineté, ont repoussé d'autres peuples de leurs terres et ont exigé que les étrangers qui désiraient passer sur leurs terres leur demandent la permission, il a conclu que les Tsilhqot'in considéraient qu'ils possédaient leurs terres en exclusivité. Les critiques de la province à l'endroit des conclusions de fait du juge de première

The presence of conflicting evidence does not demonstrate palpable and overriding error. The Province has not established that the conclusions of the trial judge are unsupported by the evidence or otherwise in error. Nor has it established his conclusions were arbitrary or insufficiently precise. Absent demonstrated error, his findings should not be disturbed.

The nature of Aboriginal title is that it confers on the group that holds it the exclusive right to decide how the land is used and the right to benefit from those uses, subject to the restriction that the uses must be consistent with the group nature of the interest and the enjoyment of the land by future generations. Prior to establishment of title, the Crown is required to consult in good faith with any Aboriginal groups asserting title to the land about proposed uses of the land and, if appropriate, accommodate the interests of such claimant groups. The level of consultation and accommodation required varies with the strength of the Aboriginal group's claim to the land and the seriousness of the potentially adverse effect upon the interest claimed.

Where Aboriginal title has been established, the Crown must not only comply with its procedural duties, but must also justify any incursions on Aboriginal title lands by ensuring that the proposed government action is substantively consistent with the requirements of s. 35 of the *Constitution Act, 1982*. This requires demonstrating both a compelling and substantial governmental objective and that the government action is consistent with the fiduciary duty owed by the Crown to the Aboriginal group. This means the government must act in a way that respects the fact that Aboriginal title is a group interest that inheres in present and future generations, and the duty infuses an obligation of proportionality into the justification process: the incursion must be necessary to achieve the government's goal (rational connection); the government must go no further than necessary to achieve it (minimal impairment); and the benefits that may be expected to flow from that goal must not be outweighed by adverse effects on the Aboriginal interest (proportionality of impact). Allegations of infringement or failure to adequately consult can be avoided by obtaining the consent of the interested Aboriginal group. This s. 35

instance reposent principalement sur la thèse erronée voulant que le titre ancestral s'attache uniquement à des secteurs spécifiques occupés intensivement. En outre, il appartenait au juge de première instance de faire la part des éléments de preuve contradictoires et de tirer des conclusions de fait. La présence d'éléments de preuve contradictoires ne démontre pas l'existence d'une erreur manifeste et dominante. La province n'a pas démontré que les conclusions du juge de première instance ne sont pas étayées par la preuve ou qu'elles sont autrement erronées. Elle n'a pas non plus démontré que ses conclusions étaient arbitraires ou manquaient de précision. En l'absence d'une erreur manifeste, ses conclusions ne devraient pas être modifiées.

De par sa nature, le titre ancestral confère au groupe qui le détient le droit exclusif de déterminer l'utilisation qu'il est fait des terres et de bénéficier des avantages que procure cette utilisation, pourvu que les utilisations respectent la nature collective de ce droit et préservent la jouissance des terres pour les générations futures. Avant que l'existence du titre soit établie, la Couronne est tenue de consulter de bonne foi les groupes autochtones qui revendiquent le titre sur des terres au sujet de ses projets d'utilisation des terres et, s'il y a lieu, de trouver des accommodements aux intérêts de ces groupes. Le niveau de consultation et d'accommodement requis varie en fonction de la solidité de la revendication du groupe autochtone et de la gravité de l'effet préjudiciable éventuel du projet sur l'intérêt revendiqué.

Lorsque l'existence du titre ancestral a été établie, la Couronne doit non seulement se conformer à ses obligations procédurales, mais elle doit aussi justifier toute incursion sur les terres visées par le titre ancestral en s'assurant que la mesure gouvernementale proposée est fondamentalement conforme aux exigences de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Elle doit à cette fin démontrer l'existence d'un objectif public réel et impérieux, et la compatibilité de la mesure gouvernementale avec l'obligation fiduciaire qu'a la Couronne envers le groupe autochtone. Le gouvernement doit donc agir d'une manière qui respecte le fait que le titre ancestral est un droit collectif inhérent aux générations actuelles et futures et que l'obligation fiduciaire de la Couronne insuffle une obligation de proportionnalité dans le processus de justification : l'atteinte doit être nécessaire pour atteindre l'objectif gouvernemental (lien rationnel); le gouvernement ne doit pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif (atteinte minimale); et les effets préjudiciables sur l'intérêt autochtone ne doivent pas l'emporter sur les avantages qui devraient découler de cet objectif (proportionnalité de l'incidence).

framework permits a principled reconciliation of Aboriginal rights with the interests of all Canadians.

The alleged breach in this case arises from the issuance by the Province of licences affecting the land in 1983 and onwards, before title was declared. The honour of the Crown required that the Province consult the Tsilhqot'in on uses of the lands and accommodate their interests. The Province did neither and therefore breached its duty owed to the Tsilhqot'in.

While unnecessary for the disposition of the appeal, the issue of whether the *Forest Act* applies to Aboriginal title land is of pressing importance and is therefore addressed. As a starting point, subject to the constitutional constraints of s. 35 of the *Constitution Act, 1982* and the division of powers in the *Constitution Act, 1867*, provincial laws of general application apply to land held under Aboriginal title. As a matter of statutory construction, the *Forest Act* on its face applied to the land in question at the time the licences were issued. The British Columbia legislature clearly intended and proceeded on the basis that lands under claim remain "Crown land" for the purposes of the *Forest Act* at least until Aboriginal title is recognized. Now that title has been established, however, the timber on it no longer falls within the definition of "Crown timber" and the *Forest Act* no longer applies. It remains open to the legislature to amend the Act to cover lands over which Aboriginal title has been established, provided it observes applicable constitutional restraints.

This raises the question of whether provincial forestry legislation that on its face purports to apply to Aboriginal title lands, such as the *Forest Act*, is ousted by the s. 35 framework or by the limits on provincial power under the *Constitution Act, 1867*. Under s. 35, a right will be infringed by legislation if the limitation is unreasonable, imposes undue hardship, or denies the holders of the right their preferred means of exercising the right. General regulatory legislation, such as legislation aimed at managing the forests in a way that deals with pest invasions or prevents forest fires, will often pass this test and

Les allégations d'atteinte aux droits ou de manquement à l'obligation de consulter adéquatement le groupe peuvent être évitées par l'obtention du consentement du groupe autochtone en question. Ce cadre d'analyse relatif à l'art. 35 permet une conciliation rationnelle des droits ancestraux et des intérêts de tous les Canadiens.

En l'espèce, le manquement allégué découle de la délivrance, par la province, de permis de coupe de bois sur les terres à compter de 1983, avant que l'existence du titre soit reconnue. Le principe de l'honneur de la Couronne obligeait la province à consulter les Tsilhqot'in à propos des utilisations des terres et à trouver des accommodements à leurs intérêts. La province n'a fait ni l'un ni l'autre et a donc manqué à son obligation envers les Tsilhqot'in.

La question de l'application de la *Forest Act* aux terres visées par un titre ancestral revêt une grande importance, et bien qu'il ne soit pas nécessaire de la trancher pour les besoins du présent pourvoi, il convient de l'examiner. Comme point de départ, sous réserve des contraintes constitutionnelles qu'imposent l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* et le partage des compétences prévu dans la *Loi constitutionnelle de 1867*, les lois provinciales d'application générale s'appliquent aux terres détenues en vertu d'un titre ancestral. Suivant les règles d'interprétation législative, la *Forest Act* s'appliquait, à première vue, aux terres en question à l'époque où les permis ont été délivrés. Le législateur de la Colombie-Britannique entendait clairement que les terres revendiquées demeurent des « terres publiques » pour les besoins de la *Forest Act*, du moins jusqu'à ce que le titre ancestral soit reconnu; c'est sur quoi la province s'est fondée pour accorder le permis. Cependant, maintenant que l'existence du titre a été établie, la définition de « bois des terres publiques » ne s'applique plus au bois qui se trouve sur ces terres et la *Forest Act* ne s'applique plus à ces terres. Le législateur peut toujours modifier la *Forest Act* afin qu'elle s'applique au territoire sur lequel le titre ancestral a été établi, à la condition de respecter les contraintes constitutionnelles applicables.

Cela soulève la question de savoir si le cadre d'analyse relatif à l'art. 35, ou les limites à la compétence que la *Loi constitutionnelle de 1867* accorde à la province, écartent les lois provinciales régissant l'exploitation forestière, telle la *Forest Act*, qui sont à première vue censées s'appliquer aux terres visées par un titre ancestral. Aux termes de l'art. 35, une loi portera atteinte à un droit si la restriction est déraisonnable, si elle est indûment rigoureuse ou si elle refuse aux titulaires du droit le recours à leur moyen préféré de l'exercer. Une loi de nature réglementaire de portée générale, par

no infringement will result. However, the issuance of timber licences on Aboriginal title land is a direct transfer of Aboriginal property rights to a third party and will plainly be a meaningful diminution in the Aboriginal group's ownership right amounting to an infringement that must be justified in cases where it is done without Aboriginal consent.

Finally, for purposes of determining the validity of provincial legislative incursions on lands held under Aboriginal title, the framework under s. 35 displaces the doctrine of interjurisdictional immunity. There is no role left for the application of the doctrine of interjurisdictional immunity and the idea that Aboriginal rights are at the core of the federal power over "Indians" under s. 91(24) of the *Constitution Act, 1867*. The doctrine of interjurisdictional immunity is directed to ensuring that the two levels of government are able to operate without interference in their core areas of exclusive jurisdiction. This goal is not implicated in cases such as this. Aboriginal rights are a limit on both federal and provincial jurisdiction. The problem in cases such as this is not competing provincial and federal power, but rather tension between the right of the Aboriginal title holders to use their land as they choose and the province which seeks to regulate it, like all other land in the province. Interjurisdictional immunity — premised on a notion that regulatory environments can be divided into watertight jurisdictional compartments — is often at odds with modern reality. Increasingly, as our society becomes more complex, effective regulation requires cooperation between interlocking federal and provincial schemes. Interjurisdictional immunity may thwart such productive cooperation.

In the result, provincial regulation of general application, including the *Forest Act*, will apply to exercises of Aboriginal rights such as Aboriginal title land, subject to the s. 35 infringement and justification framework. This carefully calibrated test attempts to reconcile general legislation with Aboriginal rights in a sensitive way as required by s. 35 of the *Constitution Act, 1982* and is fairer and more practical from a policy perspective than the blanket inapplicability imposed by the doctrine of interjurisdictional immunity. The result is a balance that

exemple une loi visant la gestion des forêts en prévenant les infestations de ravageurs ou les feux de forêt, satisfera souvent à ce critère et il n'en résultera aucune atteinte. Toutefois, la délivrance de permis de coupe de bois sur des terres grevées du titre ancestral constitue un transfert direct à des tiers de droits de propriété des Autochtones et entraîne manifestement une diminution significative du droit de propriété du groupe autochtone assimilable à une atteinte qui doit être justifiée dans les cas où les Autochtones n'y ont pas consenti.

Enfin, lorsqu'il s'agit de déterminer la validité d'une atteinte causée par l'application des lois provinciales à des terres visées par un titre ancestral, le cadre d'analyse relatif à l'art. 35 écarte la doctrine de l'exclusivité des compétences. L'application de la doctrine de l'exclusivité des compétences et la notion que les droits ancestraux font partie du contenu essentiel du pouvoir fédéral sur les « Indiens » prévu au par. 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867* ne sont alors d'aucune utilité. La doctrine de l'exclusivité des compétences vise à faire en sorte que les deux niveaux de gouvernement soient en mesure de fonctionner sans que l'un empiète sur le contenu essentiel des domaines de compétence exclusive de l'autre. Cet objectif n'est pas en cause dans les affaires telles que celle qui nous occupe. Les droits ancestraux constituent une limite à l'exercice des compétences tant fédérales que provinciales. Le problème dans des cas comme celui-ci ne résulte pas d'une confrontation entre le pouvoir des provinces et celui du gouvernement fédéral mais plutôt d'une tension entre le droit des titulaires du titre ancestral d'utiliser leurs terres comme ils l'entendent et la volonté de la province de réglementer ces terres au même titre que toutes les autres terres dans la province. La doctrine de l'exclusivité des compétences — fondée sur l'idée que les contextes réglementaires peuvent être divisés en compartiments étanches — va souvent à l'encontre de la réalité moderne. Notre société devient plus complexe, et pour être efficace, la réglementation exige de plus en plus la coopération des régimes fédéral et provincial interreliés. La doctrine de l'exclusivité des compétences peut contrecarrer une telle coopération.

En conséquence, la réglementation provinciale d'application générale, notamment la *Forest Act*, s'appliquera à l'exercice des droits ancestraux tels que le titre ancestral sur des terres, sous réserve de l'application du cadre d'analyse relatif à l'art. 35 qui permet de justifier une atteinte. Ce critère soigneusement conçu vise à concilier la loi d'application générale et les droits ancestraux avec la délicatesse qu'exige l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, et il est plus équitable et pratique du point de vue de la politique générale que l'inapplicabilité générale

preserves the Aboriginal right while permitting effective regulation of forests by the province. In this case, however, the Province's land use planning and forestry authorizations under the *Forest Act* were inconsistent with its duties owed to the Tsilhqot'in people.

Cases Cited

Applied: *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075; *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010; *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, 2004 SCC 73, [2004] 3 S.C.R. 511; **distinguished:** *R. v. Morris*, 2006 SCC 59, [2006] 2 S.C.R. 915; **referred to:** *Calder v. Attorney-General of British Columbia*, [1973] S.C.R. 313; *Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335; *R. v. Gladstone*, [1996] 2 S.C.R. 723; *Western Australia v. Ward* (2002), 213 C.L.R. 1; *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507; *R. v. Marshall*, 2003 NSCA 105, 218 N.S.R. (2d) 78; *R. v. Marshall*, 2005 SCC 43, [2005] 2 S.C.R. 220; *Rio Tinto Alcan Inc. v. Carrier Sekani Tribal Council*, 2010 SCC 43, [2010] 2 S.C.R. 650; *Quebec (Attorney General) v. Canadian Owners and Pilots Association*, 2010 SCC 39, [2010] 2 S.C.R. 536; *R. v. Marshall*, [1999] 3 S.C.R. 533; *Canadian Western Bank v. Alberta*, 2007 SCC 22, [2007] 2 S.C.R. 3; *Marine Services International Ltd. v. Ryan Estate*, 2013 SCC 44, [2013] 3 S.C.R. 53; *Canada (Attorney General) v. PHS Community Services Society*, 2011 SCC 44, [2011] 3 S.C.R. 134.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 11.
Constitution Act, 1867, ss. 91, 92, 109.
Constitution Act, 1982, Part I, Part II, s. 35.
Forest Act, R.S.B.C. 1996, c. 157, s. 1 “Crown land”, “Crown timber”, “private land”.
Royal Proclamation (1763) (reprinted in R.S.C. 1985, App. II, No. 1).

Authors Cited

Black's Law Dictionary, 9th ed. St. Paul, Minn.: West, 2009, “vested”.
 Hogg, Peter W. “The Constitutional Basis of Aboriginal Rights”, in Maria Morellato, ed., *Aboriginal Law Since Delgamuukw*. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 2009, 3.
 McNeil, Kent. “Aboriginal Title and the Supreme Court: What's Happening?” (2006), 69 *Sask. L. Rev.* 281.

qu'impose la doctrine de l'exclusivité des compétences. Il en résulte un équilibre qui préserve le droit ancestral tout en permettant une réglementation efficace des forêts par la province. En l'espèce toutefois, le projet d'aménagement du territoire prévu par la province et les autorisations d'exploitation forestière qu'elle a accordées en vertu de la *Forest Act* étaient incompatibles avec les obligations qu'elle avait envers le peuple Tsilhqot'in.

Jurisprudence

Arrêts appliqués : *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075; *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010; *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, 2004 CSC 73, [2004] 3 R.C.S. 511; **distinction d'avec l'arrêt :** *R. c. Morris*, 2006 CSC 59, [2006] 2 R.C.S. 915; **arrêts mentionnés :** *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, [1973] R.C.S. 313; *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335; *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723; *Western Australia c. Ward* (2002), 213 C.L.R. 1; *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507; *R. c. Marshall*, 2003 NSCA 105, 218 N.S.R. (2d) 78; *R. c. Marshall*, 2005 CSC 43, [2005] 2 R.C.S. 220; *Rio Tinto Alcan Inc. c. Conseil tribal Carrier Sekani*, 2010 CSC 43, [2010] 2 R.C.S. 650; *Québec (Procureur général) c. Canadian Owners and Pilots Association*, 2010 CSC 39, [2010] 2 R.C.S. 536; *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 533; *Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*, 2007 CSC 22, [2007] 2 R.C.S. 3; *Marine Services International Ltd. c. Ryan (Succession)*, 2013 CSC 44, [2013] 3 R.C.S. 53; *Canada (Procureur général) c. PHS Community Services Society*, 2011 CSC 44, [2011] 3 R.C.S. 134.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 11.
Forest Act, R.S.B.C. 1996, ch. 157, art. 1 « Crown land » (terres publiques), « Crown timber » (bois des terres publiques), « private land » (terres privées).
Loi constitutionnelle de 1867, art. 91, 92, 109.
Loi constitutionnelle de 1982, partie I, partie II, art. 35.
Proclamation royale (1763) (reproduite dans L.R.C. 1985, app. II, n° 1).

Doctrine et autres documents cités

Black's Law Dictionary, 9th ed. St. Paul, Minn. : West, 2009, « vested » (dévolu).
 Hogg, Peter W. « The Constitutional Basis of Aboriginal Rights », in Maria Morellato, ed., *Aboriginal Law Since Delgamuukw*. Aurora, Ont. : Canada Law Book, 2009, 3.
 McNeil, Kent. « Aboriginal Title and the Supreme Court : What's Happening? » (2006), 69 *Sask. L. Rev.* 281.

McNeil, Kent. *Common Law Aboriginal Title*. Oxford: Clarendon Press, 1989.

Slattery, Brian. "Understanding Aboriginal Rights" (1987), 66 *Can. Bar Rev.* 727.

Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2008.

Ziff, Bruce. *Principles of Property Law*, 5th ed. Toronto: Carswell, 2010.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Levine, Tysoe and Groberman JJ.A.), 2012 BCCA 285, 33 B.C.L.R. (5th) 260, 324 B.C.A.C. 214, 551 W.A.C. 214, [2012] 3 C.N.L.R. 333, [2012] 10 W.W.R. 639, 26 R.P.R. (5th) 67, [2012] B.C.J. No. 1302 (QL), 2012 CarswellBC 1860, upholding the order of Vickers J., 2007 BCSC 1700, [2008] 1 C.N.L.R. 112, 65 R.P.R. (4th) 1, [2007] B.C.J. No. 2465 (QL), 2007 CarswellBC 2741. Appeal allowed.

David M. Rosenberg, Q.C., Jay Nelson, David M. Robbins and Dominique Nouvet, for the appellant.

Patrick G. Foy, Q.C., and Kenneth J. Tyler, for the respondents Her Majesty The Queen in Right of the Province of British Columbia and the Regional Manager of the Cariboo Forest Region.

Mark R. Kindrachuk, Q.C., Brian McLaughlin and Jan Brongers, for the respondent the Attorney General of Canada.

Alain Gingras and Hubert Noreau-Simpson, for the intervener the Attorney General of Quebec.

Heather Leonoff, Q.C., for the intervener the Attorney General of Manitoba.

P. Mitch McAdam, Q.C., and Sonia Eggerman, for the intervener the Attorney General for Saskatchewan.

Sandra Folkins, for the intervener the Attorney General of Alberta.

Robert J. M. Janes and Karey Brooks, for the intervener the Te'mexw Treaty Association.

McNeil, Kent. *Common Law Aboriginal Title*. Oxford: Clarendon Press, 1989.

Slattery, Brian. « Understanding Aboriginal Rights » (1987), 66 *R. du B. can.* 727.

Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2008.

Ziff, Bruce. *Principles of Property Law*, 5th ed. Toronto: Carswell, 2010.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (les juges Levine, Tysoe et Groberman), 2012 BCCA 285, 33 B.C.L.R. (5th) 260, 324 B.C.A.C. 214, 551 W.A.C. 214, [2012] 3 C.N.L.R. 333, [2012] 10 W.W.R. 639, 26 R.P.R. (5th) 67, [2012] B.C.J. No. 1302 (QL), 2012 CarswellBC 1860, qui a confirmé l'ordonnance du juge Vickers, 2007 BCSC 1700, [2008] 1 C.N.L.R. 112, 65 R.P.R. (4th) 1, [2007] B.C.J. No. 2465 (QL), 2007 CarswellBC 2741. Pourvoi accueilli.

David M. Rosenberg, c.r., Jay Nelson, David M. Robbins et Dominique Nouvet, pour l'appelant.

Patrick G. Foy, c.r., et Kenneth J. Tyler, pour les intimés Sa Majesté la Reine du chef de la province de la Colombie-Britannique et le chef régional de la région de Cariboo Forest.

Mark R. Kindrachuk, c.r., Brian McLaughlin et Jan Brongers, pour l'intimé le procureur général du Canada.

Alain Gingras et Hubert Noreau-Simpson, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

Heather Leonoff, c.r., pour l'intervenant le procureur général du Manitoba.

P. Mitch McAdam, c.r., et Sonia Eggerman, pour l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

Sandra Folkins, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

Robert J. M. Janes et Karey Brooks, pour l'intervenante l'Association du traité des Te'mexw.

Charles F. Willms and Kevin O'Callaghan, for the interveners the Business Council of British Columbia, the Council of Forest Industries, the Coast Forest Products Association, the Mining Association of British Columbia and the Association for Mineral Exploration British Columbia.

Joseph J. Arvay, Q.C., Catherine J. Boies Parker and Patrick Macklem, for the intervener the Assembly of First Nations.

Diane Soroka, for the interveners the Gitanyow Hereditary Chiefs of Gwass Hlaam, Gamlaxyeltxw, Malii, Gwinuu, Haizimsque, Watakhayetsxw, Luuxhon and Wii'litswx, on their own behalf and on behalf of all Gitanyow, and the Office of the Wet'suwet'en Chiefs.

Robert B. Morales and Renée Racette, for the intervener the Hul'qumi'num Treaty Group.

Written submissions only by *Louise Mandell, Q.C., Stuart Rush, Q.C., Michael Jackson, Q.C., Terri-Lynn Williams-Davidson, David Paterson and Angela D'Elia*, for the intervener the Council of the Haida Nation.

David C. Nahwegahbow and Guy Régimbald, for the intervener the Indigenous Bar Association in Canada.

Maria Morellato, Q.C., Cheryl Sharvit and Stacey Edzerza Fox, for the intervener the First Nations Summit.

Written submissions only by *John W. Gailus and Christopher G. Devlin*, for the interveners the Tsawout First Nation, the Tsartlip First Nation, the Snuneymuxw First Nation and the Kwakiutl First Nation.

Louise Mandell, Q.C., Michael Jackson, Q.C., Ardith Walkem and Nicole Schabus, for the intervener the Coalition of the Union of British Columbia Indian Chiefs, the Okanagan Nation Alliance and the Shuswap Nation Tribal Council and their member communities, Okanagan, Adams Lake, Neskonlith and Splatshin Indian Bands.

Charles F. Willms et Kevin O'Callaghan, pour les intervenants Business Council of British Columbia, Council of Forest Industries, Coast Forest Products Association, Mining Association of British Columbia et Association for Mineral Exploration British Columbia.

Joseph J. Arvay, c.r., Catherine J. Boies Parker et Patrick Macklem, pour l'intervenante l'Assemblée des Premières Nations.

Diane Soroka, pour les intervenants les chefs héréditaires Gitanyow de Gwass Hlaam, Gamlaxyeltxw, Malii, Gwinuu, Haizimsque, Watakhayetsxw, Luuxhon et Wii'litswx, en leur nom et au nom de tous les Gitanyow, et le Bureau des chefs Wet'suwet'en.

Robert B. Morales et Renée Racette, pour l'intervenant le Groupe du traité Hul'qumi'num.

Argumentation écrite seulement par *Louise Mandell, c.r., Stuart Rush, c.r., Michael Jackson, c.r., Terri-Lynn Williams-Davidson, David Paterson et Angela D'Elia*, pour l'intervenant le Conseil de la Nation haïda.

David C. Nahwegahbow et Guy Régimbald, pour l'intervenante l'Association du barreau autochtone au Canada.

Maria Morellato, c.r., Cheryl Sharvit et Stacey Edzerza Fox, pour l'intervenant le Sommet des Premières Nations.

Argumentation écrite seulement par *John W. Gailus et Christopher G. Devlin*, pour les intervenantes la Première Nation Tsawout, la Première Nation Tsartlip, la Première Nation Snuneymuxw et la Première Nation Kwakiutl.

Louise Mandell, c.r., Michael Jackson, c.r., Ardith Walkem et Nicole Schabus, pour l'intervenante la Coalition de l'Union des chefs indiens de la Colombie-Britannique, l'Alliance des Nations de l'Okanagan, le Conseil tribal de la Nation Shuswap et leurs communautés membres, les bandes indiennes d'Okanagan, d'Adams Lake, de Neskonlith et de Splatshin.

Justin Safayeni and Paul Joffe, for the interveners Amnesty International and the Canadian Friends Service Committee.

Tim A. Dickson, for the intervener the Gitxaala Nation.

Gregory J. McDade, Q.C., and *F. Matthew Kirchner*, for the interveners the Chilko Resorts and Community Association and the Council of Canadians.

Justin Safayeni et Paul Joffe, pour les intervenants Amnistie internationale et Secours Quaker canadien.

Tim A. Dickson, pour l'intervenante la Nation Gitxaala.

Gregory J. McDade, c.r., et *F. Matthew Kirchner*, pour les intervenants Chilko Resorts and Community Association et le Conseil des Canadiens.

TABLE OF CONTENTS

	Paragraph
I. <u>Introduction</u>	1
II. <u>The Historic Backdrop</u>	3
III. <u>The Jurisprudential Backdrop</u>	10
IV. <u>Pleadings in Aboriginal Land Claims Cases</u>	19
V. <u>Is Aboriginal Title Established?</u>	19
A. <i>The Test for Aboriginal Title</i>	24
(1) <u>Sufficiency of Occupation</u>	33
(2) <u>Continuity of Occupation</u>	45
(3) <u>Exclusivity of Occupation</u>	47
(4) <u>Summary</u>	50
B. <i>Was Aboriginal Title Established in This Case?</i>	51
VI. <u>What Rights Does Aboriginal Title Confer?</u>	67
A. <i>The Legal Characterization of Aboriginal Title</i>	69

TABLE DES MATIÈRES

	Paragraphe
I. <u>Introduction</u>	1
II. <u>Le contexte historique</u>	3
III. <u>Le contexte jurisprudentiel</u>	10
IV. <u>Les actes de procédure dans les instances relatives aux revendications territoriales des Autochtones</u>	19
V. <u>L'existence du titre ancestral est-elle établie?</u>	24
A. <i>Le critère applicable en matière de titre ancestral</i>	24
(1) <u>La suffisance de l'occupation</u>	33
(2) <u>La continuité de l'occupation</u>	45
(3) <u>L'exclusivité de l'occupation</u>	47
(4) <u>Résumé</u>	50
B. <i>L'existence du titre ancestral a-t-elle été établie en l'espèce?</i>	51
VI. <u>Quels droits confère le titre ancestral?</u>	67
A. <i>La qualification juridique du titre ancestral</i>	69

B. <i>The Incidents of Aboriginal Title</i> 73	B. <i>Les attributs du titre ancestral</i> 73
C. <i>Justification of Infringement</i> 77	C. <i>La justification de l'atteinte</i> 77
D. <i>Remedies and Transition</i> 89	D. <i>Mesures de réparation et période transitoire</i> 89
E. <i>What Duties Were Owed by the Crown at the Time of the Government Action?</i> 93	E. <i>Quelles étaient les obligations de la Couronne au moment de la prise de la mesure gouvernementale?</i> 93
VII. <u>Breach of the Duty to Consult</u> 95	VII. <u>Le manquement à l'obligation de consultation</u> 95
VIII. <u>Provincial Laws and Aboriginal Title</u> 98	VIII. <u>Les lois provinciales et le titre ancestral</u> 98
A. <i>Do Provincial Laws of General Application Apply to Land Held Under Aboriginal Title?</i> 101	A. <i>Les lois provinciales d'application générale s'appliquent-elles aux terres visées par un titre ancestral?</i> 101
B. <i>Does the Forest Act on its Face Apply to Aboriginal Title Land?</i> 107	B. <i>À première vue, la Forest Act s'applique-t-elle aux terres visées par un titre ancestral?</i> 107
C. <i>Is the Forest Act Ousted by the Constitution?</i> 117	C. <i>La Forest Act est-elle écartée par la Constitution?</i> 117
(1) <u>Section 35 of the Constitution Act, 1982</u> 118	(1) <u>L'article 35 de la Loi constitutionnelle de 1982</u> 118
(2) <u>The Division of Powers</u> 128	(2) <u>Le partage des compétences</u> 128
IX. <u>Conclusion</u> 153	IX. <u>Conclusion</u> 153

The judgment of the Court was delivered by

Version française du jugement de la Cour rendu par

THE CHIEF JUSTICE —

LA JUGE EN CHEF —

I. Introduction

I. Introduction

[1] What is the test for Aboriginal title to land? If title is established, what rights does it confer? Does the British Columbia *Forest Act*, R.S.B.C. 1996, c. 157, apply to land covered by Aboriginal title? What are the constitutional constraints on provincial regulation of land under Aboriginal

[1] Quel critère permet d'établir l'existence d'un titre ancestral sur un territoire? Si l'existence d'un titre est établie, quels droits confère-t-il? La *Forest Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 157, de la Colombie-Britannique s'applique-t-elle aux terres visées par un titre ancestral? Quelles contraintes

title? Finally, how are broader public interests to be reconciled with the rights conferred by Aboriginal title? These are among the important questions raised by this appeal.

[2] These reasons conclude:

- Aboriginal title flows from occupation in the sense of regular and exclusive use of land.
- In this case, Aboriginal title is established over the area designated by the trial judge.
- Aboriginal title confers the right to use and control the land and to reap the benefits flowing from it.
- Where title is asserted, but has not yet been established, s. 35 of the *Constitution Act, 1982* requires the Crown to consult with the group asserting title and, if appropriate, accommodate its interests.
- Once Aboriginal title is established, s. 35 of the *Constitution Act, 1982* permits incursions on it only with the consent of the Aboriginal group or if they are justified by a compelling and substantial public purpose and are not inconsistent with the Crown's fiduciary duty to the Aboriginal group; for purposes of determining the validity of provincial legislative incursions on lands held under Aboriginal title, this framework displaces the doctrine of interjurisdictional immunity.
- In this case, the Province's land use planning and forestry authorizations were inconsistent with its duties owed to the Tsilhqot'in people.

constitutionnelles sont imposées à la réglementation, par la province, des terres visées par un titre ancestral? Enfin, comment concilier l'intérêt public général et les droits conférés par un titre ancestral? Voilà quelques questions importantes soulevées dans le présent pourvoi.

[2] Voici les conclusions tirées dans les présents motifs :

- Le titre ancestral découle de l'occupation, c'est-à-dire d'une utilisation régulière et exclusive des terres.
- En l'espèce, l'existence d'un titre ancestral est établie à l'égard du territoire désigné par le juge de première instance.
- Le titre ancestral confère le droit d'utiliser et de contrôler le territoire et de tirer les avantages qui en découlent.
- Lorsque le titre est revendiqué, mais que son existence n'a pas encore été établie, l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* oblige la Couronne à consulter le groupe qui revendique ce titre et, s'il y a lieu, à trouver des accommodements à ses intérêts.
- Une fois établie l'existence du titre ancestral, l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* permet d'y porter atteinte seulement si le groupe autochtone y consent ou si l'atteinte est justifiée par un objectif public réel et impérieux et si elle est compatible avec l'obligation fiduciaire de la Couronne envers le groupe autochtone; lorsqu'il s'agit de déterminer la validité d'une atteinte causée par l'application des lois provinciales aux terres visées par un titre ancestral, ce cadre d'analyse écarte la doctrine de l'exclusivité des compétences.
- En l'espèce, le projet d'aménagement du territoire de la province et les autorisations d'exploitation forestière accordées par elle étaient incompatibles avec les obligations qu'elle avait envers le peuple Tsilhqot'in.

II. The Historic Backdrop

[3] For centuries, people of the Tsilhqot'in Nation — a grouping of six bands sharing common culture and history — have lived in a remote valley bounded by rivers and mountains in central British Columbia. They lived in villages, managed lands for the foraging of roots and herbs, hunted and trapped. They repelled invaders and set terms for the European traders who came onto their land. From the Tsilhqot'in perspective, the land has always been theirs.

[4] Throughout most of Canada, the Crown entered into treaties whereby the indigenous peoples gave up their claim to land in exchange for reservations and other promises, but, with minor exceptions, this did not happen in British Columbia. The Tsilhqot'in Nation is one of hundreds of indigenous groups in British Columbia with unresolved land claims.

[5] The issue of Tsilhqot'in title lay latent until 1983, when the Province granted Carrier Lumber Ltd. a forest licence to cut trees in part of the territory at issue. The Xeni Gwet'in First Nations government (one of the six bands that make up the Tsilhqot'in Nation) objected and sought a declaration prohibiting commercial logging on the land. The dispute led to the blockade of a bridge the forest company was upgrading. The blockade ceased when the Premier promised that there would be no further logging without the consent of the Xeni Gwet'in. Talks between the Ministry of Forests and the Xeni Gwet'in ensued, but reached an impasse over the Xeni Gwet'in claim to a right of first refusal to logging. In 1998, the original claim was amended to include a claim for Aboriginal title on behalf of all Tsilhqot'in people.

[6] The claim is confined to approximately five percent of what the Tsilhqot'in — a total of about

II. Le contexte historique

[3] Depuis des siècles, le peuple de la nation Tsilhqot'in — un regroupement de six bandes ayant une culture et une histoire communes — vit dans une vallée éloignée entourée de rivières et de montagnes dans le centre de la Colombie-Britannique. Les membres de cette nation ont vécu dans des villages, géré des terres pour y récolter des végétaux à racine et des herbes; ils ont chassé et piégé. Ils ont repoussé les envahisseurs et imposé des conditions aux marchands européens qui entraient sur leur territoire. De leur point de vue, le territoire leur a toujours appartenu.

[4] La Couronne a conclu presque partout au Canada des traités en vertu desquels les peuples autochtones ont renoncé à leurs revendications territoriales en échange de réserves et d'autres promesses, mais, à quelques exceptions près, ce n'est pas ce qui s'est produit en Colombie-Britannique. La nation Tsilhqot'in n'est qu'un groupe autochtone parmi des centaines en Colombie-Britannique dont les revendications territoriales ne sont pas réglées.

[5] La question du titre des Tsilhqot'in est demeurée latente jusqu'en 1983, quand la province a accordé à Carrier Lumber Ltd. un permis d'exploitation forestière l'autorisant à abattre des arbres dans une partie du territoire en question. Le gouvernement de la Première Nation Xeni Gwet'in (une des six bandes qui constituent la nation Tsilhqot'in) s'y est opposé et a sollicité un jugement déclaratoire interdisant l'exploitation forestière commerciale sur le territoire. Le litige a mené au barrage d'un pont que l'entreprise forestière voulait moderniser. Le barrage a été levé quand le premier ministre a promis qu'il n'y aurait aucune autre exploitation forestière sans le consentement des Xeni Gwet'in. Le ministère des Forêts et les Xeni Gwet'in ont négocié, mais ils n'ont pu s'entendre sur le droit de premier refus revendiqué par les Xeni Gwet'in à l'égard de l'exploitation forestière. En 1998, la revendication initiale a été modifiée de manière à inclure une revendication du titre ancestral au nom de tous les Tsilhqot'in.

[6] La revendication se limite à environ cinq pour cent de ce que les Tsilhqot'in — approximativement

3,000 people — regard as their traditional territory. The area in question is sparsely populated. About 200 Tsilhqot'in people live there, along with a handful of non-indigenous people who support the Tsilhqot'in claim to title. There are no adverse claims from other indigenous groups. The federal and provincial governments both oppose the title claim.

[7] In 2002, the trial commenced before Vickers J. of the British Columbia Supreme Court, and continued for 339 days over a span of five years. The trial judge spent time in the claim area and heard extensive evidence from elders, historians and other experts. He found that the Tsilhqot'in people were in principle entitled to a declaration of Aboriginal title to a portion of the claim area as well as to a small area outside the claim area. However, for procedural reasons which are no longer relied on by the Province, he refused to make a declaration of title (2007 BCSC 1700, [2008] 1 C.N.L.R. 112).

[8] In 2012, the British Columbia Court of Appeal held that the Tsilhqot'in claim to title had not been established, but left open the possibility that in the future, the Tsilhqot'in might be able to prove title to specific sites within the area claimed. For the rest of the claimed territory, the Tsilhqot'in were confined to Aboriginal rights to hunt, trap and harvest (2012 BCCA 285, 33 B.C.L.R. (5th) 260).

[9] The Tsilhqot'in now ask this Court for a declaration of Aboriginal title over the area designated by the trial judge, with one exception. A small portion of the area designated by the trial judge consists of either privately owned or underwater lands and no declaration of Aboriginal title over these lands is sought before this Court. With respect to those areas designated by the trial judge that are not privately owned or submerged lands, the Tsilhqot'in ask this Court to restore the trial judge's finding, affirm their title to the area he designated, and confirm that issuance of forestry licences on the

3 000 personnes — considèrent comme étant leur territoire traditionnel. Ce territoire est peu peuplé. Environ 200 membres des Tsilhqot'in y vivent, ainsi que quelques non-Autochtones qui appuient la revendication du titre des Tsilhqot'in. Aucun autre groupe autochtone n'a revendiqué un titre sur ce territoire. Les gouvernements fédéral et provincial s'opposent tous deux à la revendication du titre.

[7] Le procès a débuté en 2002 devant le juge Vickers de la Cour suprême de la Colombie-Britannique et a duré 339 jours sur une période de cinq ans. Le juge de première instance s'est rendu sur le territoire revendiqué et a entendu de nombreux témoignages des aînés, des historiens et d'autres experts. Il a conclu que les Tsilhqot'in avaient droit, en principe, à un jugement déclarant l'existence d'un titre ancestral sur une partie du territoire revendiqué ainsi que sur un petit secteur à l'extérieur de ce territoire. Cependant, pour des raisons d'ordre procédural que la province n'invoque plus, il a refusé dans son jugement de déclarer l'existence d'un titre ancestral (2007 BCSC 1700, [2008] 1 C.N.L.R. 112).

[8] En 2012, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a conclu que l'existence du titre revendiqué par les Tsilhqot'in n'avait pas été établie, mais n'a pas écarté la possibilité que les Tsilhqot'in puissent éventuellement établir l'existence d'un titre sur certains sites à l'intérieur du territoire revendiqué. En ce qui concerne le reste du territoire revendiqué, les Tsilhqot'in n'ont obtenu que les droits ancestraux de chasse, de piégeage et de récolte (2012 BCCA 285, 33 B.C.L.R. (5th) 260).

[9] Les Tsilhqot'in demandent maintenant à notre Cour de reconnaître l'existence du titre ancestral sur le territoire désigné par le juge de première instance, sous réserve d'une exception. Sur une petite partie du territoire désigné par le juge se trouvent des terrains privés ou des terres submergées à l'égard desquels la reconnaissance du titre ancestral n'est pas demandée devant notre Cour. Pour ce qui est des terres désignées par le juge qui ne sont pas des terrains privés ou des terres submergées, les Tsilhqot'in demandent à notre Cour de rétablir les conclusions du juge de première instance, de

land unjustifiably infringed their rights under that title.

III. The Jurisprudential Backdrop

[10] In 1973, the Supreme Court of Canada ushered in the modern era of Aboriginal land law by ruling that Aboriginal land rights survived European settlement and remain valid to the present unless extinguished by treaty or otherwise: *Calder v. Attorney-General of British Columbia*, [1973] S.C.R. 313. Although the majority in *Calder* divided on whether title had been extinguished, its affirmation of Aboriginal rights to land led the Government of Canada to begin treaty negotiations with First Nations without treaties — mainly in British Columbia — resuming a policy that had been abandoned in the 1920s: P. W. Hogg, “The Constitutional Basis of Aboriginal Rights”, in M. Morellato, ed., *Aboriginal Law Since Delgamuukw* (2009), 3.

[11] Almost a decade after *Calder*, the enactment of s. 35 of the *Constitution Act, 1982* “recognized and affirmed” existing Aboriginal rights, although it took some time for the meaning of this section to be fully fleshed out.

[12] In *Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335, this Court confirmed the potential for Aboriginal title in ancestral lands. The actual dispute concerned government conduct with respect to reserve lands. The Court held that the government had breached a fiduciary duty to the Musqueam Indian Band. In a concurring opinion, Justice Dickson (later Chief Justice) addressed the theory underlying Aboriginal title. He held that the Crown acquired radical or underlying title to all the land in British Columbia at the time of sovereignty. However, this title was burdened by the “pre-existing legal right” of

confirmer qu’ils possèdent le titre ancestral sur le secteur qu’il a désigné et de confirmer que la délivrance de permis d’exploitation forestière sur les terres a indûment porté atteinte aux droits que leur confère ce titre.

III. Le contexte jurisprudentiel

[10] En 1973, la Cour suprême du Canada a marqué le début de l’ère moderne du droit inhérent aux terres ancestrales en statuant que les droits fonciers des Autochtones avaient subsisté à l’établissement des Européens et qu’ils étaient toujours valides s’ils n’avaient pas été éteints par traité ou autrement : *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, [1973] R.C.S. 313. Bien que les juges majoritaires dans *Calder* étaient divisés quant à savoir si le titre avait été éteint, leur confirmation des droits fonciers ancestraux a incité le gouvernement du Canada à entamer des négociations avec les Premières Nations non assujetties à des traités en vue de conclure des traités — principalement en Colombie-Britannique — reprenant ainsi une politique qui avait été abandonnée dans les années 1920 : P. W. Hogg, « The Constitutional Basis of Aboriginal Rights », dans M. Morellato, dir., *Aboriginal Law Since Delgamuukw* (2009), 3.

[11] Presque 10 ans après l’arrêt *Calder*, les droits existants des Autochtones ont été « reconnus et confirmés » avec l’adoption de l’art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, bien qu’il ait fallu un certain temps pour bien préciser le sens de cette disposition.

[12] Dans l’arrêt *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335, notre Cour a confirmé qu’il était possible que les Autochtones détiennent un titre sur les terres ancestrales. Le litige se rapportait à la conduite du gouvernement à l’égard de terres situées sur une réserve. La Cour a conclu que le gouvernement avait manqué à une obligation fiduciaire envers la bande indienne Musqueam. Dans une opinion concourante, le juge Dickson (plus tard Juge en chef) a examiné la théorie sous-jacente au titre ancestral. Selon lui, la Couronne a acquis un titre absolu ou sous-jacent sur toutes les terres situées

Aboriginal people based on their use and occupation of the land prior to European arrival (pp. 379-82). Dickson J. characterized this Aboriginal interest in the land as “an independent legal interest” (at p. 385), which gives rise to a *sui generis* fiduciary duty on the part of the Crown.

[13] In 1990, this Court held that s. 35 of the *Constitution Act, 1982* constitutionally protected all Aboriginal rights that had not been extinguished prior to April 17, 1982, and imposed a fiduciary duty on the Crown with respect to those rights: *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075. The Court held that under s. 35, legislation can infringe rights protected by s. 35 only if it passes a two-step justification analysis: the legislation must further a “compelling and substantial” purpose and account for the “priority” of the infringed Aboriginal interest under the fiduciary obligation imposed on the Crown (pp. 1113-19).

[14] The principles developed in *Calder*, *Guerin* and *Sparrow* were consolidated and applied in the context of a claim for Aboriginal title in *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010. This Court confirmed the *sui generis* nature of the rights and obligations to which the Crown’s relationship with Aboriginal peoples gives rise, and stated that what makes Aboriginal title unique is that it arises from possession *before* the assertion of British sovereignty, as distinguished from other estates such as fee simple that arise *afterward*. The dual perspectives of the common law and of the Aboriginal group bear equal weight in evaluating a claim for Aboriginal title.

[15] The Court in *Delgamuukw* summarized the content of Aboriginal title by two propositions, one positive and one negative. Positively, “[A]boriginal

en Colombie-Britannique au moment de l’affirmation de la souveraineté. Cependant, ce titre était grevé du « droit, en *common law*, qui existait déjà » que détiennent les peuples autochtones du fait de leur utilisation et de leur occupation des terres avant l’arrivée des Européens (p. 379-382). Le juge Dickson a affirmé que le droit des Autochtones sur leurs terres avait « une existence juridique indépendante » (p. 385), lequel donne naissance à une obligation fiduciaire *sui generis* de la Couronne.

[13] En 1990, notre Cour a conclu que l’art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* accordait une protection constitutionnelle à tous les droits ancestraux qui n’avaient pas été éteints avant le 17 avril 1982 et imposait à la Couronne une obligation fiduciaire relativement à ces droits : *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075. La Cour a déclaré que, sous le régime de l’art. 35, un texte de loi ne peut porter atteinte aux droits protégés par cet article que si l’atteinte résiste à une analyse de la justification en deux étapes : le texte de loi doit poursuivre un objectif « impérieux et réel » et doit reconnaître la « priorité » du droit ancestral en cause qui découle de l’obligation fiduciaire imposée à la Couronne (p. 1113-1119).

[14] Les principes établis dans les arrêts *Calder*, *Guerin* et *Sparrow* ont été réunis et appliqués dans le contexte d’une revendication du titre ancestral dans l’arrêt *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010. Notre Cour a confirmé le caractère *sui generis* des droits et des obligations auxquels la relation entre la Couronne et les peuples autochtones donne naissance, et elle a déclaré que ce qui rend le titre ancestral unique est le fait qu’il découle d’une possession *antérieure* à l’affirmation de la souveraineté britannique, contrairement aux autres domaines, comme le fief simple, qui ont pris naissance *par la suite*. Il faut accorder une importance égale à la *common law* et au point de vue des Autochtones au moment d’évaluer une revendication du titre ancestral.

[15] Dans l’arrêt *Delgamuukw*, la Cour a résumé le contenu du titre ancestral au moyen de deux énoncés, l’un positif et l’autre négatif. De façon

title encompasses the right to exclusive use and occupation of the land held pursuant to that title for a variety of purposes, which need not be aspects of those [A]boriginal practices, customs and traditions which are integral to distinctive [A]boriginal cultures” (para. 117). Negatively, the “protected uses must not be irreconcilable with the nature of the group’s attachment to that land” (*ibid.*) — that is, it is group title and cannot be alienated in a way that deprives future generations of the control and benefit of the land.

[16] The Court in *Delgamuukw* confirmed that infringements of Aboriginal title can be justified under s. 35 of the *Constitution Act, 1982* pursuant to the *Sparrow* test and described this as a “necessary part of the reconciliation of [A]boriginal societies with the broader political community of which they are part” (at para. 161), quoting *R. v. Gladstone*, [1996] 2 S.C.R. 723, at para. 73. While *Sparrow* had spoken of *priority* of Aboriginal rights infringed by regulations over non-aboriginal interests, *Delgamuukw* articulated the “different” (at para. 168) approach of involvement of Aboriginal peoples — varying depending on the severity of the infringement — in decisions taken with respect to their lands.

[17] In *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, 2004 SCC 73, [2004] 3 S.C.R. 511, the Court applied the *Delgamuukw* idea of involvement of the affected Aboriginal group in decisions about its land to the situation where development is proposed on land over which Aboriginal title is asserted but has not yet been established. The Court affirmed a spectrum of consultation. The Crown’s duty to consult and accommodate the asserted Aboriginal interest “is proportionate to a preliminary assessment of the strength of the case supporting the existence of the right or title, and to the seriousness of the potentially adverse effect upon the right or title claimed” (para. 39). Thus, the idea of proportionate balancing implicit in *Delgamuukw* reappears in *Haida*. The Court in

positive, « le titre aborigène comprend le droit d’utiliser et d’occuper de façon exclusive les terres détenues en vertu de ce titre pour diverses fins qui ne doivent pas nécessairement être des aspects de coutumes, pratiques et traditions autochtones faisant partie intégrante d’une culture autochtone distinctive » (par. 117). De façon négative, ces « utilisations protégées ne doivent pas être incompatibles avec la nature de l’attachement qu’a le groupe concerné pour ces terres » (*ibid.*) — c’est-à-dire que le titre appartient au groupe et qu’il ne peut pas être aliéné d’une manière qui prive les générations futures du contrôle et du bénéfice des terres.

[16] Dans *Delgamuukw*, la Cour a confirmé que les atteintes au titre ancestral peuvent être justifiées au regard de l’art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* suivant le critère énoncé dans l’arrêt *Sparrow* et a décrit les droits ancestraux comme un « élément nécessaire de la conciliation de l’existence des sociétés autochtones avec la communauté politique plus large à laquelle ces dernières appartiennent » (par. 161), citant *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723, par. 73. Alors que dans l’arrêt *Sparrow* il était question de la *priorité* des droits ancestraux violés par des dispositions réglementaires sur les intérêts non autochtones, l’arrêt *Delgamuukw* a exposé « autrement » (au par. 168) l’approche selon laquelle les peuples autochtones participent — participation qui varie en fonction de la gravité de l’atteinte — à la prise des décisions concernant leurs terres.

[17] Dans l’arrêt *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, 2004 CSC 73, [2004] 3 R.C.S. 511, la Cour a appliqué l’idée exprimée dans l’arrêt *Delgamuukw*, soit que le groupe autochtone visé participe à la prise des décisions concernant ses terres, à un cas où il est proposé que des activités d’exploitation soient menées sur des terres sur lesquelles le titre ancestral est revendiqué mais n’est pas encore établi. La Cour a reconnu un continuum de consultation. L’obligation de la Couronne de consulter les Autochtones et de trouver des accommodements aux droits qu’ils revendiquent « dépend de l’évaluation préliminaire de la solidité de la preuve étayant l’existence du droit ou du titre revendiqué, et de la gravité des effets préjudiciables potentiels sur le droit ou le

Haida stated that the Crown had not only a moral duty, but a legal duty to negotiate in good faith to resolve land claims (para. 25). The governing ethos is not one of competing interests but of reconciliation.

[18] The jurisprudence just reviewed establishes a number of propositions that touch on the issues that arise in this case, including:

- Radical or underlying Crown title is subject to Aboriginal land interests where they are established.
- Aboriginal title gives the Aboriginal group the right to use and control the land and enjoy its benefits.
- Governments can infringe Aboriginal rights conferred by Aboriginal title but only where they can justify the infringements on the basis of a compelling and substantial purpose and establish that they are consistent with the Crown's fiduciary duty to the group.
- Resource development on claimed land to which title has not been established requires the government to consult with the claimant Aboriginal group.
- Governments are under a legal duty to negotiate in good faith to resolve claims to ancestral lands.

Against this background, I turn to the issues raised in this appeal.

IV. Pleadings in Aboriginal Land Claims Cases

[19] The Province, to its credit, no longer contends that the claim should be barred because of

titre » (par. 39). Ainsi, la notion de mise en balance proportionnée qui ressort implicitement de l'arrêt *Delgamuukw* est reprise dans *Nation haïda*. Dans ce dernier arrêt, la Cour a indiqué que la Couronne n'avait pas seulement une obligation morale, mais une obligation légale de négocier de bonne foi dans le but de régler les revendications territoriales (par. 25). Le principe directeur ne repose pas sur les intérêts opposés mais sur la conciliation.

[18] Les arrêts que nous venons d'examiner établissent un certain nombre de postulats qui touchent à des questions soulevées en l'espèce, notamment :

- Le titre absolu ou sous-jacent de la Couronne est assujéti aux droits qu'ont les Autochtones sur les terres où ils sont établis.
- Le titre ancestral confère au groupe autochtone le droit d'utiliser et de contrôler le territoire, et de bénéficier des avantages qu'il procure.
- Les gouvernements peuvent porter atteinte aux droits ancestraux que confère le titre ancestral, mais seulement dans la mesure où ils peuvent démontrer que les atteintes poursuivent un objectif impérieux et réel et qu'elles sont compatibles avec l'obligation fiduciaire qu'a la Couronne envers le groupe.
- L'exploitation des ressources sur des terres revendiquées dont le titre n'a pas été établi exige du gouvernement qu'il consulte la nation autochtone revendicatrice.
- Les gouvernements ont l'obligation légale de négocier de bonne foi dans le but de régler les revendications de terres ancestrales.

C'est dans ce contexte que j'aborde les questions soulevées dans le présent pourvoi.

IV. Les actes de procédure dans les instances relatives aux revendications territoriales des Autochtones

[19] À sa décharge, la province ne soutient plus que la revendication doive être rejetée en raison

defects in the pleadings. However, it may be useful to address how to approach pleadings in land claims, in view of their importance to future land claims.

[20] I agree with the Court of Appeal that a functional approach should be taken to pleadings in Aboriginal cases. The function of pleadings is to provide the parties and the court with an outline of the material allegations and relief sought. Where pleadings achieve this aim, minor defects should be overlooked, in the absence of clear prejudice. A number of considerations support this approach.

[21] First, in a case such as this, the legal principles may be unclear at the outset, making it difficult to frame the claim with exactitude.

[22] Second, in these cases, the evidence as to how the land was used may be uncertain at the outset. As the claim proceeds, elders will come forward and experts will be engaged. Through the course of the trial, the historic practices of the Aboriginal group in question will be expounded, tested and clarified. The Court of Appeal correctly recognized that determining whether Aboriginal title is made out over a pleaded area is not an “all or nothing” proposition (at para. 117):

The occupation of traditional territories by First Nations prior to the assertion of Crown sovereignty was not an occupation based on a Torrens system, or, indeed, on any precise boundaries. Except where impassable (or virtually impassable) natural boundaries existed, the limits of a traditional territory were typically ill-defined and fluid. . . . [Therefore] requir[ing] proof of Aboriginal title precisely mirroring the claim would be too exacting. [para. 118]

[23] Third, cases such as this require an approach that results in decisions based on the best

de vices qui entachent les actes de procédure. Cependant, il peut être utile de déterminer l’approche à adopter à l’égard des actes de procédure dans les revendications territoriales compte tenu de leur importance pour de futures revendications territoriales.

[20] Je suis d’accord avec la Cour d’appel pour dire qu’il convient d’adopter une approche fonctionnelle à l’égard des actes de procédure dans les affaires intéressant les Autochtones. Les actes de procédure visent à fournir aux parties et au tribunal un aperçu des allégations importantes et de la réparation sollicitée. Quand les actes de procédure permettent l’atteinte de cet objectif, en l’absence d’un préjudice évident, il ne faut pas tenir compte des vices mineurs. Un certain nombre de considérations étayent cette approche.

[21] Premièrement, dans un cas comme celui qui nous occupe, les principes juridiques sont parfois ambigus de prime abord, de sorte qu’il est difficile de formuler la demande avec exactitude.

[22] Deuxièmement, en de telles circonstances, la preuve quant à la façon dont le territoire était utilisé peut être incertaine au départ, mais à mesure que la demande progresse, des aînés se manifestent et les services d’experts sont retenus. Pendant le procès, les pratiques historiques du groupe autochtone en question sont exposées, vérifiées et précisées. La Cour d’appel a reconnu à juste titre que la question de savoir si le bien-fondé de la revendication d’un titre ancestral est établi sur un territoire n’est pas une affaire de [TRADUCTION] « tout ou rien » (par. 117) :

[TRADUCTION] L’occupation des territoires traditionnels par les Premières Nations avant l’affirmation de la souveraineté de la Couronne n’était pas une occupation fondée sur le régime Torrens, ni sur des limites précises. Sauf dans les cas où il existait des limites naturelles infranchissables (ou quasi infranchissables), les limites d’un territoire traditionnel étaient habituellement mal définies et variables. [. . .] [Par conséquent] il serait trop exigeant de demander une preuve du titre ancestral qui reflète précisément la revendication. [par. 118]

[23] Troisièmement, les cas comme celui-ci requièrent une approche qui permet de rendre des

evidence that emerges, not what a lawyer may have envisaged when drafting the initial claim. What is at stake is nothing less than justice for the Aboriginal group and its descendants, and the reconciliation between the group and broader society. A technical approach to pleadings would serve neither goal. It is in the broader public interest that land claims and rights issues be resolved in a way that reflects the substance of the matter. Only thus can the project of reconciliation this Court spoke of in *Delgamuukw* be achieved.

V. Is Aboriginal Title Established?

A. *The Test for Aboriginal Title*

[24] How should the courts determine whether a semi-nomadic indigenous group has title to lands? This Court has never directly answered this question. The courts below disagreed on the correct approach. We must now clarify the test.

[25] As we have seen, the *Delgamuukw* test for Aboriginal title to land is based on “occupation” prior to assertion of European sovereignty. To ground Aboriginal title this occupation must possess three characteristics. It must be *sufficient*; it must be *continuous* (where present occupation is relied on); and it must be *exclusive*.

[26] The test was set out in *Delgamuukw*, per Lamer C.J., at para. 143:

In order to make out a claim for [A]boriginal title, the [A]boriginal group asserting title must satisfy the following criteria: (i) the land must have been occupied prior to sovereignty, (ii) if present occupation is relied on as proof of occupation pre-sovereignty, there must be a continuity between present and pre-sovereignty occupation, and (iii) at sovereignty, that occupation must have been exclusive.

décisions fondées sur la meilleure preuve disponible, et non sur ce qu’un avocat a pu envisager quand il a rédigé la demande initiale. L’enjeu n’est rien de moins que la possibilité pour le groupe autochtone et ses descendants d’obtenir justice et la conciliation des intérêts du groupe et de la société en général. Le formalisme à l’égard des actes de procédure ne servirait aucun de ces objectifs. L’intérêt public général commande que les questions relatives aux revendications territoriales et aux droits soient tranchées dans le respect du fond du litige. Ce n’est qu’ainsi que peut se réaliser la conciliation dont notre Cour a fait état dans *Delgamuukw*.

V. L’existence du titre ancestral est-elle établie?

A. *Le critère applicable en matière de titre ancestral*

[24] Comment les tribunaux devraient-ils déterminer si un groupe autochtone semi-nomade détient un titre sur des terres? Notre Cour n’a jamais répondu directement à cette question. Les tribunaux d’instance inférieure ne se sont pas entendus sur l’approche qu’il convient d’adopter. Nous devons donc maintenant préciser le critère.

[25] Je le répète, le critère relatif au titre ancestral énoncé dans l’arrêt *Delgamuukw* est fondé sur l’« occupation » antérieure à l’affirmation de la souveraineté européenne. Pour fonder le titre ancestral, l’occupation doit posséder trois caractéristiques : elle doit être *suffisante*, elle doit être *continue* (si l’occupation actuelle est invoquée) et elle doit être *exclusive*.

[26] Le critère a été énoncé par le juge en chef Lamer dans l’arrêt *Delgamuukw*, par. 143 :

Pour établir le bien-fondé de la revendication d’un titre autochtone, le groupe autochtone qui revendique ce titre doit satisfaire aux exigences suivantes : (i) il doit avoir occupé le territoire avant l’affirmation de la souveraineté; (ii) si l’occupation actuelle est invoquée comme preuve de l’occupation avant l’affirmation de la souveraineté, il doit exister une continuité entre l’occupation actuelle et l’occupation antérieure à l’affirmation de la souveraineté; (iii) au moment de l’affirmation de la souveraineté, cette occupation doit avoir été exclusive.

[27] The trial judge in this case held that “occupation” was established for the purpose of proving title by showing regular and exclusive use of sites or territory. On this basis, he concluded that the Tsilhqot'in had established title not only to village sites and areas maintained for the harvesting of roots and berries, but to larger territories which their ancestors used regularly and exclusively for hunting, fishing and other activities.

[28] The Court of Appeal disagreed and applied a narrower test for Aboriginal title — site-specific occupation. It held that to prove sufficient occupation for title to land, an Aboriginal group must prove that its ancestors *intensively* used a definite tract of land with reasonably defined boundaries at the time of European sovereignty.

[29] For semi-nomadic Aboriginal groups like the Tsilhqot'in, the Court of Appeal's approach results in small islands of title surrounded by larger territories where the group possesses only Aboriginal rights to engage in activities like hunting and trapping. By contrast, on the trial judge's approach, the group would enjoy title to all the territory that their ancestors regularly and exclusively used at the time of assertion of European sovereignty.

[30] Against this backdrop, I return to the requirements for Aboriginal title: sufficient pre-sovereignty occupation; continuous occupation (where present occupation is relied on); and exclusive historic occupation.

[31] Should the three elements of the *Delgamuukw* test be considered independently, or as related aspects of a single concept? The High Court of Australia has expressed the view that there is little merit in considering aspects of occupancy separately. In *Western Australia v. Ward* (2002), 213 C.L.R. 1, the court stated as follows, at para 89:

[27] En l'espèce, le juge de première instance a conclu que l'« occupation » était établie dans le but de fonder le titre par la démonstration d'une utilisation régulière et exclusive de certains sites ou du territoire. De ce fait, il a estimé que les Tsilhqot'in avaient établi l'existence d'un titre non seulement sur des villages et des sites utilisés pour la récolte de végétaux à racine et de fruits, mais sur des territoires plus vastes que leurs ancêtres utilisaient régulièrement et exclusivement pour la chasse, la pêche et d'autres activités.

[28] La Cour d'appel a rejeté cette conclusion et a appliqué un critère plus restreint à l'égard du titre ancestral — celui de l'occupation d'un site spécifique. Elle a conclu que, pour faire la preuve d'une occupation suffisante établissant l'existence d'un titre, un groupe autochtone doit démontrer qu'au moment de l'affirmation de la souveraineté européenne, ses ancêtres utilisaient *intensément* une parcelle de terrain spécifique dont les limites sont raisonnablement définies.

[29] Pour des groupes autochtones semi-nomades comme les Tsilhqot'in, la démarche de la Cour d'appel lui permet de reconnaître un titre sur de petites parcelles entourées de territoires plus vastes où le groupe possède seulement le droit ancestral d'exercer certaines activités comme la chasse et le piégeage. Par contre, suivant la démarche retenue par le juge de première instance, le groupe détiendrait un titre sur l'ensemble du territoire régulièrement et exclusivement utilisé par ses ancêtres au moment de l'affirmation de la souveraineté européenne.

[30] Dans ce contexte, je reviens sur les exigences de la preuve du titre ancestral : une occupation suffisante avant l'affirmation de la souveraineté, une occupation continue (si l'occupation actuelle est invoquée) et une occupation historique exclusive.

[31] Les trois éléments du critère énoncé dans l'arrêt *Delgamuukw* devraient-ils être examinés séparément ou comme les aspects interreliés d'un concept unique? La Haute Cour d'Australie s'est dite d'avis qu'il y a peu d'intérêt à examiner séparément les aspects de l'occupation. Dans l'affaire *Western Australia c. Ward* (2002), 213 C.L.R. 1, cette cour a indiqué ce qui suit au par. 89 :

The expression “possession, occupation, use and enjoyment . . . to the exclusion of all others” is a composite expression directed to describing a particular measure of control over access to land. To break the expression into its constituent elements is apt to mislead. In particular, to speak of “possession” of the land, as distinct from possession to the exclusion of all others, invites attention to the common law content of the concept of possession and whatever notions of control over access might be thought to be attached to it, rather than to the relevant task, which is to identify how rights and interests possessed under traditional law and custom can properly find expression in common law terms.

[32] In my view, the concepts of sufficiency, continuity and exclusivity provide useful lenses through which to view the question of Aboriginal title. This said, the court must be careful not to lose or distort the Aboriginal perspective by forcing ancestral practices into the square boxes of common law concepts, thus frustrating the goal of faithfully translating pre-sovereignty Aboriginal interests into equivalent modern legal rights. Sufficiency, continuity and exclusivity are not ends in themselves, but inquiries that shed light on whether Aboriginal title is established.

1. Sufficiency of Occupation

[33] The first requirement — and the one that lies at the heart of this appeal — is that the occupation be *sufficient* to ground Aboriginal title. It is clear from *Delgamuukw* that not every passing traverse or use grounds title. What then constitutes *sufficient* occupation to ground title?

[34] The question of sufficient occupation must be approached from both the common law perspective and the Aboriginal perspective (*Delgamuukw*, at para. 147); see also *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507.

[TRANUCTION] L'expression « possession, occupation, utilisation et jouissance [. . .] à l'exclusion de toute autre personne » est une expression composite qui vise à décrire une mesure particulière de contrôle de l'accès aux terres. Décomposer l'expression en ses éléments constitutifs risque d'induire en erreur. Plus particulièrement, parler de « possession » des terres, une possession distincte de la possession à l'exclusion de toute autre personne, attire l'attention sur le contenu de la notion de possession en common law et sur toute notion de contrôle de l'accès que l'on pourrait considérer comme y étant liée, plutôt que sur ce qu'il nous incombe de faire, à savoir déterminer comment les droits et intérêts que les Autochtones possédaient en vertu des lois ou coutumes traditionnelles peuvent trouver leur juste expression en common law.

[32] À mon avis, les concepts de suffisance, de continuité et d'exclusivité offrent un angle intéressant pour apprécier la question du titre ancestral. Cela étant dit, le tribunal doit veiller à ne pas perdre de vue la perspective autochtone, ou à ne pas la dénaturer, en assimilant les pratiques ancestrales aux concepts rigides de la common law, ce qui irait à l'encontre de l'objectif qui consiste à traduire fidèlement les droits que possédaient les Autochtones avant l'affirmation de la souveraineté en droits juridiques contemporains équivalents. La suffisance, la continuité et l'exclusivité ne sont pas des fins en soi, mais plutôt des façons de savoir si l'existence du titre ancestral est établie.

1. La suffisance de l'occupation

[33] La première exigence — et celle qui se trouve au cœur du présent pourvoi — est celle selon laquelle l'occupation doit être *suffisante* pour fonder un titre ancestral. Il ressort clairement de l'arrêt *Delgamuukw* que le titre ne peut se fonder sur la présence passagère sur un territoire ou sur son utilisation passagère. Alors, en quoi consiste une occupation *suffisante* pour fonder un titre?

[34] Il faut aborder la question de l'occupation suffisante en tenant compte à la fois de la common law et du point de vue des Autochtones (*Delgamuukw*, par. 147); voir aussi *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507.

[35] The Aboriginal perspective focuses on laws, practices, customs and traditions of the group (*Delgamuukw*, at para. 148). In considering this perspective for the purpose of Aboriginal title, “one must take into account the group’s size, manner of life, material resources, and technological abilities, and the character of the lands claimed”: B. Slattery, “Understanding Aboriginal Rights” (1987), 66 *Can. Bar Rev.* 727, at p. 758, quoted with approval in *Delgamuukw*, at para. 149.

[36] The common law perspective imports the idea of possession and control of the lands. At common law, possession extends beyond sites that are physically occupied, like a house, to surrounding lands that are used and over which effective control is exercised.

[37] Sufficiency of occupation is a context-specific inquiry. “[O]ccupation may be established in a variety of ways, ranging from the construction of dwellings through cultivation and enclosure of fields to regular use of definite tracts of land for hunting, fishing or otherwise exploiting its resources” (*Delgamuukw*, at para. 149). The intensity and frequency of the use may vary with the characteristics of the Aboriginal group asserting title and the character of the land over which title is asserted. Here, for example, the land, while extensive, was harsh and was capable of supporting only 100 to 1,000 people. The fact that the Aboriginal group was only about 400 people must be considered in the context of the carrying capacity of the land in determining whether regular use of definite tracts of land is made out.

[38] To sufficiently occupy the land for purposes of title, the Aboriginal group in question must show that it has historically acted in a way that would communicate to third parties that it held the land for its own purposes. This standard does not demand notorious or visible use akin to proving a claim for adverse possession, but neither can the occupation be purely subjective or internal. There

[35] Le point de vue des Autochtones est axé sur les règles de droit, les pratiques, les coutumes et les traditions du groupe (*Delgamuukw*, par. 148). Dans l’examen de ce point de vue, [TRADUCTION] « il faut tenir compte de la taille, du mode de vie, des ressources matérielles et des habiletés technologiques du groupe concerné, ainsi que de la nature des terres revendiquées » : B. Slattery, « Understanding Aboriginal Rights » (1987), 66 *R. du B. can.* 727, p. 758, cité avec approbation dans *Delgamuukw*, par. 149.

[36] La common law comporte la notion de possession et de contrôle des terres. En common law, la notion de possession ne se limite pas aux sites physiquement occupés, comme une maison, mais s’étend aux terres environnantes qui sont utilisées et sur lesquelles un contrôle effectif est exercé.

[37] La suffisance de l’occupation est une question qui tient au contexte. « L’occupation [. . .] peut être prouvée par différents faits, allant de la construction de bâtiments à l’utilisation régulière de secteurs bien définis du territoire pour y pratiquer la chasse, la pêche ou d’autres types d’exploitation de ses ressources, en passant par la délimitation et la culture de champs » (*Delgamuukw*, par. 149). L’intensité et la fréquence de l’utilisation peuvent varier en fonction des caractéristiques du groupe autochtone qui revendique le titre et en fonction de la nature du territoire sur lequel le titre est revendiqué. En l’espèce, par exemple, le territoire, bien que vaste, était ingrat et ne pouvait assurer la subsistance que de 100 à 1 000 personnes. Le fait que le groupe autochtone ne comptait qu’environ 400 personnes doit être pris en compte dans le contexte de la capacité d’utilisation du territoire pour déterminer si l’utilisation régulière de secteurs bien définis est établie.

[38] Pour établir une occupation suffisante des terres dans le but de fonder l’existence d’un titre, le groupe autochtone en question doit démontrer qu’il a toujours agi de façon à informer les tiers qu’il détenait la terre pour ses propres besoins. Cette norme n’exige pas une preuve de l’utilisation notoire ou visible qui s’apparente à la preuve d’une revendication de possession adversative, mais

must be evidence of a strong presence on or over the land claimed, manifesting itself in acts of occupation that could reasonably be interpreted as demonstrating that the land in question belonged to, was controlled by, or was under the exclusive stewardship of the claimant group. As just discussed, the kinds of acts necessary to indicate a permanent presence and intention to hold and use the land for the group's purposes are dependent on the manner of life of the people and the nature of the land. Cultivated fields, constructed dwelling houses, invested labour, and a consistent presence on parts of the land may be sufficient, but are not essential to establish occupation. The notion of occupation must also reflect the way of life of the Aboriginal people, including those who were nomadic or semi-nomadic.

[39] In *R. v. Marshall*, 2003 NSCA 105, 218 N.S.R. (2d) 78, at paras. 135-38, Cromwell J.A. (as he then was), in reasoning I adopt, likens the sufficiency of occupation required to establish Aboriginal title to the requirements for general occupancy at common law. A general occupant at common law is a person asserting possession of land over which no one else has a present interest or with respect to which title is uncertain. Cromwell J.A. cites (at para. 136) the following extract from K. McNeil, *Common Law Aboriginal Title* (1989), at pp. 198-200:

What, then, did one have to do to acquire a title by occupancy? . . . [I]t appears . . . that . . . a casual entry, such as riding over land to hunt or hawk, or travelling across it, did not make an occupant, such acts "being only transitory and to a particular purpose, which leaves no marks of an appropriation, or of an intention to possess for the separate use of the rider". There must, therefore, have been an actual entry, and some act or acts from which an intention to occupy the land could be inferred. Significantly, the acts and intention had to relate only to the occupation — it was quite unnecessary for a potential occupant to claim, or even wish to acquire, the

l'occupation ne peut pas non plus être purement subjective ou interne. Il faut une preuve d'une forte présence des Autochtones sur les terres revendiquées, qui se manifeste par des actes d'occupation qui pourraient raisonnablement être interprétés comme une preuve que les terres en question ont appartenu au groupe revendicateur ou que ce groupe y exerçait son contrôle ou une gestion exclusive. Je le répète, les actes nécessaires pour indiquer la présence permanente d'un groupe sur des terres et son intention de conserver et d'utiliser les terres pour ses besoins dépendent de son mode de vie et de la nature des terres. Pour établir l'occupation, il suffira peut-être de montrer que des champs ont été cultivés, que des habitations ont été érigées, que des travaux ont été effectués et qu'il y a eu une présence constante sur certaines parties du territoire, mais ce n'est pas essentiel. La notion d'occupation doit aussi refléter le mode de vie des peuples autochtones, y compris ceux qui étaient nomades ou semi-nomades.

[39] Dans l'arrêt *R. c. Marshall*, 2003 NSCA 105, 218 N.S.R. (2d) 78, par. 135-138, le juge Cromwell (maintenant juge de notre Cour), pour des motifs que j'approuve, établit un parallèle entre la suffisance de l'occupation nécessaire pour établir l'existence d'un titre ancestral et les exigences de l'occupation ordinaire en common law. En common law, un occupant ordinaire est une personne qui revendique la possession d'une terre sur laquelle personne n'a un intérêt actuel ou pour laquelle l'existence du titre est incertaine. Le juge Cromwell cite (au par. 136) le passage suivant tiré de l'ouvrage de K. McNeil, *Common Law Aboriginal Title* (1989), p. 198-200 :

[TRADUCTION] Alors, que fallait-il faire pour acquérir un titre fondé sur l'occupation? [. . .] [I] semble [. . .] [qu']une entrée occasionnelle, par exemple le fait pour une personne de sillonner un territoire pour y chasser ou y faire du commerce, ou de le parcourir d'un bout à l'autre, ne faisait pas d'elle un occupant, puisque ces actes n'« étaient que passagers et qu'ils visaient une fin particulière, qu'ils ne laissaient aucune marque d'une appropriation ou d'une intention de posséder à son usage distinct ». Il doit donc y avoir eu une entrée réelle et un ou des actes permettant de conclure à l'existence de l'intention d'occuper le territoire. Fait important, les actes et

vacant estate, for the law cast it upon him by virtue of his occupation alone. . . .

Further guidance on what constitutes occupation can be gained from cases involving land to which title is uncertain. Generally, any acts on or in relation to land that indicate an intention to hold or use it for one's own purposes are evidence of occupation. Apart from the obvious, such as enclosing, cultivating, mining, building upon, maintaining, and warning trespassers off land, any number of other acts, including cutting trees or grass, fishing in tracts of water, and even perambulation, may be relied upon. The weight given to such acts depends partly on the nature of the land, and the purposes for which it can reasonably be used. [Emphasis added.]

[40] Cromwell J.A. in *Marshall* went on to state that this standard is different from the doctrine of constructive possession. The goal is not to *attribute* possession in the absence of physical acts of occupation, but to define the quality of the physical acts of occupation that demonstrate possession at law (para. 137). He concluded:

I would adopt, in general terms, Professor McNeil's analysis that the appropriate standard of occupation, from the common law perspective, is the middle ground between the minimal occupation which would permit a person to sue a wrong-doer in trespass and the most onerous standard required to ground title by adverse possession as against a true owner. . . . Where, as here, we are dealing with a large expanse of territory which was not cultivated, acts such as continual, though changing, settlement and wide-ranging use for fishing, hunting and gathering should be given more weight than they would be if dealing with enclosed, cultivated land. Perhaps most significantly, . . . it is impossible to confine the evidence to the very precise spot on which the cutting was done: Pollock and Wright at p. 32. Instead, the question must be whether the acts of occupation in particular areas show that the whole area was occupied by the claimant. [para. 138]

[41] In summary, what is required is a culturally sensitive approach to sufficiency of occupation

l'intention devaient se rapporter seulement à l'occupation — il était pour ainsi dire inutile pour un occupant éventuel de revendiquer, ou même de souhaiter acquérir, le domaine vacant, puisque le titre lui est conféré par la loi du seul fait de son occupation. . .

D'autres indices de ce qui constitue une occupation peuvent être dégagés de certaines affaires portant sur des terres sur lesquelles le titre est incertain. En général, toute activité sur une terre ou en lien avec une terre qui laisse voir une intention de la détenir ou de l'utiliser pour ses propres fins constitue une preuve d'occupation. Outre les actes évidents, comme délimiter la terre, la cultiver, s'y livrer à des activités minières, de construction ou d'entretien, et empêcher les intrus d'y entrer, bien d'autres actes peuvent être invoqués, comme couper des arbres ou de l'herbe, pêcher dans des cours d'eau, ou même parcourir la région. L'importance accordée à ces actes dépend en partie de la nature des terres et des fins auxquelles elles peuvent raisonnablement être utilisées. [Je souligne.]

[40] Dans *Marshall*, le juge Cromwell a ensuite déclaré que cette norme est différente de la doctrine de la possession de droit. Le but n'est pas d'*attribuer* la possession en l'absence d'actes d'occupation, mais de définir la qualité des actes d'occupation qui démontrent la possession en droit (par. 137). Il a conclu comme suit :

[TRADUCTION] J'adopterais, de façon générale, l'analyse faite par le professeur McNeil selon laquelle la norme d'occupation appropriée, en common law, se trouve à mi-chemin entre la norme minimale d'occupation qui permettrait à une personne de poursuivre un intrus et la norme la plus stricte à laquelle il faut satisfaire pour établir un titre obtenu par possession adversative opposable au véritable propriétaire. [. . .] Lorsque, comme en l'espèce, il est question d'un vaste territoire qui n'a pas été cultivé, des actes tels que l'établissement constant, bien que changeant, et l'utilisation générale pour la pêche, la chasse et la cueillette devraient se voir accorder plus de poids que s'il était question d'un territoire délimité et cultivé. L'aspect sans doute le plus éloquent, [. . .] il est impossible de limiter la preuve à l'endroit bien précis où la coupe a eu lieu : Pollock et Wright, p. 32. La question est plutôt de savoir si les actes d'occupation dans certains lieux démontrent que le revendicateur occupait tout le secteur. [par. 138]

[41] En résumé, la preuve de l'occupation doit procéder d'une approche visant à déterminer le

based on the dual perspectives of the Aboriginal group in question — its laws, practices, size, technological ability and the character of the land claimed — and the common law notion of possession as a basis for title. It is not possible to list every indicia of occupation that might apply in a particular case. The common law test for possession — which requires an intention to occupy or hold land for the purposes of the occupant — must be considered alongside the perspective of the Aboriginal group which, depending on its size and manner of living, might conceive of possession of land in a somewhat different manner than did the common law.

[42] There is no suggestion in the jurisprudence or scholarship that Aboriginal title is confined to specific village sites or farms, as the Court of Appeal held. Rather, a culturally sensitive approach suggests that regular use of territories for hunting, fishing, trapping and foraging is “sufficient” use to ground Aboriginal title, provided that such use, on the facts of a particular case, evinces an intention on the part of the Aboriginal group to hold or possess the land in a manner comparable to what would be required to establish title at common law.

[43] The Province argues that this Court in *R. v. Marshall*; *R. v. Bernard*, 2005 SCC 43, [2005] 2 S.C.R. 220, rejected a territorial approach to title, relying on a comment by Professor K. McNeil that the Court there “appears to have rejected the territorial approach of the Court of Appeal” (“Aboriginal Title and the Supreme Court: What’s Happening?” (2006), 69 *Sask. L. Rev.* 281, cited in British Columbia factum, para. 100). In fact, this Court in *Marshall*; *Bernard* did not reject a territorial approach, but held only (at para. 72) that there must be “proof of sufficiently regular and exclusive use” of the land in question, a requirement established in *Delgamuukw*.

caractère suffisant de l’occupation qui soit adaptée aux particularités culturelles et qui repose sur les points de vue du groupe autochtone en question — ses règles de droit, ses pratiques, sa taille, son savoir-faire technologique et la nature de la terre — ainsi que sur la notion de possession qui établit l’existence d’un titre en common law. Il est impossible d’énumérer chaque indice d’occupation qui pourrait s’appliquer dans un cas déterminé. Le critère de la common law en matière de possession — lequel exige une intention d’occuper ou de conserver la terre pour les besoins de l’occupant — doit être pris en compte tout comme le point de vue du groupe autochtone qui, selon sa taille et son mode de vie, pourrait concevoir la possession de la terre d’une façon quelque peu différente de la possession en common law.

[42] La jurisprudence et la doctrine ne donnent pas à penser que le titre ancestral se limite à certains villages ou à des fermes, comme l’a conclu la Cour d’appel. Au contraire, suivant une approche qui tient compte des particularités culturelles, l’utilisation régulière des terres pour la chasse, la pêche, le piégeage et la cueillette constitue une utilisation « suffisante » pour fonder un titre ancestral dans la mesure où cette utilisation, eu égard aux faits de l’espèce, révèle une intention de la part du groupe autochtone de détenir ou de posséder les terres d’une manière comparable à celle exigée pour établir l’existence d’un titre en common law.

[43] La province plaide que dans *R. c. Marshall*; *R. c. Bernard*, 2005 CSC 43, [2005] 2 R.C.S. 220, notre Cour a rejeté une approche territoriale à l’égard du titre; elle s’appuie sur une remarque du professeur K. McNeil selon laquelle la Cour [TRADUCTION] « semble avoir rejeté l’approche territoriale de la Cour d’appel » (« Aboriginal Title and the Supreme Court : What’s Happening? » (2006), 69 *Sask. L. Rev.* 281, cité dans le mémoire de la Colombie-Britannique, par. 100). En fait, dans *Marshall*; *Bernard*, notre Cour n’a pas rejeté l’approche fondée sur le territoire, mais a seulement estimé (au par. 72) qu’il fallait « la preuve d’une utilisation suffisamment régulière et exclusive » du territoire en question, une exigence établie dans l’arrêt *Delgamuukw*.

[44] The Court in *Marshall; Bernard* confirmed that nomadic and semi-nomadic groups could establish title to land, provided they establish sufficient physical possession, which is a question of fact. While “[n]ot every nomadic passage or use will ground title to land”, the Court confirmed that *Delgamuukw* contemplates that “regular use of definite tracts of land for hunting, fishing or otherwise exploiting its resources” could suffice (para. 66). While the issue was framed in terms of whether the common law test for possession was met, the Court did not resile from the need to consider the perspective of the Aboriginal group in question; sufficient occupation is a “question of fact, depending on all the circumstances, in particular the nature of the land and the manner in which it is commonly used” (*ibid.*).

2. Continuity of Occupation

[45] Where present occupation is relied on as proof of occupation pre-sovereignty, a second requirement arises — continuity between present and pre-sovereignty occupation.

[46] The concept of continuity does not require Aboriginal groups to provide evidence of an unbroken chain of continuity between their current practices, customs and traditions, and those which existed prior to contact (*Van der Peet*, at para. 65). The same applies to Aboriginal title. Continuity simply means that for evidence of present occupation to establish an inference of pre-sovereignty occupation, the present occupation must be rooted in pre-sovereignty times. This is a question for the trier of fact in each case.

3. Exclusivity of Occupation

[47] The third requirement is *exclusive* occupation of the land at the time of sovereignty. The

[44] Dans *Marshall; Bernard*, notre Cour a confirmé que les groupes nomades et semi-nomades peuvent établir l’existence d’un titre s’ils établissent une possession physique suffisante d’un territoire, ce qui constitue une question de fait. « Le passage dans un territoire ou son utilisation dans le cadre d’un mode de vie nomade ne fondera pas nécessairement un titre sur celui-ci », mais la Cour a confirmé que, selon l’arrêt *Delgamuukw*, « l’utilisation régulière de secteurs bien définis du territoire pour y pratiquer la chasse, la pêche ou d’autres types d’exploitation de ses ressources » peut être suffisante (par. 66). Bien que la question consistait à savoir si le critère de la common law relatif à la possession avait été respecté, la Cour n’a pas nié la nécessité de tenir compte du point de vue du groupe autochtone en question; la possession suffisante est une « question de fait qui dépend de l’ensemble des circonstances, en particulier de la nature du territoire et de la façon dont il a été utilisé collectivement » (*ibid.*).

2. La continuité de l’occupation

[45] Le fait que l’occupation actuelle soit invoquée comme preuve de l’occupation antérieure à l’affirmation de la souveraineté donne lieu à une deuxième condition — la continuité entre l’occupation actuelle et l’occupation antérieure à l’affirmation de la souveraineté.

[46] Le concept de la continuité n’exige pas que les groupes autochtones fassent la preuve d’une continuité parfaite entre leurs pratiques, coutumes et traditions actuelles et celles qui existaient avant le contact avec les Européens (*Van der Peet*, par. 65). Il en va de même pour le titre ancestral. La continuité signifie simplement que, pour qu’une preuve de l’occupation actuelle permette de conclure à l’occupation antérieure à l’affirmation de la souveraineté, l’occupation actuelle doit tirer son origine de l’époque antérieure à l’affirmation de la souveraineté. Il appartient au juge des faits d’examiner cette question.

3. L’exclusivité de l’occupation

[47] La troisième exigence est l’occupation *exclusive* des terres au moment de l’affirmation de la

Aboriginal group must have had “the intention and capacity to retain exclusive control” over the lands (*Delgamuukw*, at para. 156, quoting McNeil, *Common Law Aboriginal Title*, at p. 204 (emphasis added)). Regular use without exclusivity may give rise to usufructory Aboriginal rights; for Aboriginal title, the use must have been exclusive.

[48] Exclusivity should be understood in the sense of intention and capacity to control the land. The fact that other groups or individuals were on the land does not necessarily negate exclusivity of occupation. Whether a claimant group had the intention and capacity to control the land at the time of sovereignty is a question of fact for the trial judge and depends on various factors such as the characteristics of the claimant group, the nature of other groups in the area, and the characteristics of the land in question. Exclusivity can be established by proof that others were excluded from the land, or by proof that others were only allowed access to the land with the permission of the claimant group. The fact that permission was requested and granted or refused, or that treaties were made with other groups, may show intention and capacity to control the land. Even the lack of challenges to occupancy may support an inference of an established group's intention and capacity to control.

[49] As with sufficiency of occupation, the exclusivity requirement must be approached from both the common law and Aboriginal perspectives, and must take into account the context and characteristics of the Aboriginal society. The Court in *Delgamuukw* explained as follows, at para. 157:

A consideration of the [A]boriginal perspective may also lead to the conclusion that trespass by other [A]boriginal groups does not undermine, and that presence of those groups by permission may reinforce, the exclusive occupation of the [A]boriginal group asserting title. For example, the [A]boriginal group asserting the claim to

souveraineté. Le groupe autochtone doit avoir eu « l'intention et [. . .] la capacité de garder le contrôle exclusif » des terres (*Delgamuukw*, par. 156, citant McNeil, *Common Law Aboriginal Title*, p. 204 (je souligne)). L'utilisation régulière, mais non exclusive, peut donner naissance à des droits ancestraux usufruitiers; en ce qui concerne le titre ancestral, l'utilisation doit avoir été exclusive.

[48] L'exclusivité doit s'entendre au sens de l'intention et de la capacité de contrôler le territoire. Le fait que d'autres groupes ou des particuliers se soient trouvés sur le territoire ne nie pas nécessairement l'exclusivité de l'occupation. La question de savoir si le groupe revendicateur avait l'intention et la capacité de contrôler le territoire au moment de l'affirmation de la souveraineté est une question de fait qui relève du juge de première instance et qui dépend de divers facteurs tels que les caractéristiques du groupe, la nature des autres groupes de la région et les caractéristiques du territoire en question. L'exclusivité peut être établie au moyen d'une preuve démontrant que les autres groupes ont été exclus du territoire, ou d'une preuve démontrant que certains groupes n'avaient accès au territoire qu'avec la permission du groupe revendicateur. Le fait qu'une permission était demandée, et qu'elle était accordée ou refusée, ou que des traités ont été conclus avec d'autres groupes, peut démontrer l'intention et la capacité de contrôler le territoire. Même le fait que l'occupation n'ait jamais été contestée peut permettre de conclure que le groupe avait l'intention et la capacité de contrôler le territoire.

[49] Tout comme c'était le cas de la suffisance de l'occupation, il faut aborder l'exigence de l'exclusivité en tenant compte de la common law et du point de vue des Autochtones, ainsi que du contexte et des caractéristiques de la société autochtone. Dans l'arrêt *Delgamuukw*, la Cour a expliqué ce qui suit au par. 157 :

La prise en considération du point de vue des [A]utochtones peut également amener à conclure qu'une intrusion par d'autres groupes autochtones ne fait pas obstacle à l'occupation exclusive du territoire visé par le groupe autochtone qui en revendique le titre, et que la présence autorisée de ces autres groupes peut renforcer cette

[A]boriginal title may have trespass laws which are proof of exclusive occupation, such that the presence of trespassers does not count as evidence against exclusivity. As well, [A]boriginal laws under which permission may be granted to other [A]boriginal groups to use or reside even temporarily on land would reinforce the finding of exclusive occupation. Indeed, if that permission were the subject of treaties between the [A]boriginal nations in question, those treaties would also form part of the [A]boriginal perspective.

4. Summary

[50] The claimant group bears the onus of establishing Aboriginal title. The task is to identify how pre-sovereignty rights and interests can properly find expression in modern common law terms. In asking whether Aboriginal title is established, the general requirements are: (1) “sufficient occupation” of the land claimed to establish title at the time of assertion of European sovereignty; (2) continuity of occupation where present occupation is relied on; and (3) exclusive historic occupation. In determining what constitutes sufficient occupation, one looks to the Aboriginal culture and practices, and compares them in a culturally sensitive way with what was required at common law to establish title on the basis of occupation. Occupation sufficient to ground Aboriginal title is not confined to specific sites of settlement but extends to tracts of land that were regularly used for hunting, fishing or otherwise exploiting resources and over which the group exercised effective control at the time of assertion of European sovereignty.

B. *Was Aboriginal Title Established in This Case?*

[51] The trial judge applied a test of regular and exclusive use of the land. This is consistent with

occupation exclusive. À titre d'exemple, le groupe autochtone qui revendique le titre aborigène peut avoir, en matière d'intrusion, des règles de droit qui sont des preuves de l'occupation exclusive, de sorte que la présence d'intrus n'est pas considérée comme une preuve à l'encontre de l'exclusivité. De plus, l'existence de règles de droit autochtones en vertu desquelles d'autres groupes autochtones peuvent être autorisés à utiliser les terres ou même à y résider temporairement étayerait la conclusion d'occupation exclusive. De fait, si cette permission a fait l'objet de traités entre les nations autochtones concernées, ces traités feraient également partie du point de vue des [A]utochtones.

4. Résumé

[50] Il incombe au groupe revendicateur d'établir l'existence du titre ancestral. Il faut déterminer la façon dont les droits et intérêts qui existaient avant l'affirmation de la souveraineté peuvent trouver leur juste expression en common law moderne. Dans l'examen de la question de savoir si l'existence d'un titre ancestral est établie, les conditions générales sont les suivantes : (1) une « occupation suffisante » du territoire revendiqué afin d'établir l'existence d'un titre au moment de l'affirmation de la souveraineté européenne; (2) la continuité de l'occupation lorsque l'occupation actuelle est invoquée; et (3) l'exclusivité de l'occupation historique. Pour déterminer ce qui constitue une occupation suffisante, il faut examiner la culture et les pratiques des Autochtones et les comparer, tout en tenant compte de leurs particularités culturelles, à ce qui était requis en common law pour établir l'existence d'un titre fondé sur l'occupation. L'occupation suffisante pour fonder l'existence d'un titre ancestral ne se limite pas aux lieux spécifiques d'établissement, mais s'étend aux parcelles de terre régulièrement utilisées pour y pratiquer la chasse, la pêche ou d'autres types d'exploitation des ressources et sur lesquelles le groupe exerçait un contrôle effectif au moment de l'affirmation de la souveraineté européenne.

B. *L'existence du titre ancestral a-t-elle été établie en l'espèce?*

[51] Le juge de première instance a appliqué un critère fondé sur l'utilisation régulière et exclusive

the correct legal test. This leaves the question of whether he applied it appropriately to the evidence in this case.

[52] Whether the evidence in a particular case supports Aboriginal title is a question of fact for the trial judge: *Marshall; Bernard*. The question therefore is whether the Province has shown that the trial judge made a palpable and overriding error in his factual conclusions.

[53] I approach the question through the lenses of sufficiency, continuity and exclusivity discussed above.

[54] I will not repeat my earlier comments on what is required to establish sufficiency of occupation. Regular use of the territory suffices to establish sufficiency; the concept is not confined to continuously occupied village sites. The question must be approached from the perspective of the Aboriginal group as well as the common law, bearing in mind the customs of the people and the nature of the land.

[55] The evidence in this case supports the trial judge's conclusion of sufficient occupation. While the population was small, the trial judge found evidence that the parts of the land to which he found title were regularly used by the Tsilhqot'in. The Court of Appeal did not take serious issue with these findings.

[56] Rather, the Court of Appeal based its rejection of Aboriginal title on the legal proposition that regular use of territory could not ground Aboriginal title — only the regular presence on or intensive occupation of particular tracts would suffice. That view, as discussed earlier, is not supported by the jurisprudence; on the contrary, *Delgamuukw* affirms a territorial use-based approach to Aboriginal title.

du territoire. Son critère est conforme au bon critère juridique. Reste à savoir s'il l'a correctement appliqué à la preuve dont il disposait.

[52] La question de savoir si la preuve présentée dans une affaire donnée permet de conclure à l'existence d'un titre ancestral est une question de fait que doit trancher le juge de première instance : *Marshall; Bernard*. Il s'agit donc de savoir si la province a démontré que le juge de première avait commis une erreur manifeste et dominante dans ses conclusions de fait.

[53] J'aborde la question sous les angles susmentionnés de la suffisance, de la continuité et de l'exclusivité.

[54] Je ne répéterai pas les commentaires que j'ai formulés précédemment sur ce qui est requis pour établir la suffisance de l'occupation. L'utilisation régulière du territoire suffit pour établir la suffisance; le concept ne se limite pas aux villages qui ont été occupés de façon continue. Il faut aborder la question en tenant compte du point de vue du groupe autochtone et de la common law, sans oublier les coutumes du peuple et la nature du territoire.

[55] La preuve en l'espèce appuie la conclusion du juge de première instance quant à l'occupation suffisante. Le territoire était peu peuplé, mais le juge de première instance a relevé des éléments de preuve indiquant que les parties du territoire sur lesquelles il a conclu à l'existence du titre étaient régulièrement utilisées par les Tsilhqot'in. La Cour d'appel n'a pas vraiment contesté ces conclusions.

[56] La Cour d'appel a plutôt fondé son rejet de l'existence du titre ancestral sur la proposition de droit selon laquelle l'utilisation régulière du territoire ne pouvait pas fonder le titre ancestral — seules la présence régulière sur des parcelles spécifiques ou leur occupation intensive étaient suffisantes. Cette interprétation, comme je l'ai déjà mentionné, ne trouve pas d'appui dans la jurisprudence; l'arrêt *Delgamuukw* confirme plutôt à l'égard du titre ancestral une approche fondée sur l'utilisation du territoire.

[57] This brings me to continuity. There is some reliance on present occupation for the title claim in this case, raising the question of continuity. The evidence adduced and later relied on in parts 5 to 7 of the trial judge's reasons speak of events that took place as late as 1999. The trial judge considered this direct evidence of more recent occupation alongside archeological evidence, historical evidence, and oral evidence from Aboriginal elders, all of which indicated a continuous Tsilhqot'in presence in the claim area. The geographic proximity between sites for which evidence of recent occupation was tendered, and those for which direct evidence of historic occupation existed, further supported an inference of continuous occupation. Paragraph 945 states, under the heading of "Continuity", that the "Tsilhqot'in people have continuously occupied the Claim Area before and after sovereignty assertion". I see no reason to disturb this finding.

[58] Finally, I come to exclusivity. The trial judge found that the Tsilhqot'in, prior to the assertion of sovereignty, repelled other people from their land and demanded permission from outsiders who wished to pass over it. He concluded from this that the Tsilhqot'in treated the land as exclusively theirs. There is no basis upon which to disturb that finding.

[59] The Province goes on to argue that the trial judge's conclusions on how particular parts of the land were used cannot be sustained. The Province says:

- The boundaries drawn by the trial judge are arbitrary and contradicted by some of the evidence (factum, at paras. 141-42).
- The trial judge relied on a map the validity of which the Province disputes (para. 143).

[57] Cela m'amène à la continuité. La revendication du titre présentée en l'espèce est fondée dans une certaine mesure sur l'occupation actuelle, ce qui soulève la question de la continuité. La preuve produite et acceptée ensuite dans les parties 5 à 7 des motifs du juge de première instance se rapporte aux événements qui remontent jusqu'en 1999. Le juge de première instance a pris en considération cette preuve directe d'une occupation plus récente conjointement avec la preuve archéologique, la preuve historique et les témoignages d'aînés, qui indiquaient tous une présence continue des Tsilhqot'in dans la région visée par la revendication. La proximité géographique entre les sites à l'égard desquels une preuve d'occupation récente a été produite et ceux à l'égard desquels il existait une preuve directe d'occupation passée renforçait l'inférence d'une occupation continue. Au paragraphe 945, il est indiqué, sous la rubrique [TRADUCTION] « Continuité », que « le peuple Tsilhqot'in a occupé le secteur revendiqué de façon continue avant et après l'affirmation de la souveraineté ». Je ne vois aucune raison de modifier cette conclusion.

[58] Enfin, j'en viens à l'exclusivité. Le juge de première instance a conclu que les Tsilhqot'in, avant l'affirmation de la souveraineté, ont repoussé d'autres peuples de leurs terres et ont exigé que les étrangers qui désiraient passer sur leurs terres leur demandent la permission. Il en a conclu que les Tsilhqot'in considéraient qu'ils possédaient leurs terres en exclusivité. Il n'y a aucune raison de modifier cette conclusion.

[59] La province plaide en outre que les conclusions du juge de première instance quant à la manière dont certaines parties du territoire étaient utilisées ne peuvent être retenues. La province affirme ce qui suit :

- Les limites du territoire établies par le juge de première instance sont arbitraires et contredites par certains éléments de preuve (mémoire, par. 141-142).
- Le juge de première instance s'est fondé sur une carte dont la province conteste la validité (par. 143).

- The Tsilhqot'in population, that the trial judge found to be 400 at the time of sovereignty assertion, could not have physically occupied the 1,900 sq. km of land over which title was found (para. 144).
- The trial judge failed to identify specific areas with adequate precision, instead relying on vague descriptions (para. 145).
- A close examination of the details of the inconsistent and arbitrary manner in which the trial judge defined the areas subject to Aboriginal title demonstrates the unreliability of his approach (para. 147).
- Le peuple Tsilhqot'in qui, selon le juge de première instance, comptait 400 personnes au moment de l'affirmation de la souveraineté, ne pouvait pas occuper les 1 900 km² de terres sur lesquelles l'existence d'un titre a été établie (par. 144).
- Le juge de première instance n'a pas identifié des secteurs de manière suffisamment précise; il s'est plutôt appuyé sur de vagues descriptions (par. 145).
- Un examen attentif de la façon incohérente et arbitraire dont le juge de première instance a défini les secteurs grevés d'un titre ancestral démontre le manque de fiabilité de son approche (par. 147).

[60] Most of the Province's criticisms of the trial judge's findings on the facts are rooted in its erroneous thesis that only specific, intensively occupied areas can support Aboriginal title. The concern with the small size of the Tsilhqot'in population in 1846 makes sense only if one assumes a narrow test of intensive occupation and if one ignores the character of the land in question which was mountainous and could not have sustained a much larger population. The alleged failure to identify particular areas with precision likewise only makes sense if one assumes a narrow test of intensive occupation. The other criticisms amount to pointing out conflicting evidence. It was the trial judge's task to sort out conflicting evidence and make findings of fact. The presence of conflicting evidence does not demonstrate palpable and overriding error.

[61] The Province has not established that the conclusions of the trial judge are unsupported by the evidence or otherwise in error. Nor has it established his conclusions were arbitrary or insufficiently precise. The trial judge was faced with the herculean task of drawing conclusions from a huge

[60] La plupart des critiques de la province à l'égard des conclusions de fait du juge de première instance reposent sur la thèse erronée voulant que le titre ancestral s'attache uniquement à des secteurs spécifiques occupés intensivement. La préoccupation que suscite la petite taille de la population des Tsilhqot'in en 1846 n'a de sens que si l'on adopte le critère étroit de l'occupation intensive et que l'on ne tient pas compte de la nature du territoire en question, un territoire montagneux qui n'aurait pas pu assurer la subsistance d'une population beaucoup plus importante. De même, l'allégation selon laquelle le juge de première instance aurait omis d'identifier certains secteurs avec précision n'a de sens que si l'on adopte le critère étroit de l'occupation intensive. Les autres critiques ne servent qu'à souligner le caractère contradictoire de la preuve. Il appartenait au juge de première instance de faire la part des éléments de preuve contradictoires et de tirer des conclusions de fait. La présence d'éléments de preuve contradictoires ne démontre pas l'existence d'une erreur manifeste et dominante.

[61] La province n'a pas démontré que les conclusions du juge de première instance ne sont pas étayées par la preuve ou qu'elles sont autrement erronées. Elle n'a pas non plus démontré que ses conclusions étaient arbitraires ou manquaient de précision. Le juge de première instance avait la

body of evidence produced over 339 trial days spanning a five-year period. Much of the evidence was historic evidence and therefore by its nature sometimes imprecise. The trial judge spent long periods in the claim area with witnesses, hearing evidence about how particular parts of the area were used. Absent demonstrated error, his findings should not be disturbed.

[62] This said, I have accepted the Province's invitation to review the maps and the evidence and evaluate the trial judge's conclusions as to which areas support a declaration of Aboriginal title. For ease of reference, I attach a map showing the various territories and how the trial judge treated them (Appendix; see Appellant's factum, "Appendix A"). The territorial boundaries drawn by the trial judge and his conclusions as to Aboriginal title appear to be logical and fully supported by the evidence.

[63] The trial judge divided the claim area into six regions and then considered a host of individual sites within each region. He examined expert archeological evidence, historical evidence and oral evidence from Aboriginal elders referring to these specific sites. At some of these sites, although the evidence did suggest a Tsilhqot'in presence, he found it insufficient to establish regular and exclusive occupancy. At other sites, he held that the evidence did establish regular and exclusive occupancy. By examining a large number of individual sites, the trial judge was able to infer the boundaries within which the Tsilhqot'in regularly and exclusively occupied the land. The trial judge, in proceeding this way, made no legal error.

[64] The Province also criticises the trial judge for offering his opinion on areas outside the claim area. This, the Province says, went beyond the

tâche colossale de tirer des conclusions à partir d'une quantité énorme d'éléments de preuve produits au cours d'un procès de 339 jours étalé sur une période de cinq ans. Une grande partie de la preuve était historique et donc, de par sa nature, parfois imprécise. Le juge de première instance a passé de longues périodes de temps dans le territoire revendiqué en compagnie de témoins et a entendu des témoignages sur la façon dont différents secteurs étaient utilisés. En l'absence d'une erreur manifeste, ses conclusions ne devraient pas être modifiées.

[62] Cela étant dit, j'ai accepté la proposition de la province d'examiner les cartes et les éléments de preuve et d'apprécier les conclusions du juge de première instance au sujet des secteurs auxquels devrait s'appliquer un jugement déclarant l'existence d'un titre ancestral. Par souci de clarté, je joins en annexe une carte qui montre les divers territoires et la façon dont le juge de première instance les a considérés (Annexe; voir l'annexe « A » du mémoire de l'appelant). Les limites territoriales définies par le juge de première instance et ses conclusions quant au titre ancestral semblent logiques et entièrement étayées par la preuve.

[63] Le juge de première instance a divisé le territoire revendiqué en six régions et a ensuite examiné de nombreux sites à l'intérieur de chaque région. Il a examiné des éléments de preuve archéologique et historique ainsi que les récits oraux des aînés autochtones faisant état de ces sites. À certains de ces sites, bien que la preuve donnait à penser que les Tsilhqot'in y avaient été présents, il a conclu que la preuve ne permettait pas d'établir une occupation régulière et exclusive. À d'autres sites, il a estimé que la preuve établissait une telle occupation. Après avoir examiné un grand nombre de sites, le juge de première instance a pu inférer les limites à l'intérieur desquelles les Tsilhqot'in occupaient régulièrement et exclusivement le territoire. En procédant de cette façon, le juge de première instance n'a commis aucune erreur.

[64] La province critique également le juge de première instance parce qu'il a donné son avis sur des terres qui se trouvent à l'extérieur du territoire

mandate of a trial judge who, should pronounce only on pleaded matters.

[65] In my view, this criticism is misplaced. It is clear that no declaration of title could be made over areas outside those pleaded. The trial judge offered his comments on areas outside the claim area, not as binding rulings in the case, but to provide assistance in future land claims negotiations. Having canvassed the evidence and arrived at conclusions on it, it made economic and practical sense for the trial judge to give the parties the benefit of his views. Moreover, as I noted earlier in discussing the proper approach to pleadings in cases where Aboriginal title is at issue, these cases raise special considerations. Often, the ambit of a claim cannot be drawn with precision at the commencement of proceedings. The true state of affairs unfolds only gradually as the evidence emerges over what may be a lengthy period of time. If at the end of the process the boundaries of the initial claim and the boundaries suggested by the evidence are different, the trial judge should not be faulted for pointing that out.

[66] I conclude that the trial judge was correct in his assessment that the Tsilhqot'in occupation was both sufficient and exclusive at the time of sovereignty. There was ample direct evidence of occupation at sovereignty, which was additionally buttressed by evidence of more recent continuous occupation.

VI. What Rights Does Aboriginal Title Confer?

[67] As we have seen, *Delgamuukw* establishes that Aboriginal title “encompasses the right to exclusive use and occupation of the land held pursuant to that title for a variety of purposes” (para. 117), including non-traditional purposes, provided these

revendiqué. Selon la province, cela outrepassait le mandat d'un juge de première instance, qui doit se prononcer seulement sur les questions soulevées.

[65] À mon avis, cette critique est inappropriée. Il est évident qu'aucun jugement déclarant l'existence d'un titre n'aurait pu être rendu à l'égard de terres se trouvant à l'extérieur du territoire revendiqué. Les commentaires du juge de première instance à propos de secteurs non revendiqués n'étaient pas de la nature d'une décision, mais visaient simplement à fournir des pistes pour de futures négociations relatives aux revendications territoriales. Après avoir examiné la preuve et en avoir tiré des conclusions, il était logique, sur les plans économique et pratique, que le juge de première instance donne son opinion aux parties. De plus, ainsi que je l'ai fait remarquer lorsque je me suis penchée sur l'approche qu'il convient d'adopter à l'égard des actes de procédure dans les cas où un titre ancestral est en cause, ces affaires soulèvent des considérations particulières. Souvent, la portée d'une revendication ne peut être établie avec précision au début des procédures. La situation s'éclaircit au fur et à mesure que les éléments de preuve se dégagent sur une période qui peut être longue. Si, à la fin du processus, les limites de la revendication initiale et les limites établies suivant la preuve sont différentes, il ne faudrait pas reprocher au juge de première instance de le souligner.

[66] J'estime que le juge de première instance a eu raison de conclure que l'occupation des Tsilhqot'in était suffisante et exclusive au moment de l'affirmation de la souveraineté. Il y avait amplement d'éléments de preuve démontrant une occupation antérieure à l'affirmation de la souveraineté, et cette preuve était renforcée par des éléments de preuve démontrant une occupation continue plus récente.

VI. Quels droits confère le titre ancestral?

[67] Je le rappelle, l'arrêt *Delgamuukw* établit que le titre ancestral « comprend le droit d'utiliser et d'occuper de façon exclusive les terres détenues en vertu de ce titre pour diverses fins » (par. 117), y compris des fins non traditionnelles, dans la mesure

uses can be reconciled with the communal and on-going nature of the group's attachment to the land. Subject to this inherent limit, the title-holding group has the right to choose the uses to which the land is put and to enjoy its economic fruits (para. 166).

[68] I will first discuss the legal characterization of the Aboriginal title. I will then offer observations on what Aboriginal title provides to its holders and what limits it is subject to.

A. *The Legal Characterization of Aboriginal Title*

[69] The starting point in characterizing the legal nature of Aboriginal title is Dickson J.'s concurring judgment in *Guerin*, discussed earlier. At the time of assertion of European sovereignty, the Crown acquired radical or underlying title to all the land in the province. This Crown title, however, was burdened by the pre-existing legal rights of Aboriginal people who occupied and used the land prior to European arrival. The doctrine of *terra nullius* (that no one owned the land prior to European assertion of sovereignty) never applied in Canada, as confirmed by the *Royal Proclamation of 1763*. The Aboriginal interest in land that burdens the Crown's underlying title is an independent legal interest, which gives rise to a fiduciary duty on the part of the Crown.

[70] The content of the Crown's underlying title is what is left when Aboriginal title is subtracted from it: s. 109 of the *Constitution Act, 1867*; *Delgamuukw*. As we have seen, *Delgamuukw* establishes that Aboriginal title gives "the right to exclusive use and occupation of the land . . . for a variety of purposes", not confined to traditional or "distinctive" uses (para. 117). In other words, Aboriginal title is a beneficial interest in the land: *Guerin*, at p. 382. In simple terms, the title holders have the right to the benefits associated with the land — to use it, enjoy it and profit from its economic development. As such, the Crown does

où ces utilisations peuvent se concilier avec la nature collective et continue de l'attachement qu'a le groupe pour le territoire visé. Sous réserve de cette limite intrinsèque, le groupe qui détient le titre a le droit de choisir les utilisations qui sont faites de ces terres et de bénéficier des avantages économiques qu'elles procurent (par. 166).

[68] Je vais d'abord examiner la qualification juridique du titre ancestral. J'exposerai ensuite mes observations sur ce que le titre ancestral confère à ses titulaires et sur les limites auxquelles il est assujéti.

A. *La qualification juridique du titre ancestral*

[69] Le point de départ de la qualification de la nature juridique du titre ancestral est le jugement concordant du juge Dickson dans l'arrêt *Guerin*, dont il est question précédemment. Au moment de l'affirmation de la souveraineté européenne, la Couronne a acquis un titre absolu ou sous-jacent sur toutes les terres de la province. Ce titre était toutefois grevé des droits préexistants des peuples autochtones qui occupaient et utilisaient les terres avant l'arrivée des Européens. La doctrine de la *terra nullius* (selon laquelle nul ne possédait la terre avant l'affirmation de la souveraineté européenne) ne s'est jamais appliquée au Canada, comme l'a confirmé la *Proclamation royale* de 1763. Le droit des Autochtones sur les terres qui grève le titre sous-jacent de la Couronne a une existence juridique indépendante qui donne naissance à une obligation fiduciaire de la part de la Couronne.

[70] Le contenu du titre sous-jacent de la Couronne est ce qui reste après la soustraction du titre ancestral : art. 109 de la *Loi constitutionnelle de 1867*; *Delgamuukw*. Comme nous l'avons déjà vu, l'arrêt *Delgamuukw* établit que le titre ancestral accorde « le droit d'utiliser et d'occuper de façon exclusive les terres détenues en vertu de ce titre pour diverses fins », lesquelles ne se limitent pas aux utilisations traditionnelles ou « distinctives » (par. 117). Autrement dit, le titre ancestral est un intérêt bénéficiaire sur les terres : *Guerin*, p. 382. En termes simples, les titulaires du titre ont droit aux avantages associés aux terres — de les utiliser,

not retain a beneficial interest in Aboriginal title land.

[71] What remains, then, of the Crown's radical or underlying title to lands held under Aboriginal title? The authorities suggest two related elements — a fiduciary duty owed by the Crown to Aboriginal people when dealing with Aboriginal lands, and the right to encroach on Aboriginal title if the government can justify this in the broader public interest under s. 35 of the *Constitution Act, 1982*. The Court in *Delgamuukw* referred to this as a process of reconciling Aboriginal interests with the broader public interests under s. 35 of the *Constitution Act, 1982*.

[72] The characteristics of Aboriginal title flow from the special relationship between the Crown and the Aboriginal group in question. It is this relationship that makes Aboriginal title *sui generis* or unique. Aboriginal title is what it is — the unique product of the historic relationship between the Crown and the Aboriginal group in question. Analogies to other forms of property ownership — for example, fee simple — may help us to understand aspects of Aboriginal title. But they cannot dictate precisely what it is or is not. As La Forest J. put it in *Delgamuukw*, at para. 190, Aboriginal title “is not equated with fee simple ownership; nor can it be described with reference to traditional property law concepts”.

B. *The Incidents of Aboriginal Title*

[73] Aboriginal title confers ownership rights similar to those associated with fee simple, including: the right to decide how the land will be used; the right of enjoyment and occupancy of the land; the right to possess the land; the right to the economic benefits of the land; and the right to proactively use and manage the land.

d'en jouir et de profiter de leur développement économique. Par conséquent, la Couronne ne conserve pas un intérêt bénéficiaire sur les terres visées par un titre ancestral.

[71] Alors, que reste-t-il du titre absolu ou sous-jacent de la Couronne sur les terres détenues en vertu d'un titre ancestral? Il ressort de la doctrine et de la jurisprudence deux éléments connexes — une obligation fiduciaire de la Couronne envers les Autochtones à l'égard des terres ancestrales et le droit de porter atteinte au titre ancestral si le gouvernement peut démontrer que l'atteinte est justifiée dans l'intérêt général du public en vertu de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Dans l'arrêt *Delgamuukw*, la Cour a dit qu'il s'agissait d'un processus de conciliation des intérêts autochtones et de l'intérêt général du public en vertu de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

[72] Les caractéristiques du titre ancestral découlent de la relation particulière entre la Couronne et le groupe autochtone en question. C'est cette relation qui rend le titre ancestral *sui generis*, ou unique. Le titre ancestral est ce qu'il est — le résultat unique de la relation historique entre la Couronne et le groupe autochtone en question. Des analogies avec d'autres formes de propriété — par exemple, la propriété en fief simple — peuvent être utiles pour mieux comprendre certains aspects du titre ancestral. Cependant, elles ne peuvent pas dicter précisément en quoi il consiste ou ne consiste pas. Comme le juge La Forest l'a indiqué dans *Delgamuukw*, par. 190, le titre ancestral « n'équivaut pas à la propriété en fief simple et il ne peut pas non plus être décrit au moyen des concepts traditionnels du droit des biens ».

B. *Les attributs du titre ancestral*

[73] Le titre ancestral confère des droits de propriété semblables à ceux associés à la propriété en fief simple, y compris le droit de déterminer l'utilisation des terres, le droit de jouissance et d'occupation des terres, le droit de posséder les terres, le droit aux avantages économiques que procurent les terres et le droit d'utiliser et de gérer les terres de manière proactive.

[74] Aboriginal title, however, comes with an important restriction — it is collective title held not only for the present generation but for all succeeding generations. This means it cannot be alienated except to the Crown or encumbered in ways that would prevent future generations of the group from using and enjoying it. Nor can the land be developed or misused in a way that would substantially deprive future generations of the benefit of the land. Some changes — even permanent changes — to the land may be possible. Whether a particular use is irreconcilable with the ability of succeeding generations to benefit from the land will be a matter to be determined when the issue arises.

[75] The rights and restrictions on Aboriginal title flow from the legal interest Aboriginal title confers, which in turn flows from the fact of Aboriginal occupancy at the time of European sovereignty which attached as a burden on the underlying title asserted by the Crown at sovereignty. Aboriginal title post-sovereignty reflects the fact of Aboriginal occupancy pre-sovereignty, with all the pre-sovereignty incidents of use and enjoyment that were part of the collective title enjoyed by the ancestors of the claimant group — most notably the right to control how the land is used. However, these uses are not confined to the uses and customs of pre-sovereignty times; like other landowners, Aboriginal title holders of modern times can use their land in modern ways, if that is their choice.

[76] The right to control the land conferred by Aboriginal title means that governments and others seeking to use the land must obtain the consent of the Aboriginal title holders. If the Aboriginal group does not consent to the use, the government's only recourse is to establish that the proposed incursion on the land is justified under s. 35 of the *Constitution Act, 1982*.

[74] Cependant, le titre ancestral comporte une restriction importante — il s'agit d'un titre collectif détenu non seulement pour la génération actuelle, mais pour toutes les générations futures. Cela signifie qu'il ne peut pas être cédé, sauf à la Couronne, ni être grevé d'une façon qui empêcherait les générations futures du groupe d'utiliser les terres et d'en jouir. Les terres ne peuvent pas non plus être aménagées ou utilisées d'une façon qui priverait de façon substantielle les générations futures de leur utilisation. Il peut être possible d'apporter certaines modifications — même permanentes — aux terres. La question de savoir si une utilisation particulière est irréconciliable avec la possibilité pour les générations futures de bénéficier des terres constituera une question qu'il faudra trancher lorsqu'elle se posera.

[75] Les droits et restrictions afférents au titre ancestral découlent de l'intérêt que ce titre confère, intérêt qui découle à son tour de l'occupation autochtone à l'époque de la souveraineté européenne et qui greève le titre sous-jacent revendiqué par la Couronne au moment de l'affirmation de la souveraineté. Le titre ancestral postérieur à l'affirmation de la souveraineté reflète le fait que les Autochtones occupaient le territoire avant l'affirmation de la souveraineté, avec tous les attributs que constituent les droits d'utilisation et de jouissance qui existaient avant l'affirmation de la souveraineté et qui composaient le titre collectif détenu par les ancêtres du groupe revendicateur — notamment le droit de contrôler l'utilisation des terres. Cependant, les utilisations ne se limitent pas aux utilisations et aux coutumes antérieures à l'affirmation de la souveraineté; tout comme les autres propriétaires fonciers, les titulaires du titre ancestral des temps modernes peuvent utiliser leurs terres de façon moderne, s'ils le veulent.

[76] Le droit de contrôler la terre que confère le titre ancestral signifie que les gouvernements et les autres personnes qui veulent utiliser les terres doivent obtenir le consentement des titulaires du titre ancestral. Si le groupe autochtone ne consent pas à l'utilisation, le seul recours du gouvernement consiste à établir que l'utilisation proposée est justifiée en vertu de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

C. *Justification of Infringement*

[77] To justify overriding the Aboriginal title-holding group's wishes on the basis of the broader public good, the government must show: (1) that it discharged its procedural duty to consult and accommodate; (2) that its actions were backed by a compelling and substantial objective; and (3) that the governmental action is consistent with the Crown's fiduciary obligation to the group: *Sparrow*.

[78] The duty to consult is a procedural duty that arises from the honour of the Crown prior to confirmation of title. Where the Crown has real or constructive knowledge of the potential or actual existence of Aboriginal title, and contemplates conduct that might adversely affect it, the Crown is obliged to consult with the group asserting Aboriginal title and, if appropriate, accommodate the Aboriginal right. The duty to consult must be discharged prior to carrying out the action that could adversely affect the right.

[79] The degree of consultation and accommodation required lies on a spectrum as discussed in *Haida*. In general, the level of consultation and accommodation required is proportionate to the strength of the claim and to the seriousness of the adverse impact the contemplated governmental action would have on the claimed right. "A dubious or peripheral claim may attract a mere duty of notice, while a stronger claim may attract more stringent duties" (para. 37). The required level of consultation and accommodation is greatest where title has been established. Where consultation or accommodation is found to be inadequate, the government decision can be suspended or quashed.

[80] Where Aboriginal title is unproven, the Crown owes a procedural duty imposed by the honour of the Crown to consult and, if appropriate, accommodate the unproven Aboriginal interest. By contrast,

C. *La justification de l'atteinte*

[77] Pour justifier qu'il puisse passer outre aux volontés du groupe qui détient le titre ancestral au motif que l'atteinte sert l'intérêt général du public, le gouvernement doit établir : (1) qu'il s'est acquitté de son obligation procédurale de consultation et d'accommodement; (2) que ses actes poursuivaient un objectif impérieux et réel; et (3) que la mesure gouvernementale est compatible avec l'obligation fiduciaire qu'a la Couronne envers le groupe : *Sparrow*.

[78] L'obligation de consultation est une obligation procédurale que fait naître l'honneur de la Couronne avant que l'existence du titre soit confirmée. Lorsque la Couronne a connaissance, concrètement ou par imputation, de l'existence potentielle ou réelle du titre ancestral et qu'elle envisage une mesure susceptible d'avoir un effet préjudiciable sur ce titre, elle est tenue de consulter le groupe qui revendique le titre ancestral et, s'il y a lieu, de trouver des accommodements au droit ancestral. L'obligation de consultation doit être respectée avant la prise de mesures pouvant avoir un effet préjudiciable sur le droit.

[79] L'obligation de consultation et d'accommodement se situe à l'intérieur d'un continuum, comme il en a été question dans l'arrêt *Nation haïda*. En général, le niveau de consultation et d'accommodement nécessaire est proportionnel à la solidité de la revendication et à la gravité de l'incidence négative que la mesure gouvernementale proposée aurait sur le droit revendiqué. « Une revendication douteuse ou marginale peut ne requérir qu'une simple obligation d'informer, alors qu'une revendication plus solide peut faire naître des obligations plus contraignantes » (par. 37). Le niveau de consultation et d'accommodement nécessaire est le plus élevé lorsque l'existence du titre a été établie. Lorsque la consultation ou l'accommodement est jugé insuffisant, la décision du gouvernement peut être suspendue ou annulée.

[80] Lorsque l'existence du titre ancestral n'est pas établie, l'honneur de la Couronne lui impose une obligation procédurale de consultation et, s'il y a lieu, d'accommodement de l'intérêt autochtone

where title has been established, the Crown must not only comply with its procedural duties, but must also ensure that the proposed government action is substantively consistent with the requirements of s. 35 of the *Constitution Act, 1982*. This requires both a compelling and substantial governmental objective and that the government action is consistent with the fiduciary duty owed by the Crown to the Aboriginal group.

[81] I agree with the Court of Appeal that the compelling and substantial objective of the government must be considered from the Aboriginal perspective as well as from the perspective of the broader public. As stated in *Gladstone*, at para. 72:

... the objectives which can be said to be compelling and substantial will be those directed at either the recognition of the prior occupation of North America by [A]boriginal peoples or — and at the level of justification it is this purpose which may well be most relevant — at the reconciliation of [A]boriginal prior occupation with the assertion of the sovereignty of the Crown. [Emphasis added.]

[82] As *Delgamuukw* explains, the process of reconciling Aboriginal interests with the broader interests of society as a whole is the *raison d'être* of the principle of justification. Aboriginals and non-Aboriginals are “all here to stay” and must of necessity move forward in a process of reconciliation (para. 186). To constitute a compelling and substantial objective, the broader public goal asserted by the government must further the goal of reconciliation, having regard to both the Aboriginal interest and the broader public objective.

[83] What interests are potentially capable of justifying an incursion on Aboriginal title? In *Delgamuukw*, this Court, *per* Lamer C.J., offered this:

In the wake of *Gladstone*, the range of legislative objectives that can justify the infringement of [A]boriginal title is fairly broad. Most of these objectives can

non encore établi. Par contre, lorsque l'existence du titre a été établie, la Couronne doit non seulement se conformer à ses obligations procédurales, mais doit aussi s'assurer que la mesure gouvernementale proposée est fondamentalement conforme aux exigences de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Pour cela, le gouvernement doit poursuivre un objectif impérieux et réel et il doit démontrer que la mesure proposée est compatible avec l'obligation fiduciaire de la Couronne envers le groupe autochtone.

[81] Je conviens avec la Cour d'appel que l'objectif impérieux et réel du gouvernement doit être examiné du point de vue des Autochtones ainsi que du point de vue de l'intérêt général du public. Comme il est indiqué au par. 72 de l'arrêt *Gladstone* :

... sont considérés comme des objectifs impérieux et réels les objectifs visant soit la reconnaissance de l'occupation antérieure de l'Amérique du Nord par les peuples autochtones soit — et, à l'étape de la justification, ce genre d'objectifs pourrait bien être le plus pertinent — la conciliation de cette occupation avec l'affirmation par Sa Majesté de sa souveraineté sur ce territoire. [Je souligne.]

[82] Comme l'explique la Cour dans l'arrêt *Delgamuukw*, le processus de conciliation des intérêts autochtones avec l'intérêt général de la société dans son ensemble constitue la *raison d'être* du principe de la justification. Les Autochtones et les non-Autochtones sont « tous ici pour y rester » et doivent forcément favoriser un processus de conciliation (par. 186). Pour constituer un objectif impérieux et réel, l'objectif général du public invoqué par le gouvernement doit poursuivre l'objectif de conciliation, compte tenu des intérêts autochtones et de l'objectif général du public.

[83] Quels objectifs peuvent justifier une atteinte au titre ancestral? Dans *Delgamuukw*, le juge en chef Lamer a fait les remarques suivantes au nom de la Cour :

Depuis *Gladstone*, l'éventail d'objectifs législatifs qui peuvent justifier une atteinte au titre aborigène est assez large. La plupart de ces objectifs peuvent être rattachés

be traced to the reconciliation of the prior occupation of North America by [A]boriginal peoples with the assertion of Crown sovereignty, which entails the recognition that “distinctive [A]boriginal societies exist within, and are a part of, a broader social, political and economic community” (at para. 73). In my opinion, the development of agriculture, forestry, mining, and hydro-electric power, the general economic development of the interior of British Columbia, protection of the environment or endangered species, the building of infrastructure and the settlement of foreign populations to support those aims, are the kinds of objectives that are consistent with this purpose and, in principle, can justify the infringement of [A]boriginal title. Whether a particular measure or government act can be explained by reference to one of those objectives, however, is ultimately a question of fact that will have to be examined on a case-by-case basis. [Emphasis added; emphasis in original deleted; para. 165.]

[84] If a compelling and substantial public purpose is established, the government must go on to show that the proposed incursion on the Aboriginal right is consistent with the Crown’s fiduciary duty towards Aboriginal people.

[85] The Crown’s fiduciary duty in the context of justification merits further discussion. The Crown’s underlying title in the land is held for the benefit of the Aboriginal group and constrained by the Crown’s fiduciary or trust obligation to the group. This impacts the justification process in two ways.

[86] First, the Crown’s fiduciary duty means that the government must act in a way that respects the fact that Aboriginal title is a group interest that inheres in present and future generations. The beneficial interest in the land held by the Aboriginal group vests communally in the title-holding group. This means that incursions on Aboriginal title cannot be justified if they would substantially deprive future generations of the benefit of the land.

[87] Second, the Crown’s fiduciary duty infuses an obligation of proportionality into the justification process. Implicit in the Crown’s fiduciary duty

à la conciliation de l’occupation antérieure de l’Amérique du Nord par les peuples autochtones avec l’affirmation de la souveraineté de la Couronne, ce qui nécessite la reconnaissance du fait que les « sociétés autochtones distinctives existent au sein d’une communauté sociale, politique et économique plus large, communauté dont elles font partie » (au par. 73). À mon avis, l’extension de l’agriculture, de la foresterie, de l’exploitation minière et de l’énergie hydroélectrique, le développement économique général de l’intérieur de la Colombie-Britannique, la protection de l’environnement et des espèces menacées d’extinction, ainsi que la construction des infrastructures et l’implantation des populations requises par ces fins, sont des types d’objectifs compatibles avec cet objet et qui, en principe, peuvent justifier une atteinte à un titre aborigène. Toutefois, la question de savoir si une mesure ou un acte donné du gouvernement peut être expliqué par référence à l’un de ces objectifs est, en dernière analyse, une question de fait qui devra être examinée au cas par cas. [Je souligne; soulignement dans l’original omis; par. 165.]

[84] Si le gouvernement démontre qu’il poursuit un objectif impérieux et réel, il doit ensuite prouver que l’atteinte proposée au droit ancestral est compatible avec l’obligation fiduciaire de la Couronne envers les peuples autochtones.

[85] Dans le contexte de la justification, l’obligation fiduciaire de la Couronne mérite une analyse plus approfondie. Le titre sous-jacent de la Couronne sur les terres est détenu au profit du groupe autochtone et encadré par l’obligation fiduciaire de la Couronne envers le groupe. Cela influence le processus de justification de deux façons.

[86] Premièrement, l’obligation fiduciaire de la Couronne signifie que le gouvernement doit agir d’une manière qui respecte le fait que le titre ancestral est un droit collectif inhérent aux générations actuelles et futures. L’intérêt bénéficiaire sur les terres que détient le groupe autochtone est dévolu à l’ensemble des membres du groupe titulaire du titre. Les atteintes au titre ancestral ne peuvent donc pas être justifiées si elles priveront de façon substantielle les générations futures des avantages que procurent les terres.

[87] Deuxièmement, l’obligation fiduciaire de la Couronne insuffle une obligation de proportionnalité dans le processus de justification. Il ressort

to the Aboriginal group is the requirement that the incursion is necessary to achieve the government's goal (rational connection); that the government go no further than necessary to achieve it (minimal impairment); and that the benefits that may be expected to flow from that goal are not outweighed by adverse effects on the Aboriginal interest (proportionality of impact). The requirement of proportionality is inherent in the *Delgamuukw* process of reconciliation and was echoed in *Haida's* insistence that the Crown's duty to consult and accommodate at the claims stage "is proportionate to a preliminary assessment of the strength of the case supporting the existence of the right or title, and to the seriousness of the potentially adverse effect upon the right or title claimed" (para. 39).

[88] In summary, Aboriginal title confers on the group that holds it the exclusive right to decide how the land is used and the right to benefit from those uses, subject to one carve-out — that the uses must be consistent with the group nature of the interest and the enjoyment of the land by future generations. Government incursions not consented to by the title-holding group must be undertaken in accordance with the Crown's procedural duty to consult and must also be justified on the basis of a compelling and substantial public interest, and must be consistent with the Crown's fiduciary duty to the Aboriginal group.

D. Remedies and Transition

[89] Prior to establishment of title by court declaration or agreement, the Crown is required to consult in good faith with any Aboriginal groups asserting title to the land about proposed uses of the land and, if appropriate, accommodate the interests of such claimant groups. The level of consultation and accommodation required varies with the strength of the Aboriginal group's claim to the land and the seriousness of the potentially adverse effect upon the interest claimed. If the Crown fails

implicitement de l'obligation fiduciaire qu'a la Couronne envers le groupe autochtone que l'atteinte doit être nécessaire pour atteindre l'objectif gouvernemental (lien rationnel), que le gouvernement ne va pas au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif (atteinte minimale) et que les effets préjudiciables sur l'intérêt autochtone ne l'emportent pas sur les avantages qui devraient découler de cet objectif (proportionnalité de l'incidence). L'exigence de proportionnalité est inhérente au processus de conciliation énoncé dans l'arrêt *Delgamuukw* et elle a été reprise dans l'arrêt *Nation haïda*, où la Cour insiste sur le fait que l'obligation de la Couronne de consulter et d'accommoder à l'étape des revendications « dépend de l'évaluation préliminaire de la solidité de la preuve étayant l'existence du droit ou du titre revendiqué, et de la gravité des effets préjudiciables potentiels sur le droit ou le titre » (par. 39).

[88] En résumé, le titre ancestral confère au groupe qui le détient le droit exclusif de déterminer l'utilisation qu'il est fait des terres et le droit de bénéficier des avantages que procure cette utilisation, sous réserve d'une seule exception, soit que les utilisations respectent sa nature collective et préservent la jouissance des terres pour les générations futures. Lorsque le gouvernement porte atteinte au titre ancestral sans le consentement du groupe titulaire du titre, il doit le faire en respectant l'obligation procédurale de la Couronne de consulter le groupe. L'atteinte doit également être justifiée par la poursuite d'un objectif public impérieux et réel et elle doit être compatible avec l'obligation fiduciaire qu'a la Couronne envers le groupe autochtone.

D. Mesures de réparation et période transitoire

[89] Avant que l'existence du titre soit établie par un jugement déclaratoire ou une entente, la Couronne est tenue de consulter de bonne foi les groupes autochtones qui revendiquent le titre sur des terres au sujet de ses projets d'utilisation des terres et, s'il y a lieu, de trouver des accommodements aux intérêts de ces groupes. Le niveau de consultation et d'accommodement requis varie en fonction de la solidité de la revendication du groupe autochtone et de la gravité de l'effet

to discharge its duty to consult, various remedies are available including injunctive relief, damages, or an order that consultation or accommodation be carried out: *Rio Tinto Alcan Inc. v. Carrier Sekani Tribal Council*, 2010 SCC 43, [2010] 2 S.C.R. 650, at para. 37.

[90] After Aboriginal title to land has been established by court declaration or agreement, the Crown must seek the consent of the title-holding Aboriginal group to developments on the land. Absent consent, development of title land cannot proceed unless the Crown has discharged its duty to consult and can justify the intrusion on title under s. 35 of the *Constitution Act, 1982*. The usual remedies that lie for breach of interests in land are available, adapted as may be necessary to reflect the special nature of Aboriginal title and the fiduciary obligation owed by the Crown to the holders of Aboriginal title.

[91] The practical result may be a spectrum of duties applicable over time in a particular case. At the claims stage, prior to establishment of Aboriginal title, the Crown owes a good faith duty to consult with the group concerned and, if appropriate, accommodate its interests. As the claim strength increases, the required level of consultation and accommodation correspondingly increases. Where a claim is particularly strong — for example, shortly before a court declaration of title — appropriate care must be taken to preserve the Aboriginal interest pending final resolution of the claim. Finally, once title is established, the Crown cannot proceed with development of title land not consented to by the title-holding group unless it has discharged its duty to consult and the development is justified pursuant to s. 35 of the *Constitution Act, 1982*.

préjudiciable éventuel sur l'intérêt revendiqué. Le manquement par la Couronne à son obligation de consultation peut donner lieu à diverses mesures de réparation, notamment une injonction, des dommages-intérêts ou une ordonnance enjoignant la tenue de consultations ou la prise de mesures d'accommodement : *Rio Tinto Alcan Inc. c. Conseil tribal Carrier Sekani*, 2010 CSC 43, [2010] 2 R.C.S. 650, par. 37.

[90] Une fois l'existence du titre ancestral sur des terres établie par un jugement déclaratoire ou une entente, le gouvernement doit demander le consentement du groupe autochtone titulaire du titre pour ses projets d'aménagement du territoire. En l'absence de consentement, les projets d'aménagement sur les terres assujetties au titre ne peuvent aller de l'avant si le gouvernement ne s'est pas acquitté de son obligation de consultation et ne peut justifier une atteinte à ce titre aux termes de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Les mesures de réparation habituelles en cas d'atteinte à des intérêts sur des terres sont disponibles, en les adaptant au besoin en fonction de la nature particulière du titre ancestral et de l'obligation fiduciaire de la Couronne envers les titulaires du titre ancestral.

[91] Il s'ensuit d'un point de vue pratique que des obligations différentes puissent être applicables au fil du temps dans un cas donné. À l'étape de la revendication, avant que soit établie l'existence du titre ancestral, le gouvernement a une obligation de consulter de bonne foi le groupe en cause et, s'il y a lieu, d'accommoder ses intérêts. Alors que la validité de la revendication devient plus apparente, le niveau requis de consultation et d'accommodement augmente proportionnellement. Lorsqu'une revendication est particulièrement solide — par exemple, peu avant qu'un tribunal confirme l'existence du titre — il faut bien prendre soin de préserver l'intérêt autochtone en attendant le règlement définitif de la revendication. Enfin, une fois l'existence du titre établie, le gouvernement ne peut réaliser, sur les terres grevées d'un titre ancestral, un projet d'aménagement auquel le groupe titulaire du titre n'a pas consenti à moins qu'il se soit acquitté de son obligation de consultation et que le projet d'aménagement soit justifié au sens de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

[92] Once title is established, it may be necessary for the Crown to reassess prior conduct in light of the new reality in order to faithfully discharge its fiduciary duty to the title-holding group going forward. For example, if the Crown begins a project without consent prior to Aboriginal title being established, it may be required to cancel the project upon establishment of the title if continuation of the project would be unjustifiably infringing. Similarly, if legislation was validly enacted before title was established, such legislation may be rendered inapplicable going forward to the extent that it unjustifiably infringes Aboriginal title.

E. *What Duties Were Owed by the Crown at the Time of the Government Action?*

[93] Prior to the declaration of Aboriginal title, the Province had a duty to consult and accommodate the claimed Tsilhqot'in interest in the land. As the Tsilhqot'in had a strong *prima facie* claim to the land at the time of the impugned government action and the intrusion was significant, the duty to consult owed by the Crown fell at the high end of the spectrum described in *Haida* and required significant consultation and accommodation in order to preserve the Tsilhqot'in interest.

[94] With the declaration of title, the Tsilhqot'in have now established Aboriginal title to the portion of the lands designated by the trial judge with the exception as set out in para. 9 of these reasons. This gives them the right to determine, subject to the inherent limits of group title held for future generations, the uses to which the land is put and to enjoy its economic fruits. As we have seen, this is not merely a right of first refusal with respect to Crown land management or usage plans. Rather, it is the right to proactively use and manage the land.

[92] Une fois l'existence du titre établie, il peut être nécessaire pour le gouvernement de réévaluer sa conduite passée compte tenu de cette nouvelle réalité afin de s'acquitter fidèlement par la suite de son obligation fiduciaire envers le groupe titulaire du titre. Par exemple, si, avant que le titre ancestral soit établi, le gouvernement a entrepris un projet sans le consentement du groupe autochtone, il peut être tenu de l'annuler une fois l'existence du titre établie si la poursuite du projet porte indûment atteinte aux droits des Autochtones. De même, si une loi a été valablement adoptée avant que l'existence du titre soit établie, elle pourra être déclarée inapplicable pour l'avenir dans la mesure où elle porte injustement atteinte au titre ancestral.

E. *Quelles étaient les obligations de la Couronne au moment de la prise de la mesure gouvernementale?*

[93] Avant le jugement déclarant l'existence du titre ancestral, la province était tenue de consulter les Tsilhqot'in et de trouver des accommodements aux intérêts qu'ils revendiquaient. Au moment de la prise de la mesure gouvernementale contestée, la revendication du titre sur les terres par les Tsilhqot'in était à première vue solide et l'obligation de consultation de la Couronne se situait au haut du continuum décrit dans *Nation haïda* et exigeait un niveau élevé de consultation et d'accommodement afin de préserver les intérêts des Tsilhqot'in.

[94] Maintenant qu'un jugement a reconnu l'existence du titre, le peuple Tsilhqot'in détient un titre ancestral sur la partie du territoire désignée par le juge de première instance, sous réserve de l'exception indiquée au par. 9 des présents motifs. Cela donne au peuple Tsilhqot'in, sous réserve des limites inhérentes au titre collectif détenu au bénéfice des générations futures, le droit de déterminer les utilisations des terres et de bénéficier des avantages économiques qu'elles procurent. Comme nous l'avons déjà vu, il ne s'agit pas simplement d'un droit de premier refus sur la gestion des terres de la Couronne ou sur les plans de leur utilisation. Il s'agit plutôt du droit d'utiliser et de gérer les terres de façon proactive.

VII. Breach of the Duty to Consult

[95] The alleged breach in this case arises from the issuance by the Province of licences permitting third parties to conduct forestry activity and construct related infrastructure on the land in 1983 and onwards, before title was declared. During this time, the Tsilhqot'in held an interest in the land that was not yet legally recognized. The honour of the Crown required that the Province consult them on uses of the lands and accommodate their interests. The Province did neither and breached its duty owed to the Tsilhqot'in.

[96] The Crown's duty to consult was breached when Crown officials engaged in the planning process for the removal of timber. The inclusion of timber on Aboriginal title land in a timber supply area, the approval of cut blocks on Aboriginal title land in a forest development plan, and the allocation of cutting permits all occurred without any meaningful consultation with the Tsilhqot'in.

[97] I add this. Governments and individuals proposing to use or exploit land, whether before or after a declaration of Aboriginal title, can avoid a charge of infringement or failure to adequately consult by obtaining the consent of the interested Aboriginal group.

VIII. Provincial Laws and Aboriginal Title

[98] As discussed, I have concluded that the Province breached its duty to consult and accommodate the Tsilhqot'in interest in the land. This is sufficient to dispose of the appeal.

[99] However, the parties made extensive submissions on the application of the *Forest Act* to Aboriginal title land. This issue was dealt with by the courts below and is of pressing importance to the Tsilhqot'in people and other Aboriginal groups in British Columbia and elsewhere. It is therefore appropriate that we deal with it.

VII. Le manquement à l'obligation de consultation

[95] En l'espèce, le manquement allégué découle de la délivrance, par la province, de permis permettant à des tiers de mener des activités forestières et de construire des infrastructures connexes sur les terres à compter de 1983, avant que l'existence du titre soit reconnue. Au cours de cette période, les Tsilhqot'in détenaient sur les terres un intérêt qui n'était pas encore légalement reconnu. Le principe de l'honneur de la Couronne obligeait la province à les consulter à propos des utilisations des terres et à trouver des accommodements à leurs intérêts. La province n'a fait ni l'un ni l'autre et a manqué à son obligation envers les Tsilhqot'in.

[96] La Couronne a manqué à son obligation de consultation quand ses représentants ont planifié l'enlèvement du bois. L'inclusion des terres visées par un titre ancestral dans une région d'approvisionnement en bois, l'autorisation de blocs de coupe sur les terres visées par un titre ancestral dans le cadre d'un plan d'aménagement forestier et la délivrance de permis de coupe ont eu lieu sans aucune consultation significative avec les Tsilhqot'in.

[97] J'ajoute ceci. Les gouvernements et particuliers qui proposent d'utiliser ou d'exploiter la terre, que ce soit avant ou après une déclaration de titre ancestral, peuvent éviter d'être accusés de porter atteinte aux droits ou de manquer à l'obligation de consulter adéquatement le groupe en obtenant le consentement du groupe autochtone en question.

VIII. Les lois provinciales et le titre ancestral

[98] Je le rappelle, j'ai conclu que la province a manqué à son obligation de consulter les Tsilhqot'in et de trouver des accommodements à leur intérêt sur les terres. Cela suffit à trancher le pourvoi.

[99] Cependant, les parties ont présenté des observations détaillées sur l'application de la *Forest Act* aux terres visées par un titre ancestral. Les tribunaux d'instance inférieure ont traité de cette question, laquelle prend une grande importance pour le peuple des Tsilhqot'in et pour les autres groupes autochtones de la Colombie-Britannique et d'ailleurs. Il convient donc que nous l'examinions.

[100] The following questions arise: (1) Do provincial laws of general application apply to land held under Aboriginal title and, if so, how? (2) Does the British Columbia *Forest Act* on its face apply to land held under Aboriginal title? and (3) If the *Forest Act* on its face applies, is its application ousted by the operation of the Constitution of Canada? I will discuss each of these questions in turn.

A. *Do Provincial Laws of General Application Apply to Land Held Under Aboriginal Title?*

[101] Broadly put, provincial laws of general application apply to lands held under Aboriginal title. However, as we shall see, there are important constitutional limits on this proposition.

[102] As a general proposition, provincial governments have the power to regulate land use within the province. This applies to all lands, whether held by the Crown, by private owners, or by the holders of Aboriginal title. The foundation for this power lies in s. 92(13) of the *Constitution Act, 1867*, which gives the provinces the power to legislate with respect to property and civil rights in the province.

[103] Provincial power to regulate land held under Aboriginal title is constitutionally limited in two ways. First, it is limited by s. 35 of the *Constitution Act, 1982*. Section 35 requires any abridgment of the rights flowing from Aboriginal title to be backed by a compelling and substantial governmental objective and to be consistent with the Crown's fiduciary relationship with title holders. Second, a province's power to regulate lands under Aboriginal title may in some situations also be limited by the federal power over "Indians, and Lands reserved for the Indians" under s. 91(24) of the *Constitution Act, 1867*.

[100] Les questions qui se posent sont les suivantes : (1) Les lois provinciales d'application générale s'appliquent-elles aux terres visées par un titre ancestral et, dans l'affirmative, comment s'appliquent-elles? (2) À première vue, la *Forest Act* de la Colombie-Britannique s'applique-t-elle aux terres visées par un titre ancestral? Et (3) si, à première vue, la *Forest Act* s'applique, son application est-elle écartée par l'application de la Constitution du Canada? Je vais examiner successivement chacune de ces questions.

A. *Les lois provinciales d'application générale s'appliquent-elles aux terres visées par un titre ancestral?*

[101] De façon générale, les lois provinciales d'application générale s'appliquent aux terres visées par un titre ancestral. Cependant, comme nous le verrons, cet énoncé est assorti de limites constitutionnelles importantes.

[102] En règle générale, les gouvernements provinciaux ont le pouvoir de réglementer l'utilisation des terres situées à l'intérieur de la province. Cette règle s'applique à toutes les terres, qu'elles soient détenues par le gouvernement, par des propriétaires privés ou par les titulaires d'un titre ancestral. Le fondement de ce pouvoir réside dans le par. 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, lequel accorde à la province le pouvoir de légiférer en matière de propriété et de droits civils dans la province.

[103] Le pouvoir provincial de réglementer les terres détenues en vertu d'un titre ancestral est constitutionnellement limité de deux façons. Premièrement, il est limité par l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Aux termes de cet article, toute atteinte aux droits découlant du titre ancestral doit poursuivre un objectif gouvernemental impérieux et réel et doit être compatible avec la relation fiduciaire entre la Couronne et les titulaires du titre. Deuxièmement, le pouvoir d'une province de réglementer les terres visées par un titre ancestral peut aussi, dans certains cas, être limité par le pouvoir fédéral sur les « Indiens et les terres réservées pour les Indiens » prévu au par. 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

[104] This Court suggested in *Sparrow* that the following factors will be relevant in determining whether a law of general application results in a meaningful diminution of an Aboriginal right, giving rise to breach: (1) whether the limitation imposed by the legislation is unreasonable; (2) whether the legislation imposes undue hardship; and (3) whether the legislation denies the holders of the right their preferred means of exercising the right (p. 1112). All three factors must be considered; for example, even if laws of general application are found to be reasonable or not to cause undue hardship, this does not mean that there can be no infringement of Aboriginal title. As stated in *Gladstone*:

Simply because one of [the *Sparrow*] questions is answered in the negative will not prohibit a finding by a court that a *prima facie* infringement has taken place; it will just be one factor for a court to consider in its determination of whether there has been a *prima facie* infringement. [para. 43]

[105] It may be predicted that laws and regulations of general application aimed at protecting the environment or assuring the continued health of the forests of British Columbia will usually be reasonable, not impose an undue hardship either directly or indirectly, and not interfere with the Aboriginal group's preferred method of exercising their right. And it is to be hoped that Aboriginal groups and the provincial government will work cooperatively to sustain the natural environment so important to them both. This said, when conflicts arise, the foregoing template serves to resolve them.

[106] Subject to these constitutional constraints, provincial laws of general application apply to land held under Aboriginal title.

B. *Does the Forest Act on its Face Apply to Aboriginal Title Land?*

[107] Whether a statute of general application such as the *Forest Act* was *intended* to apply to lands subject to Aboriginal title — the question

[104] Dans l'arrêt *Sparrow*, notre Cour a laissé entendre que les facteurs suivants seront pertinents au moment de déterminer si une loi d'application générale entraîne une diminution appréciable d'un droit ancestral, ce qui donne lieu à une atteinte : (1) si la restriction imposée par la loi est déraisonnable; (2) si la loi est indûment rigoureuse; et (3) si la loi refuse aux titulaires du droit le recours à leur moyen préféré d'exercer ce droit (p. 1112). Les trois facteurs doivent être pris en compte; par exemple, même s'il est jugé que les lois d'application générale ne sont pas déraisonnables ou indûment rigoureuses, cela ne signifie pas qu'il ne peut pas y avoir d'atteinte au titre ancestral. Comme la Cour l'a affirmé dans l'arrêt *Gladstone* :

Le simple fait qu'on réponde par la négative à l'une de ces questions [formulées dans l'arrêt *Sparrow*] n'empêche pas le tribunal de conclure à l'existence d'une atteinte à première vue. Cette réponse négative n'est qu'un des facteurs que le tribunal doit prendre en considération pour déterminer s'il y a eu atteinte à première vue. [par. 43]

[105] On peut prévoir que les lois et règlements d'application générale visant à protéger l'environnement ou à assurer, à long terme, la santé des forêts de la Colombie-Britannique seront habituellement raisonnables, qu'ils ne seront pas, directement ou indirectement, indûment rigoureux et qu'ils ne refuseront pas au groupe autochtone leur moyen préféré d'exercer leur droit. Et il faut espérer que les groupes autochtones et le gouvernement provincial collaboreront pour assurer la pérennité de l'environnement naturel qui leur est si important. Cela dit, lorsque survient un conflit, l'analyse qui précède sert à le régler.

[106] Sous réserve de ces contraintes constitutionnelles, les lois provinciales d'application générale s'appliquent aux terres détenues en vertu d'un titre ancestral.

B. *À première vue, la Forest Act s'applique-t-elle aux terres visées par un titre ancestral?*

[107] À ce stade-ci, la question de savoir si une loi d'application générale telle la *Forest Act* était *censée* s'appliquer aux terres visées par un titre

at this point — is always a matter of statutory interpretation.

[108] The basic rule of statutory interpretation is that “the words of an Act are to be read in their entire context, in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament”: R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (5th ed. 2008), at p. 1.

[109] Under the *Forest Act*, the Crown can only issue timber licences with respect to “Crown timber”. “Crown timber” is defined as timber that is on “Crown land”, and “Crown land” is defined as “land, whether or not it is covered by water, or an interest in land, vested in the Crown” (s. 1). The Crown is not empowered to issue timber licences on “private land”, which is defined as anything that is not Crown land. The Act is silent on Aboriginal title land, meaning that there are three possibilities: (1) Aboriginal title land is “Crown land”; (2) Aboriginal title land is “private land”; or (3) the *Forest Act* does not apply to Aboriginal title land at all. For the purposes of this appeal, there is no practical difference between the latter two.

[110] If Aboriginal title land is “vested in the Crown”, then it falls within the definition of “Crown land” and the timber on it is “Crown timber”.

[111] What does it mean for a person or entity to be “vested” with property? In property law, an interest is vested when no condition or limitation stands in the way of enjoyment. Property can be vested in possession or in interest. Property is vested in possession where there is a present entitlement to enjoyment of the property. An example of this is a life estate. Property is vested in interest where there is a fixed right to taking possession in the future. A remainder interest is vested in interest but not

ancestral est toujours une question d’interprétation législative.

[108] Selon la règle fondamentale en matière d’interprétation législative, [TRADUCTION] « il faut interpréter les termes d’une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s’harmonise avec l’économie de la loi, son objet et l’intention du législateur » : R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (5^e éd. 2008), p. 1.

[109] Aux termes de la *Forest Act*, le gouvernement ne peut délivrer des permis de coupe que pour le [TRADUCTION] « bois des terres publiques », défini comme étant le bois qui se trouve sur les « terres publiques », lesquelles sont définies comme étant les « terres dévolues à la Couronne, qu’elles soient ou non recouvertes d’eau, ou un droit sur ces terres » (art. 1). Le gouvernement n’a pas le pouvoir de délivrer des permis de coupe de bois sur les « terres privées », elles-mêmes définies comme étant toutes les terres qui ne sont pas des terres publiques. La *Forest Act* ne fait pas mention des terres visées par un titre ancestral et nous laisse devant trois possibilités : (1) les terres visées par un titre ancestral sont des « terres publiques »; (2) les terres visées par un titre ancestral sont des « terres privées »; ou (3) la *Forest Act* ne s’applique nullement aux terres visées par un titre ancestral. Pour les besoins du présent pourvoi, il n’y a pas de différence en pratique entre les deux dernières possibilités.

[110] Si les terres visées par un titre ancestral sont « dévolues à la Couronne », la définition des « terres publiques » s’y applique et le bois qui s’y trouve est du « bois des terres publiques ».

[111] Que signifie pour une personne ou une entité le fait qu’un bien lui soit « dévolu »? En droit des biens, un intérêt est dévolu lorsqu’aucune condition ou restriction n’en restreint la jouissance. Un bien peut être dévolu en possession ou en intérêt. Un bien est dévolu en possession lorsque la personne a le droit actuel de jouir du bien. Le domaine viager en est un exemple. Un bien est dévolu en intérêt lorsque le droit d’en prendre possession ultérieurement est figé. Un intérêt

in possession: B. Ziff, *Principles of Property Law* (5th ed. 2010), at p. 245; *Black's Law Dictionary* (9th ed. 2009), *sub verbo* “vested”.

[112] Aboriginal title confers a right to the land itself and the Crown is obligated to justify any incursions on title. As explained above, the content of the Crown's underlying title is limited to the fiduciary duty owed and the right to encroach subject to justification. It would be hard to say that the Crown is presently entitled to enjoyment of the lands in the way property that is vested in possession would be. Similarly, although Aboriginal title can be alienated to the Crown, this does not confer a fixed right to future enjoyment in the way property that is vested in interest would. Rather, it would seem that Aboriginal title vests the lands in question in the Aboriginal group.

[113] The second consideration in statutory construction is more equivocal. Can the legislature have intended that the vast areas of the province that are potentially subject to Aboriginal title be immune from forestry regulation? And what about the long period of time during which land claims progress and ultimate Aboriginal title remains uncertain? During this period, Aboriginal groups have no legal right to manage the forest; their only right is to be consulted, and if appropriate, accommodated with respect to the land's use: *Haida*. At this stage, the Crown may continue to manage the resource in question, but the honour of the Crown requires it to respect the potential, but yet unproven claims.

[114] It seems clear from the historical record and the record in this case that in this evolving context, the British Columbia legislature proceeded on the basis that lands under claim remain “Crown land” under the *Forest Act*, at least until Aboriginal title is recognized by a court or an agreement. To proceed otherwise would have left no one in charge of the forests that cover hundreds of thousands

résiduel est dévolu en intérêt mais non en possession : B. Ziff, *Principles of Property Law* (5^e éd. 2010), p. 245; *Black's Law Dictionary* (9^e éd. 2009), à l'article « *vested* » (dévolu).

[112] Le titre ancestral confère un droit sur les terres-mêmes, et la Couronne est tenue de justifier toute atteinte au titre. J'ai déjà expliqué que le contenu du titre sous-jacent de la Couronne se limite à l'obligation fiduciaire envers les Autochtones et au droit de porter atteinte au titre ancestral dans la mesure où l'atteinte est justifiée. On pourrait difficilement affirmer que la Couronne a le droit actuel de jouir des terres comme elle pourrait le faire dans le cas d'un bien dévolu en possession. De même, bien que le titre ancestral puisse être aliéné en faveur de la Couronne, cela ne confère pas un droit figé de jouir ultérieurement du titre comme elle pourrait le faire dans le cas d'un bien dévolu en intérêt. Il semblerait plutôt que par l'effet du titre ancestral, les terres en question sont dévolues au groupe autochtone.

[113] La deuxième considération en matière d'interprétation législative est plus équivoque. Le législateur peut-il avoir voulu que les vastes territoires de la province susceptibles d'être visés par un titre ancestral soient soustraits à la réglementation de l'exploitation forestière? Et que dire de la longue période pendant laquelle les revendications territoriales font l'objet de négociation et le titre ancestral demeure incertain? Pendant cette période, les groupes autochtones n'ont pas le droit de gérer les forêts; ils ont seulement droit qu'on les consulte et, s'il y a lieu, qu'on les accommode relativement à l'utilisation des terres : *Nation haïda*. À cette étape, le gouvernement peut continuer à gérer la ressource en question, mais l'honneur de la Couronne l'oblige à respecter la revendication non encore prouvée.

[114] Il semble ressortir clairement du dossier historique et du dossier en l'espèce que dans ce contexte évolutif, le législateur de la Colombie-Britannique s'est fondé sur le fait que les terres revendiquées demeurent des [TRADUCTION] « terres publiques » au sens de la *Forest Act*, du moins jusqu'à ce que le titre ancestral soit reconnu par un tribunal ou une entente. Autrement, personne

of hectares and represent a resource of enormous value. Looked at in this very particular historical context, it seems clear that the legislature must have intended the words “vested in the Crown” to cover at least lands to which Aboriginal title had not yet been confirmed.

[115] I conclude that the legislature intended the *Forest Act* to apply to lands under claims for Aboriginal title, *up to the time title is confirmed by agreement or court order*. To hold otherwise would be to accept that the legislature intended the forests on such lands to be wholly unregulated, and would undercut the premise on which the duty to consult affirmed in *Haida* was based. Once Aboriginal title is confirmed, however, the lands are “vested” in the Aboriginal group and the lands are no longer Crown lands.

[116] Applied to this case, this means that as a matter of statutory construction, the lands in question were “Crown land” under the *Forest Act* at the time the forestry licences were issued. Now that title has been established, however, the beneficial interest in the land vests in the Aboriginal group, not the Crown. The timber on it no longer falls within the definition of “Crown timber” and the *Forest Act* no longer applies. I add the obvious — it remains open to the legislature to amend the Act to cover lands held under Aboriginal title, provided it observes applicable constitutional restraints.

C. *Is the Forest Act Ousted by the Constitution?*

[117] The next question is whether the provincial legislature lacks the constitutional power to legislate with respect to forests on Aboriginal title land. Currently, the *Forest Act* applies to lands under claim, but not to lands over which Aboriginal title has been confirmed. However, the provincial

ne se serait occupé des forêts qui couvrent des centaines de milliers d’hectares et qui représentent une ressource d’une valeur inestimable. Compte tenu de ce contexte historique très particulier, il semble clair que le législateur doit avoir voulu que les mots « dévolues à la Couronne » s’appliquent au moins aux terres sur lesquelles l’existence du titre ancestral n’était pas encore confirmée.

[115] Je conclus que le législateur voulait que la *Forest Act* s’applique aux terres visées par une revendication de titre ancestral, *jusqu’à ce que l’existence du titre soit confirmée par une entente ou une ordonnance judiciaire*. Conclure autrement reviendrait à accepter que le législateur voulait que les forêts se trouvant sur ces terres ne soient pas du tout réglementées et minerait la prémisse sur laquelle était fondée l’obligation de consulter confirmée dans l’arrêt *Nation haïda*. Cependant, une fois que l’existence du titre ancestral est confirmée, les terres sont « dévolues » au groupe autochtone et ne sont plus des terres publiques.

[116] L’application de cette conclusion en l’espèce signifie que, selon les règles d’interprétation législative, les terres en question étaient des [TRADUCTION] « terres publiques » aux termes de la *Forest Act* au moment où les permis d’exploitation forestière ont été délivrés. Cependant, maintenant que l’existence du titre a été établie, l’intérêt bénéficiaire sur les terres est dévolu au groupe autochtone et non à la Couronne. La définition de « bois des terres publiques » ne s’applique plus au bois qui se trouve sur ces terres et la *Forest Act* ne s’y applique plus. J’aimerais préciser un point évident — le législateur peut toujours modifier la *Forest Act* afin qu’elle s’applique sur les terres visées par un titre ancestral, à la condition de respecter les contraintes constitutionnelles applicables.

C. *La Forest Act est-elle écartée par la Constitution?*

[117] La question suivante consiste à savoir si la Constitution permet au législateur provincial de légiférer sur les forêts qui se trouvent sur des terres visées par un titre ancestral. Actuellement, la *Forest Act* s’applique aux terres visées par une revendication du titre ancestral, mais pas aux terres

legislature could amend the Act so as to explicitly apply to lands over which title has been confirmed. This raises the question of whether provincial forestry legislation that on its face purports to apply to Aboriginal title lands is ousted by the Constitution.

1. Section 35 of the Constitution Act, 1982

[118] Section 35 of the *Constitution Act, 1982* represents “the culmination of a long and difficult struggle in both the political forum and the courts for the constitutional recognition of [A]boriginal rights” (*Sparrow*, at p. 1105). It protects Aboriginal rights against provincial and federal legislative power and provides a framework to facilitate negotiations and reconciliation of Aboriginal interests with those of the broader public.

[119] Section 35(1) states that existing Aboriginal rights are hereby “recognized and affirmed”. In *Sparrow*, this Court held that these words must be construed in a liberal and purposive manner. Recognition and affirmation of Aboriginal rights constitutionally entrenches the Crown’s fiduciary obligations towards Aboriginal peoples. While rights that are recognized and affirmed are not absolute, s. 35 requires the Crown to reconcile its power with its duty. “[T]he best way to achieve that reconciliation is to demand the justification of any government regulation that infringes upon or denies [A]boriginal rights” (*Sparrow*, at p. 1109). Dickson C.J. and La Forest J. elaborated on this purpose as follows, at p. 1110:

The constitutional recognition afforded by the provision therefore gives a measure of control over government conduct and a strong check on legislative power. While it does not promise immunity from government regulation in a society that, in the twentieth century, is increasingly more complex, interdependent and sophisticated, and where exhaustible resources need protection and management, it does hold the Crown to a substantive

sur lesquelles l’existence de ce titre a été confirmée. Cependant, le législateur provincial pourrait modifier la *Forest Act* de manière à ce qu’elle s’applique explicitement aux terres sur lesquelles l’existence du titre ancestral a été confirmée. Cela soulève la question de savoir si la Constitution écarte les lois provinciales régissant l’exploitation forestière qui, à première vue, sont censées s’appliquer aux terres visées par un titre ancestral.

1. L’article 35 de la Loi constitutionnelle de 1982

[118] L’article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* représente « l’aboutissement d’une bataille longue et difficile à la fois dans l’arène politique et devant les tribunaux pour la reconnaissance de droits ancestraux » (*Sparrow*, p. 1105). Il protège les droits ancestraux contre l’exercice, par les provinces et le fédéral, de leur compétence législative et prévoit un cadre qui facilite les négociations et la conciliation des intérêts autochtones avec ceux du public en général.

[119] Selon le par. 35(1), les droits ancestraux existants sont « reconnus et confirmés ». Dans *Sparrow*, notre Cour a conclu que ces mots devaient être interprétés de façon libérale en fonction de l’objet qu’ils visent. La reconnaissance et la confirmation des droits ancestraux consacrent dans la Constitution les obligations fiduciaires de la Couronne envers les peuples autochtones. Bien que les droits reconnus et confirmés ne soient pas absolus, l’art. 35 oblige la Couronne à concilier son pouvoir avec son obligation. « [L]a meilleure façon d’y parvenir est d’exiger la justification de tout règlement gouvernemental qui porte atteinte à des droits ancestraux » (*Sparrow*, p. 1109). Le juge en chef Dickson et le juge La Forest ont précisé cet objectif comme suit à la p. 1110 :

La reconnaissance constitutionnelle exprimée dans la disposition en cause permet donc, dans une certaine mesure, de contrôler la conduite du gouvernement et de limiter fortement le pouvoir du législateur. Bien qu’elle ne constitue pas une promesse d’immunité contre la réglementation gouvernementale dans une société qui, au XX^e siècle, devient de plus en plus complexe et interdépendante et où il est nécessaire

promise. The government is required to bear the burden of justifying any legislation that has some negative effect on any [A]boriginal right protected under s. 35(1).

[120] Where legislation affects an Aboriginal right protected by s. 35 of the *Constitution Act, 1982*, two inquiries are required. First, does the legislation interfere with or infringe the Aboriginal right (this was referred to as *prima facie* infringement in *Sparrow*)? Second, if so, can the infringement be justified?

[121] A court must first examine the characteristics or incidents of the right at stake. In the case of Aboriginal title, three relevant incidents are: (1) the right to exclusive use and occupation of the land; (2) the right to determine the uses to which the land is put, subject to the ultimate limit that those uses cannot destroy the ability of the land to sustain future generations of Aboriginal peoples; and (3) the right to enjoy the economic fruits of the land (*Delgamuukw*, at para. 166).

[122] Next, in order to determine whether the right is infringed by legislation, a court must ask whether the legislation results in a meaningful diminution of the right: *Gladstone*. As discussed, in *Sparrow*, the Court suggested that the following three factors will aid in determining whether such an infringement has occurred: (1) whether the limitation imposed by the legislation is unreasonable; (2) whether the legislation imposes undue hardship; and (3) whether the legislation denies the holders of the right their preferred means of exercising the right (p. 1112).

[123] General regulatory legislation, such as legislation aimed at managing the forests in a way that deals with pest invasions or prevents forest fires, will often pass the *Sparrow* test as it will be reasonable, not impose undue hardship, and not deny the holders of the right their preferred means of exercising it. In such cases, no infringement will result.

de protéger et de gérer les ressources épuisables, cette reconnaissance représente un engagement important de la part de la Couronne. Le gouvernement se voit imposer l'obligation de justifier toute mesure législative qui a un effet préjudiciable sur un droit ancestral protégé par le par. 35(1).

[120] Lorsqu'une mesure législative porte atteinte à un droit ancestral protégé par l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, il faut se poser deux questions. Premièrement, la mesure porte-t-elle atteinte au droit ancestral (une atteinte à première vue, dans l'arrêt *Sparrow*)? Deuxièmement, dans l'affirmative, l'atteinte peut-elle être justifiée?

[121] Le tribunal doit d'abord examiner les caractéristiques ou les attributs du droit en question. Dans le cas du titre ancestral, trois attributs sont pertinents : (1) le droit d'utiliser et d'occuper les terres de façon exclusive; (2) le droit de choisir les utilisations qui peuvent être faites des terres, sous réserve de la restriction ultime que ces usages ne sauraient détruire la capacité de ces terres d'assurer la subsistance des générations futures des peuples autochtones; (3) le droit de bénéficier des avantages économiques que procurent les terres (*Delgamuukw*, par. 166).

[122] Ensuite, pour déterminer si la mesure législative porte atteinte au droit, le tribunal doit se demander si la mesure entraîne une diminution appréciable du droit : *Gladstone*. Comme je l'ai déjà expliqué, dans *Sparrow*, la Cour a laissé entendre que les trois facteurs suivants peuvent permettre de déterminer s'il y a eu atteinte : (1) si la restriction imposée par la loi est déraisonnable; (2) si la loi est indûment rigoureuse; et (3) si la loi refuse aux titulaires du droit le recours à leur moyen préféré de l'exercer (p. 112).

[123] Une loi de nature réglementaire de portée générale, par exemple une loi visant la gestion des forêts en prévenant les infestations de ravageurs ou les feux de forêt, satisfera souvent au critère énoncé dans *Sparrow* car elle sera raisonnable, ne sera pas indûment rigoureuse et ne refusera pas aux titulaires du droit le recours à leur moyen préféré de l'exercer. Dans un tel cas, il n'y a aucune atteinte.

[124] General regulatory legislation, which may affect the manner in which the Aboriginal right can be exercised, differs from legislation that assigns Aboriginal property rights to third parties. The issuance of timber licences on Aboriginal title land for example — a direct transfer of Aboriginal property rights to a third party — will plainly be a meaningful diminution in the Aboriginal group's ownership right and will amount to an infringement that must be justified in cases where it is done without Aboriginal consent.

[125] As discussed earlier, to justify an infringement, the Crown must demonstrate that: (1) it complied with its procedural duty to consult with the right holders and accommodate the right to an appropriate extent at the stage when infringement was contemplated; (2) the infringement is backed by a compelling and substantial legislative objective in the public interest; and (3) the benefit to the public is proportionate to any adverse effect on the Aboriginal interest. This framework permits a principled reconciliation of Aboriginal rights with the interests of all Canadians.

[126] While unnecessary for the disposition of this appeal, the issue of whether British Columbia possessed a compelling and substantial legislative objective in issuing the cutting permits in this case was addressed by the courts below, and I offer the following comments for the benefit of all parties going forward. I agree with the courts below that no compelling and substantial objective existed in this case. The trial judge found the two objectives put forward by the Province — the economic benefits that would be realized as a result of logging in the claim area and the need to prevent the spread of a mountain pine beetle infestation — were not supported by the evidence. After considering the expert evidence before him, he concluded that the proposed cutting sites were not economically viable and that they were not directed at preventing the spread of the mountain pine beetle.

[124] Une loi de nature réglementaire de portée générale susceptible de modifier le mode d'exercice du droit ancestral diffère d'une loi qui a pour effet de céder à des tiers des droits de propriété des Autochtones. La délivrance de permis de coupe de bois sur des terres grevées du titre ancestral par exemple — un transfert direct à des tiers de droits de propriété des Autochtones — constituera manifestement une diminution significative du droit de propriété du groupe autochtone assimilable à une atteinte qui doit être justifiée dans les cas où les Autochtones n'y ont pas consenti.

[125] J'ai déjà expliqué que, pour justifier une atteinte, la Couronne doit démontrer : (1) qu'elle s'est acquittée de son obligation procédurale de consulter les titulaires d'un droit et de trouver des accommodements au droit, dans la mesure appropriée, à l'étape où l'atteinte était envisagée; (2) que l'atteinte poursuit un objectif législatif impérieux et réel dans l'intérêt du public; (3) que l'intérêt du public est proportionnel à tout effet négatif sur l'intérêt autochtone. Ce cadre permet une conciliation rationnelle des droits ancestraux et des intérêts de tous les Canadiens.

[126] Bien qu'il ne soit pas nécessaire de trancher cette question pour les besoins du présent pourvoi, les tribunaux d'instance inférieure ont abordé la question de savoir si la Colombie-Britannique poursuivait un objectif impérieux et réel en délivrant dans ce cas des permis de coupe, et je vais formuler les observations suivantes au bénéfice de toutes les parties éventuelles. Je conviens avec les tribunaux d'instance inférieure qu'il n'existait aucun objectif impérieux et réel en l'espèce. Le juge de première instance a conclu que les deux objectifs invoqués par la province — les avantages économiques liés à l'exploitation forestière sur les terres visées par une revendication du titre et la nécessité d'empêcher la propagation d'une infestation du dendroctone du pin ponderosa — n'étaient pas étayés par la preuve. Après avoir examiné les témoignages d'experts dont il disposait, il a conclu que les sites de coupe proposés n'étaient pas rentables et qu'ils ne visaient pas à empêcher la propagation du dendroctone du pin ponderosa.

[127] Before the Court of Appeal, the Province no longer argued that the forestry activities were undertaken to combat the mountain pine beetle, but maintained the position that the trial judge's findings on economic viability were unreasonable, because unless logging was economically viable, it would not have taken place. The Court of Appeal rejected this argument on two grounds: (1) levels of logging must sometimes be maintained for a tenure holder to keep logging rights, even if logging is not economically viable; and (2) the focus is the economic value of logging compared to the detrimental effects it would have on Tsilhqot'in Aboriginal rights, not the economic viability of logging from the sole perspective of the tenure holder. In short, the Court of Appeal found no error in the trial judge's reasoning on this point. I would agree. Granting rights to third parties to harvest timber on Tsilhqot'in land is a serious infringement that will not lightly be justified. Should the government wish to grant such harvesting rights in the future, it will be required to establish that a compelling and substantial objective is furthered by such harvesting, something that was not present in this case.

2. The Division of Powers

[128] The starting point, as noted, is that, as a general matter, the regulation of forestry within the Province falls under its power over property and civil rights under s. 92(13) of the *Constitution Act, 1867*. To put it in constitutional terms, regulation of forestry is in "pith and substance" a provincial matter. Thus, the *Forest Act* is consistent with the division of powers unless it is ousted by a competing federal power, even though it may incidentally affect matters under federal jurisdiction.

[129] "Indians, and Lands reserved for the Indians" falls under federal jurisdiction pursuant to s. 91(24) of the *Constitution Act, 1867*. As such, forestry on Aboriginal title land falls under both

[127] Devant la Cour d'appel, la province ne prétendait plus que les activités forestières visaient à combattre l'infestation du dendroctone du pin ponderosa, mais elle a continué de soutenir que les conclusions du juge de première instance sur la rentabilité étaient déraisonnables parce que, si les travaux d'exploitation forestière n'avaient pas été rentables, ils n'auraient pas été effectués. La Cour d'appel a rejeté cet argument pour deux raisons : (1) les titulaires d'une tenure forestière doivent parfois maintenir l'exploitation forestière pour conserver leurs droits, même si ce n'est pas rentable; (2) l'accent porte sur la valeur économique de l'exploitation forestière par rapport aux effets préjudiciables qu'elle aurait sur les droits ancestraux des Tsilhqot'in, et non sur la rentabilité de l'exploitation forestière uniquement du point de vue du titulaire de la tenure forestière. En bref, la Cour d'appel n'a relevé aucune erreur dans le raisonnement du juge de première instance sur ce point. Je suis d'accord. Accorder à des tiers le droit de récolter du bois sur les terres des Tsilhqot'in constitue une atteinte grave qui ne sera pas justifiée à la légère. Si le gouvernement souhaite à l'avenir accorder de tels droits de récolte, il devra établir qu'il poursuit par la récolte un objectif impérieux et réel, ce qui n'a pas été fait en l'espèce.

2. Le partage des compétences

[128] Comme je l'ai déjà indiqué, le point de départ est que, de façon générale, la réglementation de l'exploitation forestière dans la province relève du pouvoir que le par. 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867* accorde à la province en matière de propriété et de droits civils. Sur le plan constitutionnel, la réglementation de l'exploitation forestière est, « de par son caractère véritable », une compétence provinciale. Ainsi, la *Forest Act* respecte le partage des compétences à moins qu'elle soit écartée par une compétence fédérale, même si elle peut, de manière incidente, toucher les matières relevant de la compétence fédérale.

[129] « Les Indiens et les terres réservées pour les Indiens » relèvent de la compétence fédérale en vertu du par. 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Par conséquent, les ressources forestières

the provincial power over forestry in the province and the federal power over “Indians”. Thus, for constitutional purposes, forestry on Aboriginal title land possesses a double aspect, with both levels of government enjoying concurrent jurisdiction. Normally, such concurrent legislative power creates no conflicts — federal and provincial governments cooperate productively in many areas of double aspect such as, for example, insolvency and child custody. However, in cases where jurisdictional disputes arise, two doctrines exist to resolve them.

[130] First, the doctrine of paramourty applies where there is conflict or inconsistency between provincial and federal law, in the sense of impossibility of dual compliance or frustration of federal purpose. In the case of such conflict or inconsistency, the federal law prevails. Therefore, if the application of valid provincial legislation, such as the *Forest Act*, conflicts with valid federal legislation enacted pursuant to Parliament’s power over “Indians”, the latter would trump the former. No such inconsistency is alleged in this case.

[131] Second, the doctrine of interjurisdictional immunity applies where laws enacted by one level of government impair the protected core of jurisdiction possessed by the other level of government. Interjurisdictional immunity is premised on the idea that since federal and provincial legislative powers under ss. 91 and 92 of the *Constitution Act, 1867* are exclusive, each level of government enjoys a basic unassailable core of power on which the other level may not intrude. In considering whether provincial legislation such as the *Forest Act* is ousted pursuant to interjurisdictional immunity, the court must ask two questions. First, does the provincial legislation touch on a protected core of federal power? And second, would application of the provincial law significantly trammel or impair the federal power? (*Quebec (Attorney General) v.*

qui se trouvent sur des terres visées par un titre ancestral relèvent à la fois de la compétence provinciale en matière de ressources forestières dans la province et de la compétence fédérale sur les « Indiens ». Ainsi, sur le plan constitutionnel, les ressources forestières qui se trouvent sur les terres visées par un titre ancestral comportent un double aspect puisque les deux paliers de gouvernement exercent sur elles une compétence concurrente. Habituellement, une telle compétence concurrente ne crée pas de conflit — les gouvernements fédéral et provinciaux collaborent de manière productive dans plusieurs domaines qui comportent un double aspect, par exemple l’insolvabilité et la garde des enfants. Cependant, lorsque se présente un conflit de compétence, deux doctrines permettent de le résoudre.

[130] Premièrement, la doctrine de la prépondérance s’applique en cas de conflit ou d’incompatibilité entre une loi provinciale et une loi fédérale, en ce sens qu’il est impossible de se conformer aux deux textes de loi ou que la réalisation de l’objet d’une loi fédérale est entravée. Dans un tel cas, la loi fédérale l’emporte. Par conséquent, si l’application d’une loi provinciale valide, comme la *Forest Act*, entre en conflit avec une loi fédérale valide adoptée en vertu du pouvoir du Parlement sur les « Indiens », la seconde aurait priorité sur la première. On n’a allégué l’existence d’aucune incompatibilité de la sorte en l’espèce.

[131] Deuxièmement, la doctrine de l’exclusivité des compétences s’applique lorsque des lois adoptées par un palier de gouvernement entravent le contenu essentiel protégé d’une compétence de l’autre palier de gouvernement. Cette doctrine repose sur la prémisse que, puisque les compétences fédérales et provinciales prévues aux art. 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867* sont exclusives, chaque palier de gouvernement exerce sa compétence sur un contenu minimum essentiel et irréductible auquel l’autre palier de gouvernement ne peut toucher. Pour déterminer si une loi provinciale comme la *Forest Act* est écartée par l’application de la doctrine de l’exclusivité des compétences, le tribunal doit se poser deux questions. Premièrement, la loi provinciale touche-t-elle un aspect du contenu essentiel protégé de la compétence fédérale? Et

Canadian Owners and Pilots Association, 2010 SCC 39, [2010] 2 S.C.R. 536).

[132] The trial judge held that interjurisdictional immunity rendered the provisions of the *Forest Act* inapplicable to land held under Aboriginal title because provisions authorizing management, acquisition, removal and sale of timber on such lands affect the core of the federal power over “Indians”. He placed considerable reliance on *R. v. Morris*, 2006 SCC 59, [2006] 2 S.C.R. 915, in which this Court held that only Parliament has the power to derogate from rights conferred by a treaty because treaty rights are within the core of the federal power over “Indians”. It follows, the trial judge reasoned, that, since Aboriginal rights are akin to treaty rights, the Province has no power to legislate with respect to forests on Aboriginal title land.

[133] The reasoning accepted by the trial judge is essentially as follows. Aboriginal rights fall at the core of federal jurisdiction under s. 91(24) of the *Constitution Act, 1867*. Interjurisdictional immunity applies to matters at the core of s. 91(24). Therefore, provincial governments are constitutionally prohibited from legislating in a way that limits Aboriginal rights. This reasoning leads to a number of difficulties.

[134] The critical aspect of this reasoning is the proposition that Aboriginal rights fall at the core of federal regulatory jurisdiction under s. 91(24) of the *Constitution Act, 1867*.

[135] The jurisprudence on whether s. 35 rights fall at the core of the federal power to legislate with respect to “Indians” under s. 91(24) is somewhat mixed. While no case has held that Aboriginal

deuxièmement, l’application de la loi provinciale pourrait-elle entraver de façon importante la compétence fédérale? (*Québec (Procureur général) c. Canadian Owners and Pilots Association*, 2010 CSC 39, [2010] 2 R.C.S. 536).

[132] Le juge de première instance a conclu que l’exclusivité des compétences rendait les dispositions de la *Forest Act* inapplicables aux terres détenues en vertu d’un titre ancestral parce que les dispositions autorisant la gestion, l’acquisition, l’enlèvement et la vente du bois sur ces terres touchent au contenu essentiel de la compétence fédérale sur les « Indiens ». Il a accordé une grande importance à l’arrêt *R. c. Morris*, 2006 CSC 59, [2006] 2 R.C.S. 915, dans lequel la Cour a conclu que seul le Parlement a le pouvoir de déroger aux droits reconnus dans un traité parce que les droits issus de traités se rattachent au contenu essentiel de la compétence fédérale sur les « Indiens ». Le juge de première instance a donc estimé que, comme les droits ancestraux s’apparentent aux droits issus de traités, la province n’a pas le pouvoir de légiférer relativement aux forêts qui se trouvent sur les terres visées par un titre ancestral.

[133] Le raisonnement adopté par le juge de première instance est essentiellement le suivant. Les droits ancestraux font partie du contenu essentiel de la compétence fédérale prévue au par. 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. La doctrine de l’exclusivité des compétences s’applique aux matières qui font partie du contenu essentiel du par. 91(24). Par conséquent, la Constitution empêche les gouvernements provinciaux de légiférer d’une manière qui limite les droits ancestraux. Ce raisonnement suscite un certain nombre de difficultés.

[134] La proposition suivant laquelle les droits ancestraux font partie du contenu essentiel de la compétence fédérale en matière de réglementation prévue au par. 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867* constitue l’aspect crucial de ce raisonnement.

[135] La jurisprudence est quelque peu ambiguë quant à savoir si les droits visés à l’art. 35 font partie du contenu essentiel du pouvoir fédéral de faire des lois relatives aux « Indiens » prévu au

rights, such as Aboriginal title to land, fall at the core of the federal power under s. 91(24), this has been stated in *obiter dicta*. However, this Court has also stated in *obiter dicta* that provincial governments are constitutionally permitted to infringe Aboriginal rights where such infringement is justified pursuant to s. 35 of the *Constitution Act, 1982* — this latter proposition being inconsistent with the reasoning accepted by the trial judge.

[136] In *R. v. Marshall*, [1999] 3 S.C.R. 533, this Court suggested that interjurisdictional immunity did not apply where provincial legislation conflicted with treaty rights. Rather, the s. 35 *Sparrow* framework was the appropriate tool with which to resolve the conflict:

. . . the federal and provincial governments [have the authority] within their respective legislative fields to regulate the exercise of the treaty right subject to the constitutional requirement that restraints on the exercise of the treaty right have to be justified on the basis of conservation or other compelling and substantial public objectives . . . [para. 24]

[137] More recently however, in *Morris*, this Court distinguished *Marshall* on the basis that the treaty right at issue in *Marshall* was a commercial right. The Court in *Morris* went on to hold that interjurisdictional immunity prohibited any provincial infringement of the non-commercial treaty right in that case, whether or not such an infringement could be justified under s. 35 of the *Constitution Act, 1982*.

[138] Beyond this, the jurisprudence does not directly address the relationship between interjurisdictional immunity and s. 35 of the *Constitution Act, 1982*. The ambiguous state of the jurisprudence has created unpredictability. It is clear that where valid *federal* law interferes with an Aboriginal or treaty right, the s. 35 *Sparrow* framework governs the law's applicability. It is less clear, however, that

par. 91(24). Aucune décision n'a conclu que les droits ancestraux, par exemple le titre ancestral sur des terres, font partie du contenu essentiel de la compétence fédérale prévue au par. 91(24), mais on l'indique dans des remarques incidentes. Toutefois, notre Cour a également indiqué dans des remarques incidentes que la Constitution permet aux gouvernements provinciaux de porter atteinte aux droits ancestraux lorsque ces atteintes sont justifiées au sens de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* — et cette proposition va à l'encontre du raisonnement que le juge de première instance a accepté.

[136] Dans l'arrêt *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 533, notre Cour a supposé que l'exclusivité des compétences ne s'appliquait pas en cas de conflit entre une loi provinciale et des droits issus d'un traité. Le cadre d'analyse relatif à l'art. 35 énoncé dans *Sparrow* a plutôt été retenu comme le moyen permettant de résoudre le conflit :

. . . les gouvernements fédéral et provinciaux [ont le pouvoir] de réglementer, dans les limites de leurs champs respectifs de compétences législatives, l'exercice du droit issu du traité, sous réserve du fait que la Constitution exige que les restrictions imposées à l'exercice de ce droit soient justifiées pour des raisons de conservation ou pour d'autres objectifs d'intérêt public réels et impérieux . . . [par. 24]

[137] Plus récemment cependant, dans l'arrêt *Morris*, notre Cour a fait une distinction avec l'arrêt *Marshall* puisque le droit issu du traité en question dans *Marshall* était un droit de nature commerciale. Dans *Morris*, la Cour a conclu que l'exclusivité des compétences interdisait à la province de porter atteinte au droit issu du traité — un droit de nature non commerciale dans cette affaire — indépendamment du fait que l'atteinte puisse ou non être justifiée en vertu de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

[138] Cela mis à part, la jurisprudence ne traite pas directement du lien entre l'exclusivité des compétences et l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. L'ambiguïté de la jurisprudence a engendré l'imprévisibilité. Il est clair que lorsqu'une loi *fédérale* valide porte atteinte à un droit ancestral ou issu d'un traité, le cadre d'analyse relatif à l'art. 35 énoncé dans *Sparrow* régit l'applicabilité de la loi. Il est

it is so where valid *provincial* law interferes with an Aboriginal or treaty right. The jurisprudence leaves the following questions unanswered. Does interjurisdictional immunity prevent provincial governments from ever limiting Aboriginal rights even if a particular infringement would be justified under the *Sparrow* framework? Is provincial interference with Aboriginal rights treated differently than treaty rights? And, are commercial Aboriginal rights treated differently than non-commercial Aboriginal rights? No case has addressed these questions explicitly, as I propose to do now.

[139] As discussed, s. 35 of the *Constitution Act, 1982* imposes limits on how both the federal and provincial governments can deal with land under Aboriginal title. Neither level of government is permitted to legislate in a way that results in a meaningful diminution of an Aboriginal or treaty right, unless such an infringement is justified in the broader public interest and is consistent with the Crown's fiduciary duty owed to the Aboriginal group. The result is to protect Aboriginal and treaty rights while also allowing the reconciliation of Aboriginal interests with those of the broader society.

[140] What role then is left for the application of the doctrine of interjurisdictional immunity and the idea that Aboriginal rights are at the core of the federal power over "Indians" under s. 91(24) of the *Constitution Act, 1867*? The answer is none.

[141] The doctrine of interjurisdictional immunity is directed to ensuring that the two levels of government are able to operate without interference in their core areas of exclusive jurisdiction. This goal is not implicated in cases such as this. Aboriginal rights are a limit on both federal and provincial jurisdiction.

toutefois moins évident que ce soit le cas lorsqu'une loi *provinciale* valide porte atteinte à un droit ancestral ou issu d'un traité. La jurisprudence laisse sans réponse les questions suivantes : L'exclusivité des compétences empêche-t-elle absolument les gouvernements provinciaux de limiter les droits ancestraux même si le cadre d'analyse énoncé dans *Sparrow* permettrait de justifier l'atteinte en question? Une atteinte à un droit ancestral de la part de la province est-elle traitée différemment d'une atteinte à un droit issu d'un traité? Et les droits ancestraux de nature commerciale sont-ils traités différemment des droits ancestraux de nature non commerciale? Comme aucune décision n'a examiné explicitement ces questions, je propose de le faire maintenant.

[139] J'ai déjà indiqué que l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* impose des limites quant à la façon dont les gouvernements, tant fédéral que provinciaux, peuvent traiter les terres visées par un titre ancestral. Ces gouvernements ne peuvent faire des lois qui entraînent une diminution appréciable d'un droit ancestral ou issu d'un traité à moins que l'atteinte soit justifiée dans l'intérêt public général et qu'elle soit compatible avec l'obligation fiduciaire qu'a la Couronne envers le groupe autochtone. L'objectif consiste à protéger les droits ancestraux et issus d'un traité tout en permettant la conciliation des intérêts autochtones avec ceux de la société en général.

[140] Alors, à quoi peuvent encore servir l'application de la doctrine de l'exclusivité des compétences et la notion que les droits ancestraux font partie du contenu essentiel du pouvoir fédéral sur les « Indiens » prévu au par. 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*? Il faut répondre comme suit : elles ne servent à rien.

[141] La doctrine de l'exclusivité des compétences vise à faire en sorte que les deux niveaux de gouvernement soient en mesure de fonctionner sans que l'un empiète sur le contenu essentiel des domaines de compétence exclusive de l'autre. Cet objectif n'est pas en cause dans les affaires telles que celle qui nous occupe. Les droits ancestraux constituent une limite à l'exercice des compétences tant fédérales que provinciales.

[142] The guarantee of Aboriginal rights in s. 35 of the *Constitution Act, 1982*, like the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, operates as a limit on federal and provincial legislative powers. The *Charter* forms Part I of the *Constitution Act, 1982*, and the guarantee of Aboriginal rights forms Part II. Parts I and II are sister provisions, both operating to limit governmental powers, whether federal or provincial. Part II Aboriginal rights, like Part I *Charter* rights, are held *against* government — they operate to *prohibit* certain types of regulation which governments could otherwise impose. These limits have nothing to do with whether something lies at the core of the federal government's powers.

[143] An analogy with *Charter* jurisprudence may illustrate the point. Parliament enjoys exclusive jurisdiction over criminal law. However, its criminal law power is circumscribed by s. 11 of the *Charter* which guarantees the right to a fair criminal process. Just as Aboriginal rights are fundamental to Aboriginal law, the right to a fair criminal process is fundamental to criminal law. But we do not say that the right to a fair criminal process under s. 11 falls at the core of Parliament's criminal law jurisdiction. Rather, it is a *limit* on Parliament's criminal law jurisdiction. If s. 11 rights were held to be at the core of Parliament's criminal law jurisdiction such that interjurisdictional immunity applied, the result would be absurd: provincial breaches of s. 11 rights would be judged on a different standard than federal breaches, with only the latter capable of being saved under s. 1 of the *Charter*. This same absurdity would result if interjurisdictional immunity were applied to Aboriginal rights.

[142] Tout comme le fait la *Charte canadienne des droits et libertés*, la protection des droits ancestraux garantie à l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* vient limiter l'exercice des pouvoirs législatifs fédéraux et provinciaux. La *Charte* constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, et la protection des droits ancestraux constitue la partie II. Les parties I et II sont apparentées et limitent toutes deux l'exercice des pouvoirs gouvernementaux, qu'ils soient fédéraux ou provinciaux. Les droits garantis à la partie II, tout comme les droits garantis par la *Charte* à la partie I, sont *opposables* au gouvernement — ils ont pour effet d'*interdire* certains types de réglementation que les gouvernements pourraient autrement imposer. Ces limites n'ont rien à voir avec la question de savoir si une activité fait partie du contenu essentiel des pouvoirs du gouvernement fédéral.

[143] Une analogie avec la jurisprudence relative à la *Charte* peut illustrer ce point. Le Parlement a une compétence exclusive en matière de droit criminel. Cependant, l'exercice de son pouvoir en droit criminel est circonscrit par l'art. 11 de la *Charte* qui garantit le droit à l'équité du processus criminel. Tout comme les droits ancestraux sont un aspect fondamental du droit autochtone, le droit à l'équité du processus criminel est un aspect fondamental du droit criminel. Mais nous ne disons pas que le droit à l'équité du processus criminel prévu à l'art. 11 fait partie du contenu essentiel de la compétence du Parlement en matière de droit criminel. Il s'agit plutôt d'une *limite* à la compétence du Parlement en matière de droit criminel. Si l'on considérait que les droits garantis à l'art. 11 font partie du contenu essentiel de la compétence du Parlement en matière de droit criminel de sorte que l'exclusivité des compétences s'applique, on aboutirait à un résultat absurde : les violations, par les provinces, des droits garantis à l'art. 11 seraient jugées suivant une norme différente de celle applicable aux violations par le gouvernement fédéral, et seules ces dernières seraient susceptibles d'être sauvegardées en vertu de l'article premier de la *Charte*. L'application de l'exclusivité des compétences aux droits ancestraux aboutirait au même résultat absurde.

[144] The doctrine of interjurisdictional immunity is designed to deal with conflicts between provincial powers and federal powers; it does so by carving out areas of exclusive jurisdiction for each level of government. But the problem in cases such as this is not competing provincial and federal powers, but rather tension between the right of the Aboriginal title holders to use their land as they choose and the province which seeks to regulate it, like all other land in the province.

[145] Moreover, application of interjurisdictional immunity in this area would create serious practical difficulties.

[146] First, application of interjurisdictional immunity would result in two different tests for assessing the constitutionality of provincial legislation affecting Aboriginal rights. Pursuant to *Sparrow*, provincial regulation is unconstitutional if it results in a meaningful diminution of an Aboriginal right that cannot be justified pursuant to s. 35 of the *Constitution Act, 1982*. Pursuant to interjurisdictional immunity, provincial regulation would be unconstitutional if it impaired an Aboriginal right, whether or not such limitation was reasonable or justifiable. The result would be dueling tests directed at answering the same question: How far can provincial governments go in regulating the exercise of s. 35 Aboriginal rights?

[147] Second, in this case, applying the doctrine of interjurisdictional immunity to exclude provincial regulation of forests on Aboriginal title lands would produce uneven, undesirable results and may lead to legislative vacuums. The result would be patchwork regulation of forests — some areas of the province regulated under provincial legislation, and other areas under federal legislation or no legislation at all. This might make it difficult, if not impossible, to deal effectively with problems such as

[144] La doctrine de l'exclusivité des compétences vise à régler les conflits entre les compétences provinciales et les compétences fédérales; elle y parvient en créant des domaines de compétence exclusive pour chaque palier de gouvernement. Cependant, le problème dans des cas comme celui-ci ne résulte pas d'une confrontation entre le pouvoir des provinces et ceux du gouvernement fédéral mais plutôt d'une tension entre le droit des titulaires du titre ancestral d'utiliser leurs terres comme ils l'entendent et la volonté de la province de réglementer ces terres au même titre que toutes les autres terres dans la province.

[145] En outre, l'application de la doctrine de l'exclusivité des compétences dans ce domaine créerait de sérieuses difficultés d'ordre pratique.

[146] Premièrement, l'application de l'exclusivité des compétences aurait pour effet d'établir deux critères différents pour l'appréciation de la constitutionnalité d'une loi provinciale touchant aux droits ancestraux. Suivant l'arrêt *Sparrow*, la réglementation provinciale est inconstitutionnelle si elle entraîne une diminution appréciable d'un droit ancestral qui ne saurait être justifiée au regard de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Suivant la doctrine de l'exclusivité des compétences, la réglementation provinciale serait inconstitutionnelle si elle portait atteinte à un droit ancestral, peu importe que l'atteinte soit raisonnable ou justifiable. Il y aurait donc deux critères contradictoires censés répondre à la même question : Jusqu'où les gouvernements provinciaux peuvent-ils aller dans la réglementation de l'exercice des droits ancestraux protégés par l'art. 35?

[147] Deuxièmement, en l'espèce, appliquer la doctrine de l'exclusivité des compétences dans le but d'exclure la réglementation provinciale des forêts se trouvant sur les terres visées par un titre ancestral entraînerait des résultats inégaux et indésirables et pourrait créer des vides législatifs. Il en résulterait une réglementation morcelée en matière de ressources forestières — certaines régions de la province seraient assujetties aux lois provinciales et d'autres régions seraient réglementées par les lois

pests and fires, a situation desired by neither level of government.

[148] Interjurisdictional immunity — premised on a notion that regulatory environments can be divided into watertight jurisdictional compartments — is often at odds with modern reality. Increasingly, as our society becomes more complex, effective regulation requires cooperation between interlocking federal and provincial schemes. The two levels of government possess differing tools, capacities, and expertise, and the more flexible double aspect and paramountcy doctrines are alive to this reality: under these doctrines, jurisdictional cooperation is encouraged up until the point when actual conflict arises and must be resolved. Interjurisdictional immunity, by contrast, may thwart such productive cooperation. In the case of forests on Aboriginal title land, courts would have to scrutinize provincial forestry legislation to ensure that it did not impair the core of federal jurisdiction over “Indians” and would also have to scrutinize any federal legislation to ensure that it did not impair the core of the province’s power to manage the forests. It would be no answer that, as in this case, both levels of government agree that the laws at issue should remain in force.

[149] This Court has recently stressed the limits of interjurisdictional immunity. “[C]onstitutional doctrine must facilitate, not undermine what this Court has called ‘co-operative federalism’” and as such “a court should favour, where possible, the ordinary operation of statutes enacted by both levels of government” (*Canadian Western Bank v. Alberta*, 2007 SCC 22, [2007] 2 S.C.R. 3, at paras. 24 and 37 (emphasis deleted)). Because of this, interjurisdictional immunity is of “limited application” and should be applied “with restraint”

fédérales ou ne seraient pas réglementées du tout. Cela pourrait rendre difficile, voire impossible, la résolution efficace de problèmes comme les ravageurs ou le feu : une situation souhaitée par ni l’un ni l’autre des paliers de gouvernement.

[148] La doctrine de l’exclusivité des compétences — fondée sur l’idée que les contextes réglementaires peuvent être divisés en compartiments étanches — va souvent à l’encontre de la réalité moderne. Notre société devient plus complexe, et pour être efficace, la réglementation exige de plus en plus la coopération des régimes fédéral et provincial interreliés. Les deux paliers de gouvernement possèdent des outils, compétences et expertises différents, et les doctrines plus souples du double aspect et de la prépondérance fédérale sont sensibles à cette réalité : suivant ces doctrines, on encourage la coopération intergouvernementale jusqu’au moment où survient un conflit qu’il faut régler. Par contre, la doctrine de l’exclusivité des compétences peut contrecarrer une telle coopération. Dans le cas des forêts qui se trouvent sur les terres visées par un titre ancestral, les tribunaux devraient examiner la loi provinciale sur les ressources forestières afin de s’assurer qu’elle ne porte pas atteinte au contenu essentiel de la compétence fédérale sur les « Indiens » et devraient également examiner la loi fédérale afin de s’assurer qu’elle ne porte pas atteinte au contenu essentiel du pouvoir provincial de gérer les forêts. Suggérer, comme en l’espèce, que les deux paliers de gouvernement conviennent que les lois en question devraient rester en vigueur ne règle pas la question.

[149] Notre Cour a récemment souligné les limites de l’exclusivité des compétences. Les doctrines constitutionnelles « doivent faciliter et non miner ce que notre Cour a appelé un “fédéralisme coopératif” » et, par conséquent, « les tribunaux privilégient, dans la mesure du possible, l’application régulière des lois édictées par les deux ordres de gouvernement » (*Banque canadienne de l’Ouest c. Alberta*, 2007 CSC 22, [2007] 2 R.C.S. 3, par. 24 et 37 (italiques dans l’original omis)). Pour cette raison, la doctrine de l’exclusivité des compétences

(paras. 67 and 77). These propositions have been confirmed in more recent decisions: *Marine Services International Ltd. v. Ryan Estate*, 2013 SCC 44, [2013] 3 S.C.R. 53; *Canada (Attorney General) v. PHS Community Services Society*, 2011 SCC 44, [2011] 3 S.C.R. 134.

[150] *Morris*, on which the trial judge relied, was decided prior to this Court's articulation of the modern approach to interjurisdictional immunity in *Canadian Western Bank* and *Canadian Owners and Pilots Association*, and so is of limited precedential value on this subject as a result (see *Marine Services*, at para. 64). To the extent that *Morris* stands for the proposition that provincial governments are categorically barred from regulating the exercise of Aboriginal rights, it should no longer be followed. I find that, consistent with the statements in *Sparrow* and *Delgamuukw*, provincial regulation of general application will apply to exercises of Aboriginal rights, including Aboriginal title land, subject to the s. 35 infringement and justification framework. This carefully calibrated test attempts to reconcile general legislation with Aboriginal rights in a sensitive way as required by s. 35 of the *Constitution Act, 1982* and is fairer and more practical from a policy perspective than the blanket inapplicability imposed by the doctrine of interjurisdictional immunity.

[151] For these reasons, I conclude that the doctrine of interjurisdictional immunity should not be applied in cases where lands are held under Aboriginal title. Rather, the s. 35 *Sparrow* approach should govern. Provincial laws of general application, including the *Forest Act*, should apply unless they are unreasonable, impose a hardship or deny the title holders their preferred means of exercising their rights, and such restrictions cannot be justified pursuant to the justification framework outlined above. The result is a balance that preserves

est d'une « application restreinte » et elle devrait être appliquée « avec retenue » (par. 67 et 77). Ces principes ont été confirmés dans des arrêts plus récents : *Marine Services International Ltd. c. Ryan (Succession)*, 2013 CSC 44, [2013] 3 R.C.S. 53; *Canada (Procureur général) c. PHS Community Services Society*, 2011 CSC 44, [2011] 3 R.C.S. 134.

[150] L'arrêt *Morris*, sur lequel le juge de première instance s'est appuyé, a été rendu avant que la Cour formule une approche moderne de l'application de la doctrine de l'exclusivité des compétences dans les arrêts *Banque canadienne de l'Ouest* et *Canadian Owners and Pilots Association* et, par conséquent, il confère peu de valeur jurisprudentielle sur ce sujet (voir *Marine Services*, par. 64). Dans la mesure où l'arrêt *Morris* appuie la proposition voulant qu'il soit catégoriquement interdit aux gouvernements provinciaux de réglementer l'exercice des droits ancestraux, il ne devrait plus être suivi. J'estime que, conformément aux commentaires formulés dans les arrêts *Sparrow* et *Delgamuukw*, la réglementation provinciale d'application générale s'appliquera à l'exercice des droits ancestraux, notamment au titre ancestral sur des terres, sous réserve de l'application du cadre d'analyse relatif à l'art. 35 qui permet de justifier une atteinte. Ce critère soigneusement conçu vise à concilier la loi d'application générale et les droits ancestraux avec la délicatesse qu'exige l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, et il est plus équitable et pratique du point de vue de la politique générale que l'inapplicabilité générale qu'impose la doctrine de l'exclusivité des compétences.

[151] Pour ces raisons, je conclus que la doctrine de l'exclusivité des compétences ne devrait pas être appliquée dans les cas où les terres sont détenues en vertu du titre ancestral. C'est plutôt la démarche axée sur le critère fondé sur l'art. 35, énoncée dans *Sparrow*, qui devrait être retenue. Les lois provinciales d'application générale, y compris la *Forest Act*, devraient s'appliquer à moins qu'elles soient déraisonnables ou indûment rigoureuses ou qu'elles refusent aux titulaires du titre le recours à leur moyen préféré d'exercer leurs droits et

the Aboriginal right while permitting effective regulation of forests by the province, as required by s. 35 of the *Constitution Act, 1982*.

[152] The s. 35 framework applies to exercises of both provincial and federal power: *Sparrow*; *Delgamuukw*. As such, it provides a complete and rational way of confining provincial legislation affecting Aboriginal title land within appropriate constitutional bounds. The issue in cases such as this is not at base one of conflict between the federal and provincial levels of government — an issue appropriately dealt with by the doctrines of paramountcy and interjurisdictional immunity where precedent supports this — but rather how far the provincial government can go in regulating land that is subject to Aboriginal title or claims for Aboriginal title. The appropriate constitutional lens through which to view the matter is s. 35 of the *Constitution Act, 1982*, which directly addresses the requirement that these interests must be respected by the government, unless the government can justify incursion on them for a compelling purpose and in conformity with its fiduciary duty to affected Aboriginal groups.

IX. Conclusion

[153] I would allow the appeal and grant a declaration of Aboriginal title over the area at issue, as requested by the Tsilhqot'in. I further declare that British Columbia breached its duty to consult owed to the Tsilhqot'in through its land use planning and forestry authorizations.

que ces restrictions ne puissent pas être justifiées conformément au cadre d'analyse de la justification décrit précédemment. Il en résulte un équilibre qui préserve le droit ancestral tout en assurant une réglementation efficace des forêts par la province, comme l'exige l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

[152] Le cadre d'analyse relatif à l'art. 35 s'applique à l'exercice des compétences tant provinciales que fédérales : *Sparrow*; *Delgamuukw*. Par conséquent, il offre un moyen exhaustif et rationnel de circonscrire les lois provinciales touchant les terres visées par un titre ancestral dans les limites fixées par la Constitution. La question qui se pose dans des cas comme celui-ci ne porte pas, à la base, sur le conflit entre les paliers fédéral et provincial de gouvernement — les doctrines de la prépondérance fédérale et de l'exclusivité des compétences permettent de traiter cette question selon que l'indique la jurisprudence — il s'agit plutôt de savoir dans quelle mesure le gouvernement provincial peut réglementer des terres visées par un titre ancestral ou faisant l'objet d'une revendication du titre ancestral. L'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* constitue le cadre approprié à l'intérieur duquel doit être considérée une telle question puisqu'il oblige directement le gouvernement à respecter ces droits ou à démontrer que l'atteinte se rapporte à la poursuite d'un objectif impérieux et réel et qu'elle est compatible avec son obligation fiduciaire envers les groupes autochtones.

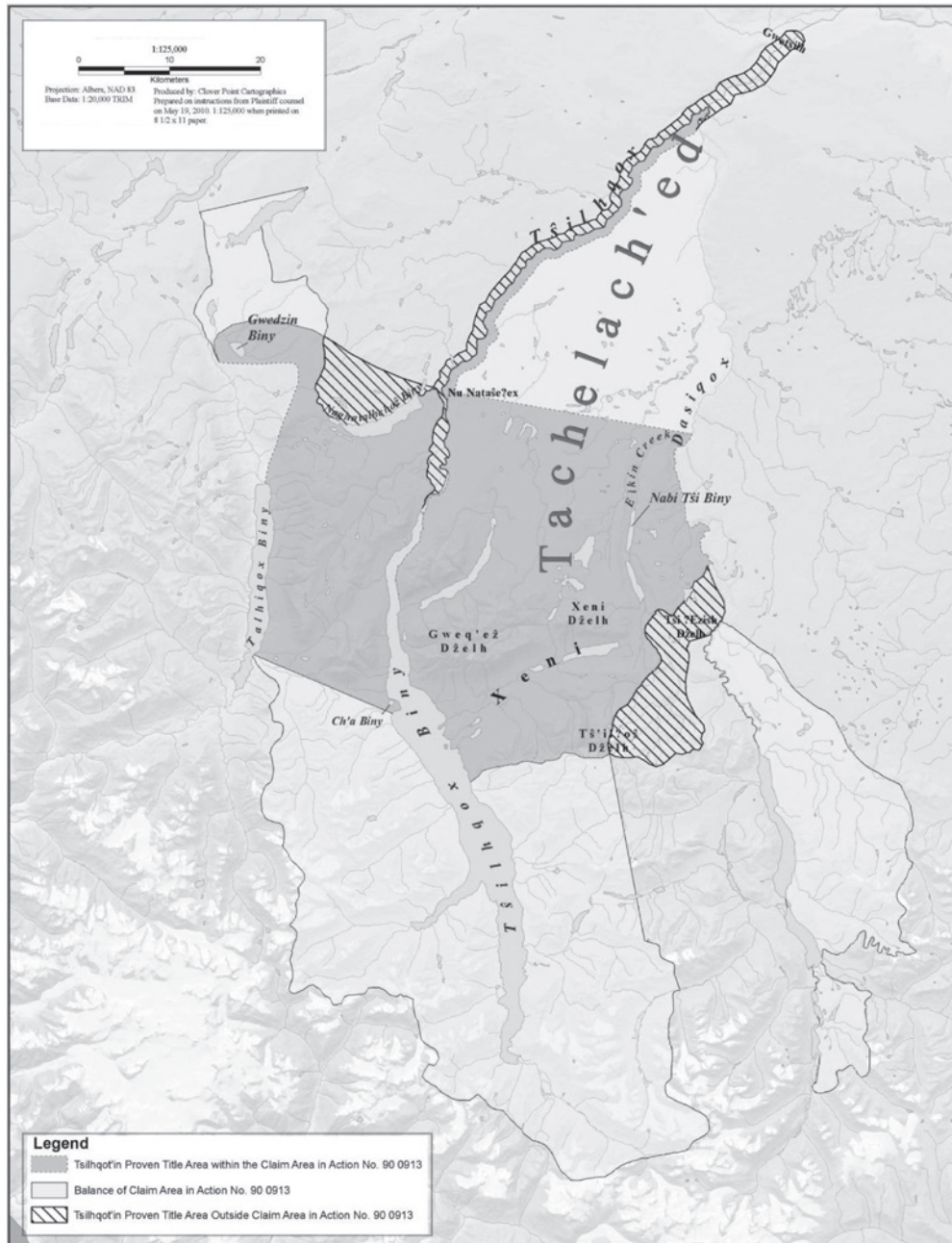
IX. Conclusion

[153] Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de rendre un jugement déclarant l'existence d'un titre ancestral sur la région en question, comme l'ont demandé les Tsilhqot'in. Je déclare également que la Colombie-Britannique a manqué à l'obligation de consultation qu'elle avait envers les Tsilhqot'in en raison du plan d'aménagement du territoire qu'elle a établi et des autorisations d'exploitation forestière qu'elle a accordées.

APPENDIX

PROVEN TITLE AREA – VISUAL AID

ANNEXE

TERRITOIRE SUR LEQUEL L'EXISTENCE DU
TITRE EST ÉTABLIE – SUPPORT VISUEL

Appeal allowed.

Solicitors for the appellant: Rosenberg & Rosenberg, Vancouver; Woodward & Company, Victoria.

Solicitors for the respondents Her Majesty The Queen in Right of the Province of British Columbia and the Regional Manager of the Cariboo Forest Region: Borden Ladner Gervais, Vancouver.

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

Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: Attorney General of Quebec, Québec.

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

Solicitor for the intervener the Attorney General for Saskatchewan: Attorney General for Saskatchewan, Regina.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Alberta: Attorney General of Alberta, Calgary.

Solicitors for the intervener the Te'mexw Treaty Association: Janes Freedman Kyle Law Corporation, Vancouver.

Solicitors for the interveners the Business Council of British Columbia, the Council of Forest Industries, the Coast Forest Products Association, the Mining Association of British Columbia and the Association for Mineral Exploration British Columbia: Fasken Martineau DuMoulin, Vancouver.

Solicitors for the intervener the Assembly of First Nations: Arvay Finlay, Vancouver.

Solicitors for the interveners the Gitanyow Hereditary Chiefs of Gwass Hlaam, Gamlaxyeltxw, Malii, Gwinuu, Haizimsque, Watakhayetsxw, Luuxhon and Wii'litswx, on their own behalf and

Pourvoi accueilli.

Procureurs de l'appelant : Rosenberg & Rosenberg, Vancouver; Woodward & Company, Victoria.

Procureurs des intimés Sa Majesté la Reine du chef de la province de la Colombie-Britannique et le chef régional de la région de Cariboo Forest : Borden Ladner Gervais, Vancouver.

Procureur de l'intimé le procureur général du Canada : Procureur général du Canada, Saskatoon.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Québec : Procureur général du Québec, Québec.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Manitoba : Procureur général du Manitoba, Winnipeg.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan : Procureur général de la Saskatchewan, Regina.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Alberta : Procureur général de l'Alberta, Calgary.

Procureurs de l'intervenante l'Association du traité des Te'mexw : Janes Freedman Kyle Law Corporation, Vancouver.

Procureurs des intervenants Business Council of British Columbia, Council of Forest Industries, Coast Forest Products Association, Mining Association of British Columbia et Association for Mineral Exploration British Columbia : Fasken Martineau DuMoulin, Vancouver.

Procureurs de l'intervenante l'Assemblée des Premières Nations : Arvay Finlay, Vancouver.

Procureurs des intervenants les chefs héréditaires Gitanyow de Gwass Hlaam, Gamlaxyeltxw, Malii, Gwinuu, Haizimsque, Watakhayetsxw, Luuxhon et Wii'litswx, en leur nom et au nom

on behalf of all Gitanyow, and the Office of the Wet'suwet'en Chiefs: Peter Grant & Associates, Vancouver.

Solicitor for the intervener the Hul'qumi'num Treaty Group: Robert B. Morales, Ladysmith, British Columbia.

Solicitors for the intervener the Council of the Haida Nation: White Raven Law Corporation, Surrey, British Columbia.

Solicitors for the intervener the Indigenous Bar Association in Canada: Nahwegahbow, Corbiere Genoodmagejig, Rama, Ontario; Gowling Lafleur Henderson, Ottawa.

Solicitors for the intervener the First Nations Summit: Mandell Pinder, Vancouver; Morgan & Associates, West Vancouver.

Solicitors for the interveners the Tsawout First Nation, the Tsartlip First Nation, the Snuneymuxw First Nation and the Kwakiutl First Nation: Devlin Gailus, Victoria.

Solicitors for the intervener the Coalition of the Union of British Columbia Indian Chiefs, the Okanagan Nation Alliance and the Shuswap Nation Tribal Council and their member communities, Okanagan, Adams Lake, Neskonlith and Splitsin Indian Bands: Mandell Pinder, Vancouver; University of British Columbia, Vancouver; Thompson Rivers University, Kamloops.

Solicitors for the interveners Amnesty International and the Canadian Friends Service Committee: Stockwoods, Toronto; Paul Joffe, Saint-Lambert, Quebec.

Solicitors for the intervener the Gitxaala Nation: Farris, Vaughan, Wills & Murphy, Vancouver.

Solicitors for the interveners the Chilko Resorts and Community Association and the Council of Canadians: Ratcliff & Company, North Vancouver.

de tous les Gitanyow, et le Bureau des chefs Wet'suwet'en : Peter Grant & Associates, Vancouver.

Procureur de l'intervenant le Groupe du traité Hul'qumi'num : Robert B. Morales, Ladysmith, Colombie-Britannique.

Procureurs de l'intervenant le Conseil de la Nation haïda : White Raven Law Corporation, Surrey, Colombie-Britannique.

Procureurs de l'intervenante l'Association du barreau autochtone au Canada : Nahwegahbow, Corbiere Genoodmagejig, Rama, Ontario; Gowling Lafleur Henderson, Ottawa.

Procureurs de l'intervenant le Sommet des Premières Nations : Mandell Pinder, Vancouver; Morgan & Associates, West Vancouver.

Procureurs des intervenantes la Première Nation Tsawout, la Première Nation Tsartlip, la Première Nation Snuneymuxw et la Première Nation Kwakiutl : Devlin Gailus, Victoria.

Procureurs de l'intervenante la Coalition de l'Union des chefs indiens de la Colombie-Britannique, l'Alliance des Nations de l'Okanagan, le Conseil tribal de la Nation Shuswap et leurs communautés membres, les bandes indiennes d'Okanagan, d'Adams Lake, de Neskonlith et de Splitsin : Mandell Pinder, Vancouver; University of British Columbia, Vancouver; Thompson Rivers University, Kamloops.

Procureurs des intervenants Amnistie internationale et Secours Quaker canadien : Stockwoods, Toronto; Paul Joffe, Saint-Lambert, Québec.

Procureurs de l'intervenante la Nation Gitxaala : Farris, Vaughan, Wills & Murphy, Vancouver.

Procureurs des intervenants Chilko Resorts and Community Association et le Conseil des Canadiens : Ratcliff & Company, North Vancouver.

ISSN 0045-4230

If undelivered, return to:
Library
Supreme Court of Canada
Ottawa, Ontario
Canada K1A 0J1

En cas de non-livraison, retourner à :
Bibliothèque
Cour suprême du Canada
Ottawa (Ontario)
Canada K1A 0J1

Available from:
Library
Supreme Court of Canada
Ottawa, Ontario – Canada K1A 0J1
scr-rs@scc-csc.ca

En vente auprès de :
Bibliothèque
Cour suprême du Canada
Ottawa (Ontario) – Canada K1A 0J1
scr-rs@scc-csc.ca



**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Part 2, 2014 Vol. 2

2^e cahier, 2014 Vol. 2

Cited as [2014] 2 S.C.R. 323-632

Renvoi [2014] 2 R.C.S. 323-632

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

ROGER BILODEAU, Q.C. / c.r.
The Registrar, Supreme Court of Canada / Registraire de la Cour suprême du Canada

General Counsel / Avocate générale
BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrêviste en chef
J. DAVID POWER

Senior Counsel / Avocate-conseil
JULIE TERRIEN

Legal Counsel / Conseillers juridiques

CLAIRE ZOË BIDER-HALL
JANICE CHENEY
CHANTAL DEMERS
VALERIE DESJARLAIS
GENEVIÈVE DOMEY
LEE ANN GORMAN

AMÉLIE LAVICTOIRE
KAREN LEVASSEUR
JOANNE NORMAN
LORRAINE PILETTE
RÉMI SAMSON

IDA SMITH
JACQUELINE STENCEL
LESLI TAKAHASHI
CAMERON TAYLOR
RENÉE THÉRIAULT
RENÉE MARIA TREMBLAY

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

Jurilinguists / Jurilinguistes

DAVID AUBRY
STEPHEN BALOGH

JULIE BOULANGER
MARIE RODRIGUE

MARIE-LUC SIMONEAU
CLAIRE VALLÉE

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

Technical Revisors / Réviseurs techniques

SUZANNE AUDET
MONIQUE DELORME

NANCY MCCAUGHAN
PAULINE MCTAVISH

ANNE-MARIE NOËL
LÉANDRE PELLETIER-PÉPIN

Manager, Operational Support Services / Gestionnaire, Services d'appui aux opérations
SUZANNE GIGUÈRE

Administrative Assistants / Adjointes administratifs
SÉBASTIEN GAGNÉ MANON PLOUFFE

Changes of address for subscriptions to the Supreme Court Reports should be referred to Library, Supreme Court of Canada, Ottawa, Ontario, Canada K1A 0J1 together with the old address.

Les abonnés du Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada doivent signaler tout changement d'adresse à Bibliothèque, Cour suprême du Canada, Ottawa (Ontario) Canada K1A 0J1, en indiquant l'ancienne adresse.

CONTENTS

Canada (Attorney General) v. Confédération des syndicats nationaux 477

Civil procedure — Motion to dismiss — Stare decisis — Action to have certain statutory provisions relating to employment insurance declared unconstitutional — Motion to dismiss on basis that issues being raised had already been decided by Supreme Court of Canada in earlier decision — Whether motion to institute proceedings is correct in law even if alleged facts are assumed to be true — Code of Civil Procedure, CQLR, c. C-25, art. 165(4).

Grassy Narrows First Nation v. Ontario (Natural Resources) 447

Aboriginal law — Treaty rights — Harvesting rights — Interpretation of taking-up clause — Certain lands subject to treaty annexed to Ontario after signature of treaty between Ojibway and Canada — Whether province has authority to take up tracts of that land so as to limit harvesting rights under treaty or whether it requires federal approval to do so — Constitution Act, 1867, ss. 91(24), 92(5), 92A, 109 — Constitution Act, 1982, s. 35 — Treaty No. 3.

Quebec (Commission des normes du travail) v. Asphalte Desjardins inc. 514

Employment law — Contracts — Contract of employment for indeterminate term — Obligation to give notice of termination — Employee giving notice of termination to employer to terminate contract of employment as of later date — Employer terminating contract of employment before departure date announced by employee — Whether employer who receives notice of termination from employee can terminate contract of employment before notice period expires without in turn having to give notice of termination or pay indemnity in lieu of such notice — Civil Code of Québec, arts. 2091, 2092 — Act respecting labour standards, CQLR, c. N-1.1, ss. 82, 83.

R. v. Hart 544

Criminal law — Evidence — Admissibility — Confessions — “Mr. Big” confessions — Accused confessing to murdering his two young daughters at end of lengthy Mr. Big operation — Whether new common law rule of evidence should be developed to determine admissibility of Mr. Big confessions — Whether accused’s confessions should be excluded.

Continued on next page

SOMMAIRE

Canada (Procureur général) c. Confédération des syndicats nationaux 477

Procédure civile — Requête en irrecevabilité — Stare decisis — Recours visant à faire déclarer inconstitutionnelles certaines dispositions législatives relatives à l’assurance-emploi — Requête en irrecevabilité présentée au motif qu’un arrêt rendu auparavant par la Cour suprême du Canada tranchait déjà les questions soulevées — La requête introductive d’instance est-elle fondée en droit, supposé même que les faits allégués soient vrais? — Code de procédure civile, RLRQ, ch. C-25, art. 165(4).

Première Nation de Grassy Narrows c. Ontario (Ressources naturelles) 447

Droit des Autochtones — Droits issus de traités — Droits de récolte — Interprétation d’une clause de prise des terres — Annexion à l’Ontario de certaines terres visées par un traité signé par les Ojibways et le Canada — La province a-t-elle le pouvoir de prendre des étendues de terres et de restreindre ainsi l’exercice des droits de récolte conférés par le traité ou doit-elle obtenir au préalable l’approbation du gouvernement fédéral? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(24), 92(5), 92A, 109 — Loi constitutionnelle de 1982, art. 35 — Traité n° 3.

Québec (Commission des normes du travail) c. Asphalte Desjardins inc. 514

Droit de l’emploi — Contrats — Contrat de travail à durée indéterminée — Obligation de donner un délai de congé — Salarié ayant donné délai de congé à son employeur afin de mettre fin au contrat de travail à une date ultérieure — Employeur mettant fin au contrat de travail avant date de départ annoncée par salarié — L’employeur qui reçoit un délai de congé d’un salarié peut-il mettre fin au contrat de travail avant l’expiration du délai, sans avoir à lui-même donner un délai de congé ou à verser une indemnité qui en tient lieu? — Code civil du Québec, art. 2091, 2092 — Loi sur les normes du travail, RLRQ, ch. N-1.1, art. 82, 83.

R. c. Hart 544

Droit criminel — Preuve — Admissibilité — Aveux — Aveux issus d’une opération « Monsieur Big » — Aveu par l’accusé du meurtre de ses deux fillettes au terme d’une longue opération Monsieur Big — Y a-t-il lieu d’établir une nouvelle règle de preuve en common law pour statuer sur l’admissibilité d’aveux issus d’une opération « Monsieur Big »? — Y a-t-il lieu d’exclure les aveux de l’accusé?

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Courts — Proceedings — Open court principle — Accused requesting to testify with public excluded from courtroom — Trial judge refusing request — Whether exclusion order in interests of proper administration of justice — Whether failure to accommodate request necessitates new trial — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 486(1).

R. v. Quesnelle 390

Criminal law — Evidence — Disclosure — Whether police occurrence reports prepared in the investigation of unrelated incidents involving a complainant or witness are “records” within the meaning of s. 278.1 of the Criminal Code, such that they are subject to the Mills regime — Whether the exemption for investigatory and prosecutorial records applies to all police occurrence reports or only those made in relation to the offence in question — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 278.1 to 278.91.

R. v. Sipos 423

Criminal law — Appeals — Dangerous offenders — Courts — Curative powers — Fresh evidence — Trial judge declaring accused to be dangerous offender without considering long-term offender designation — Whether trial judge committed error of law — Whether Court of Appeal erred by using curative powers and upholding dangerous offender designation — Role of fresh evidence in dangerous offender designation appeals — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 753, 759.

R. v. Taylor 495

Constitutional law — Charter of Rights — Right to counsel — Accused informed by police of his right to counsel — Accused informing police that he wished to speak to counsel — Police failing to facilitate contact with counsel at scene of accident and hospital — Blood drawn from accused at hospital without accused being able to consult counsel and used as basis for conviction — Whether police’s failure to implement or facilitate access to counsel was in breach of accused’s right to retain and instruct counsel without delay — If so, whether evidence should be excluded — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 10(b), 24(2).

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

Tribunaux — Procédure — Publicité des débats — Demande de l’accusé de témoigner à huis clos — Refus du juge du procès d’accéder à la demande — Était-il dans l’intérêt de la bonne administration de la justice d’exclure le public de la salle d’audience? — L’omission d’accorder la mesure demandée commande-t-elle la tenue d’un nouveau procès? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 486(1).

R. c. Quesnelle 390

Droit criminel — Preuve — Communication — Le rapport de police dressé dans le cadre d’une enquête relative à des incidents sans lien auxquels est mêlé le plaignant ou un témoin constitue-t-il un « dossier » au sens de l’art. 278.1 du Code criminel de sorte qu’il soit soumis au régime de l’arrêt Mills? — L’exception prévue pour le dossier d’enquête ou de poursuite vaut-elle à l’égard de tous les rapports de police ou seulement à l’égard de ceux établis relativement à l’infraction en cause? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 278.1 à 278.91.

R. c. Sipos 423

Droit criminel — Appels — Délinquants dangereux — Cours — Pouvoirs réparateurs — Nouveaux éléments de preuve — Accusé déclaré délinquant dangereux par le juge du procès sans qu’il soit tenu compte de la possibilité d’une déclaration de délinquant à contrôler — Le juge du procès a-t-il commis une erreur de droit? — La Cour d’appel a-t-elle commis une erreur en appliquant ses pouvoirs réparateurs et en confirmant la déclaration de délinquant dangereux? — Quel rôle doivent jouer les nouveaux éléments de preuve dans le cadre de l’appel d’une déclaration de délinquant dangereux? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 753, 759.

R. c. Taylor 495

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à l’assistance d’un avocat — Accusé informé par les policiers de son droit à l’assistance d’un avocat — Mention aux policiers par l’accusé de son désir de parler à un avocat — Omission par les policiers de faciliter la communication avec un avocat sur les lieux de l’accident et à l’hôpital — Du sang prélevé de l’accusé à l’hôpital sans que ce dernier ait été en mesure de consulter un avocat a ensuite été utilisé comme pièce à conviction — L’omission des policiers de donner à l’accusé accès à un avocat ou de faciliter cet accès a-t-elle entraîné la violation du droit de l’accusé d’avoir recours sans délai à l’assistance d’un avocat? — Dans l’affirmative, les éléments de preuve en cause devraient-ils être écartés? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 10(b), 24(2).

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

**United Food and Commercial Workers,
Local 503 v. Wal-Mart Canada Corp. 323**

Labour relations — Certification — Maintenance of conditions of employment — Collective dismissal — Arbitration — Union certified to represent employees — Negotiations to conclude first collective agreement with employer unsuccessful — Employer announcing closure of business — Union filing grievance alleging that dismissal of employees constituted unilateral change in conditions of employment that is prohibited by s. 59 of Quebec Labour Code — Whether s. 59 can be used to challenge resiliation of contracts of employment of all employees of establishment — If so, whether arbitrator rendered unreasonable award in concluding that, in this case, resiliations constituted unlawful change in conditions of employment — Labour Code, CQLR, c. C-27, ss. 59, 100.12.

SOMMAIRE (Fin)

**Travailleurs et travailleuses unis de
l'alimentation et du commerce, section
locale 503 c. Compagnie Wal-Mart du Canada 323**

Relations du travail — Accréditation — Maintien des conditions de travail — Licenciement collectif — Arbitrage — Syndicat accrédité pour représenter les salariés — Échec des négociations en vue de conclure la première convention collective avec l'employeur — Fermeture de l'entreprise annoncée par l'employeur — Grief du syndicat alléguant que le congédiement des salariés constitue une modification unilatérale aux conditions de travail prohibée par l'art. 59 du Code du travail du Québec — L'article 59 peut-il être invoqué pour contester la résiliation de l'ensemble des contrats de travail des employés d'un établissement? — Dans l'affirmative, l'arbitre a-t-il rendu une décision déraisonnable en concluant que, en l'espèce, ces résiliations constituent une modification illégale des conditions de travail? — Code du travail, RLRQ, ch. C-27, art. 59, 100.12.

**United Food and Commercial Workers,
Local 503** *Appellant*

v.

Wal-Mart Canada Corp. *Respondent*

and

**Conseil du patronat du Québec inc.,
Alliance of Manufacturers & Exporters
Canada, also known as Canadian
Manufacturers & Exporters,
Canadian Association of Counsel
to Employers and Confédération
des syndicats nationaux** *Interveners*

**INDEXED AS: UNITED FOOD AND COMMERCIAL
WORKERS, LOCAL 503 v. WAL-MART CANADA CORP.**

2014 SCC 45

File No.: 34920.

2013: December 6; 2014: June 27.

Present: McLachlin C.J. and LeBel, Abella, Rothstein,
Cromwell, Karakatsanis and Wagner JJ.

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
QUEBEC**

Labour relations — Certification — Maintenance of conditions of employment — Collective dismissal — Arbitration — Union certified to represent employees — Negotiations to conclude first collective agreement with employer unsuccessful — Employer announcing closure of business — Union filing grievance alleging that dismissal of employees constituted unilateral change in conditions of employment that is prohibited by s. 59 of Quebec Labour Code — Whether s. 59 can be used to challenge resiliation of contracts of employment of all employees of establishment — If so, whether arbitrator rendered unreasonable award in concluding that, in this case, resiliations constituted unlawful change in

**Travailleurs et travailleuses unis
de l'alimentation et du commerce,
section locale 503** *Appelante*

c.

Compagnie Wal-Mart du Canada *Intimée*

et

**Conseil du patronat du Québec inc.,
Alliance des manufacturiers et
des exportateurs du Canada, aussi
connue sous le nom de Manufacturiers
et Exportateurs du Canada,
Association canadienne des avocats
d'employeurs et Confédération des
syndicats nationaux** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : TRAVAILLEURS ET TRAVAILLEUSES
UNIS DE L'ALIMENTATION ET DU COMMERCE,
SECTION LOCALE 503 c. COMPAGNIE WAL-MART
DU CANADA**

2014 CSC 45

N° du greffe : 34920.

2013 : 6 décembre; 2014 : 27 juin.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges LeBel,
Abella, Rothstein, Cromwell, Karakatsanis et Wagner.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Relations du travail — Accréditation — Maintien des conditions de travail — Licenciement collectif — Arbitrage — Syndicat accrédité pour représenter les salariés — Échec des négociations en vue de conclure la première convention collective avec l'employeur — Fermeture de l'entreprise annoncée par l'employeur — Grief du syndicat alléguant que le congédiement des salariés constitue une modification unilatérale aux conditions de travail prohibée par l'art. 59 du Code du travail du Québec — L'article 59 peut-il être invoqué pour contester la résiliation de l'ensemble des contrats de travail des employés d'un établissement? — Dans l'affirmative, l'arbitre a-t-il rendu une décision déraisonnable en concluant que, en

conditions of employment — Labour Code, CQLR, c. C-27, ss. 59, 100.12.

Wal-Mart opened its Jonquière establishment in 2001. In August 2004, the Commission des relations du travail certified United Food and Commercial Workers, Local 503 (“the Union”) as the bargaining agent for the employees working at the establishment. In the months that followed, Wal-Mart and the Union met several times to negotiate the terms of a first collective agreement. These meetings proved to be unsuccessful, and on February 2, 2005, the Union applied to the Minister of Labour to appoint an arbitrator to settle the dispute that remained between the parties. One week later, Wal-Mart informed the Minister of Employment and Social Solidarity that it intended to resiliate the contracts of employment of all the approximately 200 employees who worked in its Jonquière establishment “for business reasons” on May 6 of that year. After breaking the news to its employees, the business actually closed its doors earlier than planned, on April 29, 2005. Believing that the decision was based on anti-union considerations, the employees and their union brought a series of proceedings against their former employer. In most of these proceedings, the result favoured Wal-Mart.

On March 23, 2005, the Union submitted the grievance at issue in this appeal. It alleged that the dismissal of the employees constituted a change in their conditions of employment that violated s. 59 of the *Labour Code* (“Code”), which provides that, from the filing of a petition for certification, an employer may not change its employees’ conditions of employment while the collective agreement is being negotiated without the written consent of the certified association. Since Wal-Mart had not proved that its decision to dismiss was made in the ordinary course of its business, the arbitrator concluded that the resiliation of the contracts of employment of all the employees constituted a unilateral change that was prohibited by s. 59. His award was affirmed by the Superior Court, but overturned by the Court of Appeal. The judges of the Court of Appeal, although divided on how broadly s. 59 should be construed, agreed that the section did not apply in the circumstances of the case before them.

Held (Rothstein and Wagner JJ. dissenting): The appeal should be allowed and the case remanded to the arbitrator to determine the appropriate remedy in accordance with the disposition of his award.

l’espèce, ces résiliations constituent une modification illégale des conditions de travail? — Code du travail, RLRQ, ch. C-27, art. 59, 100.12.

Wal-Mart inaugure son établissement de Jonquière au cours de l’année 2001. En août 2004, la Commission des relations du travail accrédite les Travailleurs et travailleuses unis de l’alimentation et du commerce, section locale 503 (« le Syndicat »), à titre d’agent négociateur pour les employés travaillant à cet établissement. Dans les mois qui suivent, Wal-Mart et le Syndicat tiennent plusieurs rencontres dans le but de négocier le contenu d’une première convention collective. Ces pourparlers s’avérant infructueux, le Syndicat demande au ministre du Travail, le 2 février 2005, de nommer un arbitre qui sera chargé de régler le différend subsistant entre les parties. Une semaine plus tard, Wal-Mart avise le ministre de l’Emploi et de la Solidarité sociale de son intention de résilier, le 6 mai de la même année, l’ensemble des contrats de travail des quelque 200 employés qui travaillent dans son établissement de Jonquière « pour des raisons d’affaires ». Après avoir annoncé la nouvelle à ses employés, l’entreprise ferme en définitive ses portes plus tôt que prévu, soit le 29 avril 2005. Placés devant une décision motivée selon eux par des considérations antisyndicales, les employés et leur syndicat entament une série de recours contre leur ancien employeur. Dans la majorité de ces recours, l’issue sera favorable à Wal-Mart.

Le 23 mars 2005, le Syndicat dépose le grief à la base du présent pourvoi. Il allègue que le congédiement des employés constitue une modification des conditions de travail qui contrevient à l’art. 59 du *Code du travail* (« Code »). Cette disposition interdit à l’employeur, à compter du dépôt d’une requête en accréditation, de modifier les conditions de travail de ses salariés sans le consentement écrit de l’association accréditée durant la négociation de la convention collective. Puisque Wal-Mart n’a pas démontré que sa décision de congédier a été prise dans le cours normal de ses opérations, l’arbitre conclut que la résiliation de l’ensemble des contrats de travail des employés constituait une modification unilatérale prohibée par l’art. 59. Confirmée en Cour supérieure, cette décision est toutefois infirmée par la Cour d’appel. Divisés sur la portée de l’interprétation à donner à l’art. 59, les juges d’appel s’accordent pour conclure qu’il ne s’applique pas dans les circonstances de l’affaire dont ils sont saisis.

Arrêt (les juges Rothstein et Wagner sont dissidents) : Le pourvoi est accueilli et le dossier est renvoyé à l’arbitre pour qu’il détermine la réparation appropriée conformément au dispositif de sa sentence arbitrale.

Per McLachlin C.J. and LeBel, Abella, Cromwell and Karakatsanis J.J.: The true function of s. 59 of the *Code* is to foster the exercise of the right of association. Its purpose in circumscribing the employer's powers is not merely to strike a balance or maintain the *status quo* during the negotiation of a collective agreement, but is more precisely to facilitate certification and ensure that the parties bargain in good faith. The "freeze" on conditions of employment codified by s. 59 limits any influence the employer might have on the association-forming process, eases the concerns of employees who actively exercise their rights, and facilitates the development of what will eventually become the labour relations framework for the business.

Since s. 59 is not directly concerned with the punishment of anti-union conduct, the prohibition for which it provides will apply regardless of whether it is proven that the employer's decision was motivated by anti-union animus. It is the union representing the employees that must prove that a unilateral change in working conditions has been made for the purposes of s. 59. To discharge this burden, the union must show: (1) that a condition of employment existed on the day the petition for certification was filed or a previous collective agreement expired; (2) that the condition was changed without its consent; and (3) that the change was made during the prohibition period. The "condition of employment" concept is a flexible one that encompasses anything having to do with the employment relationship on either an individual or a collective level. The right to maintenance of the employment relationship is the basis for a condition of employment for employees, although that condition is nevertheless subject to the employer's exercise of its management power. Unlike s. 17 of the *Code*, s. 59 does not create a presumption of change or automatically reverse the burden of proof. The union must adduce sufficient evidence to prove that the alleged change is inconsistent with the employer's normal management practices. However, nothing prevents the arbitrator hearing the complaint from drawing presumptions of fact from the whole of the evidence presented before him or her in accordance with the general rules of the law of civil evidence as normally applied. As a result, if the union submits evidence from which the arbitrator can infer that a specific change does not seem to be consistent with the employer's normal management practices, a failure by the employer to adduce evidence to the contrary is likely to have an adverse effect on its case. A change can be found to be consistent with the employer's "normal management policy" if (1) it is consistent with

La juge en chef McLachlin et les juges LeBel, Abella, Cromwell et Karakatsanis : La fonction véritable de l'art. 59 du *Code* consiste à favoriser l'exercice du droit d'association. En effet, en encadrant les pouvoirs de l'employeur, cette disposition ne vise pas seulement à créer un équilibre ni à assurer le statu quo durant la négociation de la convention collective, mais plus exactement à faciliter l'accréditation et à favoriser entre les parties la négociation de bonne foi. Le « gel » des conditions de travail que codifie l'art. 59 restreint l'influence potentielle de l'employeur sur le processus associatif, diminue les craintes des employés qui exercent activement leurs droits et facilite le développement de ce qui deviendra éventuellement le cadre des relations de travail au sein de l'entreprise.

Comme l'art. 59 ne vise pas directement à punir un comportement antisyndical, une preuve indiquant que la décision de l'employeur est motivée par un quelconque *animus* antisyndical n'est pas nécessaire pour que s'applique la prohibition édictée par cet article. La preuve d'une modification unilatérale des conditions de travail au sens de l'art. 59 revient au syndicat représentant les employés. Pour se décharger de ce fardeau, ce dernier devra démontrer : (1) qu'une condition de travail existait au jour du dépôt de la requête en accréditation ou de l'expiration d'une convention collective antérieure; (2) que cette condition a été modifiée sans son consentement; (3) que cette modification est survenue pendant la période prohibée. La notion de condition de travail représente une expression flexible qui englobe tout ce qui a trait à la relation d'emploi, tant sur le plan individuel que collectif. Le droit au maintien du lien d'emploi constitue pour le salarié l'objet d'une condition de travail, mais celle-ci reste toujours sujette à l'exercice du pouvoir de gestion de l'employeur. Contrairement à l'art. 17 du *Code*, l'art. 59 ne crée ni présomption de modification ni renversement automatique du fardeau de preuve. Le syndicat doit présenter des éléments de preuve suffisants pour établir l'incompatibilité entre le changement allégué et les pratiques habituelles de gestion de l'employeur. Toutefois, rien n'empêche l'arbitre chargé d'entendre la plainte d'induire des présomptions de fait de l'ensemble de la preuve présentée devant lui, conformément aux règles générales du droit de la preuve civile et à leur mise en application normale. Ainsi, dans la mesure où le syndicat offre des éléments de preuve permettant à l'arbitre d'induire qu'un changement donné ne semble pas être conforme à ces pratiques habituelles, l'absence de présentation d'une preuve contraire par l'employeur risque de lui être défavorable. Un changement pourra être déclaré conforme à la « politique habituelle de gestion »

the employer's past management practices or, failing that, (2) it is consistent with the decision that a reasonable employer would have made in the same circumstances. The arbitrator must be satisfied that those circumstances exist and that they are genuine.

In the case of a complaint under s. 59, s. 100.12 of the *Code* and art. 1590 of the *Civil Code of Québec* confer broad remedial powers on the arbitrator. An arbitrator can order reparation in kind, but where the circumstances do not lend themselves to such a remedy, he or she can order reparation by equivalence. The latter remedy will be appropriate where the employer goes out of business either in part or completely, at least insofar as it is impossible to reinstate the employees dismissed in contravention of s. 59. Unlike s. 15 of the *Code*, s. 59 contains no word or language that would support a conclusion that its applicability depends on the existence of an active business or, more simply, of a possibility of reinstatement. *Plourde v. Wal-Mart Canada Corp.*, 2009 SCC 54, [2009] 3 S.C.R. 465, therefore cannot support the conclusion that the closure of a business rules out any possibility of applying s. 59 of the *Code*. In the instant case, there is nothing to preclude the arbitrator from ordering an alternative remedy in the form of damages.

An arbitrator, who is required by law to decide any complaint based on s. 59 of the *Code*, has considerable discretion in doing so that the ordinary courts must respect. Deference is in order, and judicial review will be available only if the award was unreasonable. In this case, the arbitrator's award is clearly one of the possible, acceptable outcomes which are defensible in respect of the facts and law. The arbitrator was right to decide that invoking the closure of the Jonquière establishment did not on its own suffice to justify the change for the purposes of s. 59. He did not place an inappropriate burden of proof on the employer. His statement that Wal-Mart had not shown the closure to have been made in the ordinary course of the company's business was grounded in his view that the Union had already presented sufficient evidence to satisfy him that the change was not consistent with the employer's past management practices or with those of a reasonable employer in the same circumstances. It was in fact reasonable to find that a reasonable employer would not close an establishment that "was performing very well" and whose "objectives were being met" to such an extent that bonuses were being promised. These inferences of fact, which Wal-Mart did not challenge, led the arbitrator to hold that the resiliation of the contracts of employment and, therefore, the change in the conditions of employment of all the establishment's

de l'employeur (1) s'il est cohérent avec ses pratiques antérieures de gestion ou, à défaut, (2) s'il est conforme à la décision qu'aurait prise un employeur raisonnable placé dans les mêmes circonstances. L'arbitre devra être convaincu de l'existence de ces circonstances et de leur véracité.

Dans le cas d'une plainte portée en vertu de l'art. 59, les art. 100.12 du *Code* et 1590 du *Code civil du Québec* octroient à l'arbitre de larges pouvoirs de réparation. Il peut octroyer une réparation en nature, mais si le contexte ne le permet pas, il peut ordonner une réparation par équivalent. Ce type de réparation sera approprié si l'employeur met fin aux activités d'une partie ou de l'ensemble de son entreprise, à tout le moins dans la mesure où la réintégration des employés congédiés en violation de l'art. 59 est impossible. À la différence de l'art. 15 du *Code*, l'art. 59 ne contient ni mot ni formule justifiant de conclure que son applicabilité dépend de l'existence d'une entreprise active, voire, plus simplement, d'une possibilité de réintégration. Dans ce contexte, l'arrêt *Plourde c. Compagnie Wal-Mart du Canada*, 2009 CSC 54, [2009] 3 R.C.S. 465, ne peut soutenir la conclusion que la fermeture d'une entreprise écarte toute possibilité d'application de l'art. 59 du *Code*. En l'espèce, rien n'empêche l'arbitre d'ordonner une réparation subsidiaire, sous forme de dommages-intérêts.

Chargé par la loi de statuer sur toute plainte fondée sur l'art. 59 du *Code*, l'arbitre dispose à cette fin d'une grande latitude que se doivent de respecter les tribunaux de droit commun. La déférence s'impose, et seule une décision déraisonnable permettra une révision judiciaire. En l'espèce, la décision de l'arbitre s'inscrit clairement parmi les issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit. L'arbitre a eu raison de décider que le simple fait d'invoquer la fermeture de l'établissement de Jonquière n'était pas suffisant pour justifier la modification au sens de l'art. 59. Il n'a pas imposé à l'employeur un fardeau de preuve inapproprié. Lorsque l'arbitre affirme que Wal-Mart n'a pas démontré que la fermeture s'inscrivait dans le cours normal des affaires de l'entreprise, il retient que le Syndicat a déjà présenté suffisamment d'éléments de preuve pour le convaincre que la modification n'était pas conforme aux pratiques antérieures de gestion de l'employeur ou à celles d'un employeur raisonnable placé dans les mêmes circonstances. En effet, on peut raisonnablement conclure que cet employeur raisonnable n'aurait pas fermé les portes d'un établissement qui « évoluait très bien » et où « les objectifs étaient rencontrés », à tel point que des bonis étaient promis. Ces inférences de faits, que Wal-Mart n'a pas contestées, ont amené l'arbitre à conclure que la résiliation des contrats de travail, et donc

employees violated s. 59. This conclusion was reasonable in light of the facts and the law.

Per Rothstein and Wagner JJ. (dissenting): Section 59 of the *Code* does not apply in situations involving the complete and permanent closure of a business. As this Court stated in *Plourde v. Wal-Mart Canada Corp.*, the recourse available in such circumstances lies under ss. 12 to 14 of the *Code*.

Section 59 cannot apply to Wal-Mart's genuine and definitive closure of its Jonquière store because it would require Wal-Mart to justify its decision to close the store, which is inconsistent with the employer's right, under Quebec law, to close its business for any reason. The sole requirement is that the business closure be genuine and definitive. Once an employer exercises its right to close up shop, then s. 59 of the *Code* cannot impose an additional *ex post facto* justification requirement simply because this closure gives rise to a secondary effect — the collective termination of employees. A store closure, by definition, does not conform to previous business practices. If s. 59 were to apply to a situation of store closure, the result would be that businesses could never prove a store closure was business as usual. It would also mean that the employer would be prevented from exercising its right to close its business during the s. 59 freeze period and yet could, immediately upon the conclusion of a collective agreement, the exercise of the right of lock out or strike, or the issuance of an arbitration award, close its business for any reason. Legislation cannot be interpreted to give rise to such absurd results. To apply s. 59 to business closure situations would also undermine the *Code*'s assignment of the burden of proof and thereby disrupt the *Code*'s internal coherence. Under ss. 12 to 14, the claimant must prove that anti-union animus motivated the store closure. Contrarily, under s. 59, the employer would bear the burden of justifying the store closure under the "business as usual" rule.

The text and context of s. 59 of the *Code* also indicate that it cannot apply to a business closure situation because it presupposes the existence of an ongoing business. Section 59 is designed to facilitate the conclusion of a collective agreement within an existing employment

la modification des conditions de travail de l'ensemble des employés de l'établissement, contrevenait à l'art. 59. À la lumière des faits et du droit, cette conclusion est raisonnable.

Les juges Rothstein et Wagner (dissidents) : L'article 59 du *Code* ne s'applique pas dans les situations où il y a fermeture complète et définitive d'une entreprise. Comme l'a déclaré notre Cour dans *Plourde c. Compagnie Wal-Mart du Canada*, le recours qui peut être exercé dans une telle situation est prévu aux art. 12 à 14 du *Code*.

L'article 59 ne peut s'appliquer à la fermeture réelle et définitive par Wal-Mart de son magasin de Jonquière, puisque cela obligerait l'entreprise à justifier sa décision de fermer son magasin, exigence incompatible avec le droit que possèdent les employeurs, en droit québécois, de fermer leur entreprise pour quelque raison que ce soit. La seule exigence est qu'il s'agisse d'une fermeture d'entreprise réelle et définitive. Dès lors qu'un employeur exerce son droit de fermer boutique, l'art. 59 du *Code* ne saurait imposer *ex post facto* une obligation additionnelle de justification, simplement parce que cette fermeture entraîne un effet secondaire — à savoir le congédiement collectif des salariés. Par définition, la fermeture d'un magasin n'est pas une mesure conforme aux pratiques antérieures de gestion. Si l'article 59 s'appliquait aux situations de fermeture de magasin, il s'ensuivrait qu'une entreprise ayant fermé un magasin ne pourrait jamais prouver que la fermeture de ce magasin s'inscrivait dans le cours normal des affaires. Cela impliquerait également que l'employeur serait empêché d'exercer son droit de fermer son entreprise pendant la période de gel des conditions de travail prescrite par l'art. 59, mais que, dès la conclusion d'une convention collective, l'exercice du droit de lock-out ou de grève ou encore le prononcé d'une sentence arbitrale, il pourrait le faire pour quelque raison que ce soit. Une loi ne peut être interprétée d'une manière conduisant à des résultats aussi absurdes. L'application de l'art. 59 aux situations de fermeture d'entreprise aurait en outre pour effet d'altérer l'attribution du fardeau de la preuve dans le *Code* et, de ce fait, de briser la cohérence interne de celui-ci. Dans le cadre d'une demande fondée sur les art. 12 à 14, le demandeur doit prouver que la fermeture du magasin était motivée par l'antisindicalisme. À l'inverse, sous le régime de l'art. 59, l'employeur aurait le fardeau de justifier la fermeture du magasin suivant la règle du « cours normal des affaires ».

De plus, il ressort du texte et du contexte de l'art. 59 du *Code* que cette disposition ne peut s'appliquer à une situation de fermeture d'entreprise, puisqu'elle presuppose l'existence d'une entreprise active. L'article 59 vise à faciliter la conclusion d'une convention

relationship; it is not designed to maintain the employment relationship.

Finally, s. 59 cannot apply in the context of a business closure as there is no appropriate remedy available to the arbitrator. Where there is a breach of s. 59, then, the arbitrator must provide a remedy that restores the *status quo ante*. Since employers in Quebec have the right to close their business, an arbitrator cannot order an employer to reopen a store. While it is true that an arbitrator has the power to award damages under s. 100.12 of the *Code*, such a remedy would be inconsistent with the purpose of s. 59, since it would not restore the balance between the parties or facilitate the conclusion of a collective agreement. Arbitrators may award damages to compensate for harm that cannot be compensated for by an award in kind. Wal-Mart has already compensated employees of the Jonquière store for the loss of their jobs by paying them severance pay in an amount equal to two weeks of work per year of service. Since s. 59 does not apply to the business closure situation, it gives rise to no additional financial consequences for Wal-Mart.

Cases Cited

By LeBel J.

Distinguished: *Plourde v. Wal-Mart Canada Corp.*, 2009 SCC 54, [2009] 3 S.C.R. 465; **referred to:** *Boutin v. Wal-Mart Canada inc.*, 2005 QCCRT 225 (CanLII); *Boutin v. Wal-Mart Canada inc.*, 2005 QCCRT 269 (CanLII), aff'd 2005 QCCRT 385 (CanLII), aff'd 2007 QCCS 3797 (CanLII); *Pednault v. Compagnie Wal-Mart du Canada*, 2005 CanLII 41037, aff'd 2006 QCCA 666, [2006] R.J.Q. 1266; *Plourde v. Compagnie Wal-Mart du Canada*, 2006 QCCRT 207 (CanLII), aff'd 2007 QCCS 3165 (CanLII), aff'd 2007 QCCA 1210 (CanLII), aff'd 2009 SCC 54, [2009] 3 S.C.R. 465; *Desbiens v. Wal-Mart Canada Corp.*, 2009 SCC 55, [2009] 3 S.C.R. 540; *I.A.T.S.E., Stage Local 56 v. Société de la Place des Arts de Montréal*, 2004 SCC 2, [2004] 1 S.C.R. 43; *Travailleurs et travailleuses unis de l'alimentation et du commerce, section locale 503 v. Compagnie Wal-Mart du Canada — Établissement de Jonquière*, [2006] R.J.D.T. 1665; *Travailleurs et travailleuses unis de l'alimentation et du commerce, section locale 503 v. Ménard*, 2007 QCCS 5704, [2008] R.J.D.T. 138; *La Reine v. Harricana Metal Inc.*, [1970] T.T. 97; *Club coopératif de consommation d'Amos v. Union des employés de commerce, section*

collective dans le cadre d'une relation d'emploi existante; il ne vise pas à maintenir la relation d'emploi.

Finalement, l'art. 59 ne peut pas s'appliquer en cas de fermeture d'entreprise, car l'arbitre ne dispose d'aucune mesure de réparation appropriée qu'il pourrait accorder à cet égard. Lorsqu'il survient un manquement à cette disposition, l'arbitre doit alors façonner une réparation qui rétablit le *status quo ante*, la situation antérieure. Étant donné que, au Québec, les employeurs ont le droit de fermer leur entreprise, un arbitre ne peut ordonner à un employeur de rouvrir un magasin. Bien qu'il soit vrai qu'un arbitre a le pouvoir d'accorder des dommages-intérêts en vertu de l'art. 100.12 du *Code*, une telle réparation serait incompatible avec l'objet de l'art. 59, puisqu'elle n'aurait pas pour effet de restaurer l'équilibre entre les parties ou de faciliter la conclusion d'une convention collective. Les arbitres peuvent accorder des dommages-intérêts pour dédommager quelqu'un d'un préjudice qui ne peut être réparé par voie d'exécution en nature. Wal-Mart a déjà dédommagé les salariés du magasin de Jonquière de la perte de leur emploi en leur versant une indemnité de départ d'un montant équivalent à deux semaines de travail par année de service. Comme l'art. 59 ne s'applique pas aux situations de fermeture d'entreprise, il n'entraîne aucune conséquence financière additionnelle pour Wal-Mart.

Jurisprudence

Citée par le juge LeBel

Distinction d'avec l'arrêt : *Plourde c. Compagnie Wal-Mart du Canada*, 2009 CSC 54, [2009] 3 R.C.S. 465; **arrêts mentionnés :** *Boutin c. Wal-Mart Canada inc.*, 2005 QCCRT 225 (CanLII); *Boutin c. Wal-Mart Canada inc.*, 2005 QCCRT 269 (CanLII), conf. par 2005 QCCRT 385 (CanLII), conf. par 2007 QCCS 3797 (CanLII); *Pednault c. Compagnie Wal-Mart du Canada*, 2005 CanLII 41037, conf. par 2006 QCCA 666, [2006] R.J.Q. 1266; *Plourde c. Compagnie Wal-Mart du Canada*, 2006 QCCRT 207 (CanLII), conf. par 2007 QCCS 3165 (CanLII), conf. par 2007 QCCA 1210 (CanLII), conf. par 2009 CSC 54, [2009] 3 R.C.S. 465; *Desbiens c. Compagnie Wal-Mart du Canada*, 2009 CSC 55, [2009] 3 R.C.S. 540; *A.I.E.S.T., local de scène n° 56 c. Société de la Place des Arts de Montréal*, 2004 CSC 2, [2004] 1 R.C.S. 43; *Travailleurs et travailleuses unis de l'alimentation et du commerce, section locale 503 c. Compagnie Wal-Mart du Canada — Établissement de Jonquière*, [2006] R.J.D.T. 1665; *Travailleurs et travailleuses unis de l'alimentation et du commerce, section locale 503 c. Ménard*, 2007 QCCS 5704, [2008] R.J.D.T. 138; *La Reine c. Harricana Metal Inc.*, [1970]

locale 508, [1985] AZ-85141201; *Association des juristes de l'État v. Commission des valeurs mobilières du Québec*, [2003] R.J.D.T. 579; *Coopérative étudiante Laval v. Syndicat des travailleurs(euses) de la coopérative étudiante Laval*, [1984] AZ-84141225; *Association du personnel administratif et professionnel de l'Université Laval (APAPUL) v. Syndicat des employés de l'Université Laval (SCFP), section locale 2500*, [1985] AZ-85142069; *Plastalène Corp. v. Syndicat des salariés de Plastalène (C.S.D.)*, [1990] AZ-90141158; *Union des routiers, brasseries, liqueurs douces & ouvriers de diverses industries (Teamsters, Local 1999) v. Quality Goods I.M.D. Inc.*, [1990] AZ-90141179; *Syndicat des salarié-e-s de la Guilde des musiciens du Québec v. Guilde des musiciens du Québec*, [1998] AZ-98141137, aff'd 2001 CanLII 38640; *Travailleurs et travailleuses de l'alimentation et du commerce, section locale 501 v. Wal-Mart Canada (St-Hyacinthe)*, [2010] AZ-50688504; *Syndicat des employé-es de SPC Automation (CSN) v. SPC Automation Inc.*, [1994] T.A. 718; *Société des casinos du Québec inc. v. Syndicat des employé(e)s de la Société des casinos du Québec*, [1996] AZ-96142008; *Sobey's inc. (N° 650) v. Syndicat des travailleurs et travailleuses de Sobey's de Baie-Comeau (CSN)*, [1996] AZ-96141261; *Association des juristes de l'État v. Conseil du Trésor*, 1999 CanLII 5144; *Centre de la petite enfance Casse-Noisette inc. v. Syndicat des travailleuses(eurs) en garderie de Montréal — CSN*, [2000] R.J.D.T. 1859; *Syndicat catholique des employés de magasins de Québec Inc. v. Compagnie Paquet Ltée.*, [1959] S.C.R. 206; *Syndicat des travailleurs et des travailleuses des épiciers unis Métro-Richelieu (C.S.N.) v. Lefebvre*, 1996 CanLII 5705; *Automobiles Canbec inc. v. Hamelin*, 1998 CanLII 12602; *Séminaire de la Très Sainte-Trinité v. Tremblay*, [1991] R.J.Q. 428; *Pakenham v. Union des vendeurs d'automobiles et employés auxiliaires, section locale 1974, UFCW*, [1983] T.T. 189; *Union des employés de commerce, local 500 v. Provost inc.*, [1981] S.A.G. 732; *Scierie Béarn v. Syndicat des employés(es) de bureau Scierie Béarn*, [1988] AZ-88141194; *Syndicat des employés de la Commission scolaire du Haut St-Maurice v. Rondeau*, [1993] R.J.Q. 65; *Union des employé-e-s de service, local 800 v. 2162-5199 Québec Inc.*, [1994] T.A. 16; *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313; *Delisle v. Canada (Deputy Attorney General)*, [1999] 2 S.C.R. 989; *U.F.C.W., Local 1518 v. KMart Canada Ltd.*, [1999] 2 S.C.R. 1083; *Isidore Garon ltée v. Tremblay*, 2006 SCC 2, [2006] 1 S.C.R. 27; *Syndicat des salariés des Industries Leclerc (CSD) v. Industries Leclerc inc.*, [1996] T.A. 554; *Fraternité des policiers et policières de Carignan v. Ville de Carignan*, T.T. 97; *Club coopératif de consommation d'Amos c. Union des employés de commerce, section locale 508*, [1985] AZ-85141201; *Association des juristes de l'État c. Commission des valeurs mobilières du Québec*, [2003] R.J.D.T. 579; *Coopérative étudiante Laval c. Syndicat des travailleurs(euses) de la coopérative étudiante Laval*, [1984] AZ-84141225; *Association du personnel administratif et professionnel de l'Université Laval (APAPUL) c. Syndicat des employés de l'Université Laval (SCFP), section locale 2500*, [1985] AZ-85142069; *Plastalène Corp. c. Syndicat des salariés de Plastalène (C.S.D.)*, [1990] AZ-90141158; *Union des routiers, brasseries, liqueurs douces & ouvriers de diverses industries (Teamsters, Local 1999) c. Quality Goods I.M.D. Inc.*, [1990] AZ-90141179; *Syndicat des salarié-e-s de la Guilde des musiciens du Québec c. Guilde des musiciens du Québec*, [1998] AZ-98141137, conf. par 2001 CanLII 38640; *Travailleurs et travailleuses de l'alimentation et du commerce, section locale 501 c. Wal-Mart Canada (St-Hyacinthe)*, [2010] AZ-50688504; *Syndicat des employé-es de SPC Automation (CSN) c. SPC Automation Inc.*, [1994] T.A. 718; *Société des casinos du Québec inc. c. Syndicat des employé(e)s de la Société des casinos du Québec*, [1996] AZ-96142008; *Sobey's inc. (N° 650) c. Syndicat des travailleurs et travailleuses de Sobey's de Baie-Comeau (CSN)*, [1996] AZ-96141261; *Association des juristes de l'État c. Conseil du Trésor*, 1999 CanLII 5144; *Centre de la petite enfance Casse-Noisette inc. c. Syndicat des travailleuses(eurs) en garderie de Montréal — CSN*, [2000] R.J.D.T. 1859; *Syndicat catholique des employés de magasins de Québec Inc. c. Compagnie Paquet Ltée.*, [1959] R.C.S. 206; *Syndicat des travailleurs et des travailleuses des épiciers unis Métro-Richelieu (C.S.N.) c. Lefebvre*, 1996 CanLII 5705; *Automobiles Canbec inc. c. Hamelin*, 1998 CanLII 12602; *Séminaire de la Très Sainte-Trinité c. Tremblay*, [1991] R.J.Q. 428; *Pakenham c. Union des vendeurs d'automobiles et employés auxiliaires, section locale 1974, UFCW*, [1983] T.T. 189; *Union des employés de commerce, local 500 c. Provost inc.*, [1981] S.A.G. 732; *Scierie Béarn c. Syndicat des employés(es) de bureau Scierie Béarn*, [1988] AZ-88141194; *Syndicat des employés de la Commission scolaire du Haut St-Maurice c. Rondeau*, [1993] R.J.Q. 65; *Union des employé-e-s de service, local 800 c. 2162-5199 Québec Inc.*, [1994] T.A. 16; *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313; *Delisle c. Canada (Sous-procureur général)*, [1999] 2 R.C.S. 989; *T.U.A.C., section locale 1518 c. KMart Canada Ltd.*, [1999] 2 R.C.S. 1083; *Isidore Garon ltée c. Tremblay*, 2006 CSC 2, [2006] 1 R.C.S. 27; *Syndicat des salariés des Industries Leclerc (CSD) c. Industries Leclerc inc.*, [1996] T.A. 554; *Fraternité des policiers*

[2000] AZ-00142040; *Gravel & Fils Inc. v. Syndicat d'entreprises funéraires*, [1984] T.A. 87; *Woolco (No. 6291) v. Syndicat national des employés de magasins de Chicoutimi (CSN)*, [1983] AZ-83141325; *Syndicat des employés de Télémarketing Unimédia (CSN) v. UniMarketing inc.*, [1997] T.A. 549; *Société du centre Pierre-Péladeau v. Alliance internationale des employés de scène et de théâtre, du cinéma, métiers connexes et des artistes des États-Unis et du Canada (I.A.T.S.E.), section locale 56*, 2006 CanLII 32333; *Mont-Laurier (Ville de) v. Syndicat des professionnels et professionnelles de la Ville de Mont-Laurier (CSN)*, 1995 CanLII 1874; *Syndicat des travailleuses et travailleurs du Centre d'approbation de Nordia — CSN v. Nordia Inc.*, 2012 CanLII 82540; *Spar Aerospace Products Ltd. v. Spar Professional and Allied Technical Employees Association*, [1979] 1 C.L.R.B.R. 61; *Metropol-Basefort Security Group Ltd.* (1990), 79 di 139; *Bizeau v. Aéroport de Québec Inc.*, 2004 CIRB 261 (CanLII); *Public Service Alliance of Canada v. Hamlet of Kugaaruk*, 2010 CIRB 554 (CanLII); *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 1450 v. Journal de Québec, division de Groupe Québécois inc.*, [1996] R.J.Q. 299; *Sobey's inc., N° 650 v. Syndicat des travailleurs et travailleuses de Sobey's de Baie-Comeau*, [1996] T.A. 721; *Université McGill v. Munaca*, [2003] AZ-50193382, aff'd [2004] AZ-50264810; *Alberta Union of Provincial Employees v. Lethbridge Community College*, 2004 SCC 28, [2004] 1 S.C.R. 727; *Hôpital St-Charles de Joliette v. Syndicat des employés d'hôpitaux de Joliette inc.*, [1973] R.D.T. 129; *Association des pompiers de Montréal inc. (APM) v. Montréal (Ville de)*, 2011 QCCA 631 (CanLII); *Travelways Ltd. v. Legendre*, [1987] AZ-87149123; *Natrel inc. v. Syndicat démocratique des distributeurs (CSD)*, [2000] R.J.D.T. 670; *Canada (Attorney General) v. Bedford*, 2013 SCC 72, [2013] 3 S.C.R. 1101; *Ontario (Attorney General) v. Fraser*, 2011 SCC 20, [2011] 2 S.C.R. 3; *City Buick Pontiac (Montréal) Inc. v. Roy*, [1981] T.T. 22; *Blanchard v. Control Data Canada Ltd.*, [1984] 2 S.C.R. 476; *St. Anne Nackawic Pulp & Paper Co. v. Canadian Paper Workers Union, Local 219*, [1986] 1 S.C.R. 704; *Dayco (Canada) Ltd. v. CAW-Canada*, [1993] 2 S.C.R. 230; *Ivanhoe inc. v. UFCW, Local 500*, 2001 SCC 47, [2001] 2 S.C.R. 565; *Parry Sound (District) Social Services Administration Board v. O.P.S.E.U., Local 324*, 2003 SCC 42, [2003] 2 S.C.R. 157; *Newfoundland and Labrador Nurses' Union v. Newfoundland and Labrador (Treasury Board)*, 2011 SCC 62, [2011] 3 S.C.R. 708; *Olymel, s.e.c. v. Syndicat des travailleurs d'Olympia (CSN)*, 2007 QCCA 865 (CanLII); *Syndicat des employés de Daily Freight (CSN) v. Imbeau*, [2003] R.J.Q. 452; *Syndicat canadien de la Fonction publique, Section locale 3666 v. Desnoyers*, [1996] AZ-96029022; *S.E.D.A.C.*

et policières de Carignan c. Ville de Carignan, [2000] AZ-00142040; *Gravel & Fils Inc. c. Syndicat d'entreprises funéraires*, [1984] T.A. 87; *Woolco (No. 6291) c. Syndicat national des employés de magasins de Chicoutimi (CSN)*, [1983] AZ-83141325; *Syndicat des employés de Télémarketing Unimédia (CSN) c. UniMarketing inc.*, [1997] T.A. 549; *Société du centre Pierre-Péladeau c. Alliance internationale des employés de scène et de théâtre, du cinéma, métiers connexes et des artistes des États-Unis et du Canada (I.A.T.S.E.), section locale 56*, 2006 CanLII 32333; *Mont-Laurier (Ville de) c. Syndicat des professionnels et professionnelles de la Ville de Mont-Laurier (CSN)*, 1995 CanLII 1874; *Syndicat des travailleuses et travailleurs du Centre d'approbation de Nordia — CSN c. Nordia Inc.*, 2012 CanLII 82540; *Spar Aerospace Products Ltd. c. Spar Professional and Allied Technical Employees Association*, [1979] 1 C.L.R.B.R. 61; *Metropol-Basefort Security Group Ltd.* (1990), 79 di 139; *Bizeau c. Aéroport de Québec Inc.*, 2004 CCRI 261 (CanLII); *Alliance de la Fonction publique du Canada c. Hameau de Kugaaruk*, 2010 CCRI 554 (CanLII); *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 1450 c. Journal de Québec, division de Groupe Québécois inc.*, [1996] R.J.Q. 299; *Sobey's inc., N° 650 c. Syndicat des travailleurs et travailleuses de Sobey's de Baie-Comeau*, [1996] T.A. 721; *Université McGill c. Munaca*, [2003] AZ-50193382, conf. par [2004] AZ-50264810; *Alberta Union of Provincial Employees c. Lethbridge Community College*, 2004 CSC 28, [2004] 1 R.C.S. 727; *Hôpital St-Charles de Joliette c. Syndicat des employés d'hôpitaux de Joliette inc.*, [1973] R.D.T. 129; *Association des pompiers de Montréal inc. (APM) c. Montréal (Ville de)*, 2011 QCCA 631 (CanLII); *Travelways Ltd. c. Legendre*, [1987] AZ-87149123; *Natrel inc. c. Syndicat démocratique des distributeurs (CSD)*, [2000] R.J.D.T. 670; *Canada (Procureur général) c. Bedford*, 2013 CSC 72, [2013] 3 R.C.S. 1101; *Ontario (Procureur général) c. Fraser*, 2011 CSC 20, [2011] 2 R.C.S. 3; *City Buick Pontiac (Montréal) Inc. c. Roy*, [1981] T.T. 22; *Blanchard c. Control Data Canada Ltée*, [1984] 2 R.C.S. 476; *St. Anne Nackawic Pulp & Paper Co. c. Section locale 219 du Syndicat canadien des travailleurs du papier*, [1986] 1 R.C.S. 704; *Dayco (Canada) Ltd. c. TCA-Canada*, [1993] 2 R.C.S. 230; *Ivanhoe inc. c. TUAC, section locale 500*, 2001 CSC 47, [2001] 2 R.C.S. 565; *Parry Sound (District), Conseil d'administration des services sociaux c. S.E.E.F.P.O., section locale 324*, 2003 CSC 42, [2003] 2 R.C.S. 157; *Newfoundland and Labrador Nurses' Union c. Terre-Neuve-et-Labrador (Conseil du Trésor)*, 2011 CSC 62, [2011] 3 R.C.S. 708; *Olymel, s.e.c. c. Syndicat des travailleurs d'Olympia (CSN)*, 2007 QCCA 865 (CanLII); *Syndicat des employés de Daily Freight (CSN) c. Imbeau*, [2003] R.J.Q. 452; *Syndicat*

Laboratoires inc. v. Turcotte, [1998] AZ-98029150; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Consolidated-Bathurst Inc. v. Syndicat national des travailleurs des pâtes et papiers de Port-Alfred*, [1987] R.J.Q. 520; *Syndicat des chargées et chargés de cours de l'U.Q.A.C. (CSN) v. Syndicat des professeures et professeurs de l'Université du Québec à Chicoutimi*, 2005 QCCRT 364 (CanLII).

By Rothstein and Wagner JJ. (dissenting)

Plourde v. Wal-Mart Canada Corp., 2009 SCC 54, [2009] 3 S.C.R. 465; *Desbiens v. Wal-Mart Canada Corp.*, 2009 SCC 55, [2009] 3 S.C.R. 540; *Boutin v. Wal-Mart Canada inc.*, 2005 QCCRT 225 (CanLII); *Boutin v. Wal-Mart Canada inc.*, 2005 QCCRT 269 (CanLII); *Pednault v. Compagnie Wal-Mart du Canada*, 2006 QCCA 666, [2006] R.J.Q. 1266; *Automobiles Canbec inc. v. Hamelin*, 1998 CanLII 12602; *Union des routiers, brasseries, liqueurs douces & ouvriers de diverses industries (Teamsters, Local 1999) v. Quality Goods I.M.D. Inc.*, [1990] AZ-90141179; *Canada v. Craig*, 2012 SCC 43, [2012] 2 S.C.R. 489; *I.A.T.S.E., Stage Local 56 v. Société de la Place des Arts de Montréal*, 2004 SCC 2, [2004] 1 S.C.R. 43; *City Buick Pontiac (Montréal) Inc. v. Roy*, [1981] T.T. 22; *Syndicat des employé-es de SPC Automation (CSN) v. SPC Automation Inc.*, [1994] T.A. 718; *Mont-Laurier (Ville de) v. Syndicat des professionnels et professionnelles de la Ville de Mont-Laurier (CSN)*, 1995 CanLII 1874; *Conseil conjoint du Québec, Syndicat du vêtement, du textile et autres industries, local 2625 v. Société en commandite Greb International (Division Kodiak)*, [1999] AZ-99141036; *Association des juristes de l'État v. Conseil du Trésor*, 1999 CanLII 5144; *Pakenham v. Union des vendeurs d'automobiles et employés auxiliaires, section locale 1974, UFCW*, [1983] T.T. 189; *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048.

Statutes and Regulations Cited

Act respecting labour standards, CQLR, c. N-1.1, ss. 82, 124.
Act to amend the Labour Code and the Labour and Manpower Department Act, S.Q. 1977, c. 41, s. 48.
Act to constitute a Labour Relations Board, S.Q. 1944, c. 30.
Charter of human rights and freedoms, CQLR, c. C-12.
Civil Code of Québec, arts. 1375, 1434, 1458, 1590, 1607, 2091, 2094, 2846, 2849.
Interpretation Act, CQLR, c. I-16, s. 41.

canadien de la Fonction publique, Section locale 3666 c. Desnoyers, [1996] AZ-96029022; *S.E.D.A.C. Laboratoires inc. c. Turcotte*, [1998] AZ-98029150; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Consolidated-Bathurst Inc. c. Syndicat national des travailleurs des pâtes et papiers de Port-Alfred*, [1987] R.J.Q. 520; *Syndicat des chargées et chargés de cours de l'U.Q.A.C. (CSN) c. Syndicat des professeures et professeurs de l'Université du Québec à Chicoutimi*, 2005 QCCRT 364 (CanLII).

Citée par les juges Rothstein et Wagner (dissidents)

Plourde c. Compagnie Wal-Mart du Canada, 2009 CSC 54, [2009] 3 R.C.S. 465; *Desbiens c. Compagnie Wal-Mart du Canada*, 2009 CSC 55, [2009] 3 R.C.S. 540; *Boutin c. Wal-Mart Canada inc.*, 2005 QCCRT 225 (CanLII); *Boutin c. Wal-Mart Canada Inc.*, 2005 QCCRT 269 (CanLII); *Pednault c. Compagnie Wal-Mart du Canada*, 2006 QCCA 666, [2006] R.J.Q. 1266; *Automobiles Canbec inc. c. Hamelin*, 1998 CanLII 12602; *Union des routiers, brasseries, liqueurs douces & ouvriers de diverses industries (Teamsters, Local 1999) c. Quality Goods I.M.D. Inc.*, [1990] AZ-90141179; *Canada c. Craig*, 2012 CSC 43, [2012] 2 R.C.S. 489; *A.I.E.S.T., local de scène n° 56 c. Société de la Place des Arts de Montréal*, 2004 CSC 2, [2004] 1 R.C.S. 43; *City Buick Pontiac (Montréal) Inc. c. Roy*, [1981] T.T. 22; *Syndicat des employé-es de SPC Automation (CSN) c. SPC Automation Inc.*, [1994] T.A. 718; *Mont-Laurier (Ville de) c. Syndicat des professionnels et professionnelles de la Ville de Mont-Laurier (CSN)*, 1995 CanLII 1874; *Conseil conjoint du Québec, Syndicat du vêtement, du textile et autres industries, local 2625 c. Société en commandite Greb International (Division Kodiak)*, [1999] AZ-99141036; *Association des juristes de l'État c. Conseil du Trésor*, 1999 CanLII 5144; *Pakenham c. Union des vendeurs d'automobiles et employés auxiliaires, section locale 1974, UFCW*, [1983] T.T. 189; *U.E.S., Local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048.

Lois et règlements cités

Charte des droits et libertés de la personne, RLRQ, ch. C-12.
Code civil du Québec, art. 1375, 1434, 1458, 1590, 1607, 2091, 2094, 2846, 2849.
Code du travail, RLRQ, ch. C-27, art. 12, 14, 15 à 19, 58, 59, 93.1, 100.10, 100.12, 114, 139, 139.1, 140.
Code du travail, S.R.Q. 1964, ch. 141.
Loi d'interprétation, RLRQ, ch. I-16, art. 41.
Loi des relations ouvrières, S.R.Q. 1941, ch. 162A, art. 24(1).

Labour Code, CQLR, c. C-27, ss. 12, 14, 15 to 19, 58, 59, 93.1, 100.10, 100.12, 114, 139, 139.1, 140.
Labour Code, R.S.Q. 1964, c. 141.
Labour Relations Act, R.S.Q. 1941, c. 162A, s. 24(1).
National Labor Relations Act, 49 Stat. 449 (1935).

Authors Cited

Adams, George W. *Canadian Labour Law*, vol. 2, 2nd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1993 (loose-leaf updated September 2013, release 49).
 Beaulieu, Marie-Louis. *Les Conflits de Droit dans les Rapports Collectifs du Travail*. Québec: Presses universitaires Laval, 1955.
 Bergeron, Marius G. “La procédure de négociation et le recours à la grève ou au lockout”, dans Gérard Hébert et autres, dir., *Le Code du Travail du Québec (1965): le XX^e congrès des relations industrielles de l’Université Laval*. Québec: Presses de l’Université Laval, 1965, 135.
 Blouin, Rodrigue. “La convention collective de travail en tant qu’instrument juridique non contractuel et monopolisateur des conditions de travail, d’où la problématique particulière qui en découle dans le secteur de l’éducation”, dans Service de la formation permanente du Barreau du Québec, vol. 235, *Développements récents en droit du travail dans le secteur de l’éducation*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2005, 51.
 Burkett, Brian W., et al. *Federal Labour Law and Practice*. Toronto: Canada Law Book, 2013.
 Corry, David J. *Collective Bargaining and Agreement*, vol. 1. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1997 (loose-leaf updated March 2014, release 19).
 Côté, André C. “Le gel statutaire des conditions de travail” (1986), 17 *R.G.D.* 151.
 Coutu, Michel, et autres. *Droit des rapports collectifs du travail au Québec*, vol. 1, *Le régime général*, 2^e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2013.
 Gagnon, Robert P. *Le droit du travail du Québec*, 7^e éd. Mis à jour par Langlois Kronström Desjardins sous la direction de Yann Bernard, André Sasseville et Bernard Cliche. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2013.
 Gagnon, Robert P., Louis LeBel et Pierre Verge. *Droit du travail en vigueur au Québec*. Québec: Presses de l’Université Laval, 1971.
 Hébert, Gérard. “Trends in the New Quebec Labour Code” (1965), 20 *I.R.* 61.

Loi instituant une commission de relations ouvrières, S.Q. 1944, ch. 30.
Loi modifiant le Code du travail et la Loi du ministère du travail et de la main-d’œuvre, L.Q. 1977, ch. 41, art. 48.
Loi sur les normes du travail, RLRQ, ch. N-1.1, art. 82, 124.
National Labor Relations Act, 49 Stat. 449 (1935).

Doctrine et autres documents cités

Adams, George W. *Canadian Labour Law*, vol. 2, 2nd ed. Aurora, Ont. : Canada Law Book, 1993 (loose-leaf updated September 2013, release 49).
 Beaulieu, Marie-Louis. *Les Conflits de Droit dans les Rapports Collectifs du Travail*. Québec : Presses universitaires Laval, 1955.
 Bergeron, Marius G. « La procédure de négociation et le recours à la grève ou au lockout », dans Gérard Hébert et autres, dir., *Le Code du Travail du Québec (1965) : le XX^e congrès des relations industrielles de l’Université Laval*. Québec : Presses de l’Université Laval, 1965, 135.
 Blouin, Rodrigue. « La convention collective de travail en tant qu’instrument juridique non contractuel et monopolisateur des conditions de travail, d’où la problématique particulière qui en découle dans le secteur de l’éducation », dans Service de la formation permanente du Barreau du Québec, vol. 235, *Développements récents en droit du travail dans le secteur de l’éducation*. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2005, 51.
 Burkett, Brian W., et al. *Federal Labour Law and Practice*. Toronto : Canada Law Book, 2013.
 Corry, David J. *Collective Bargaining and Agreement*, vol. 1. Aurora, Ont. : Canada Law Book, 1997 (loose-leaf updated March 2014, release 19).
 Côté, André C. « Le gel statutaire des conditions de travail » (1986), 17 *R.G.D.* 151.
 Coutu, Michel, et autres. *Droit des rapports collectifs du travail au Québec*, vol. 1, *Le régime général*, 2^e éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2013.
 Gagnon, Robert P. *Le droit du travail du Québec*, 7^e éd. Mis à jour par Langlois Kronström Desjardins sous la direction de Yann Bernard, André Sasseville et Bernard Cliche. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2013.
 Gagnon, Robert P., Louis LeBel et Pierre Verge. *Droit du travail en vigueur au Québec*. Québec : Presses de l’Université Laval, 1971.
 Hébert, Gérard. « Le Code du travail du Québec : Principales orientations » (1965), 20 *R.I.* 52.

- Lluelles, Didier, et Benoît Moore. *Droit des obligations*, 2^e éd. Montréal: Thémis, 2012.
- Morin, Fernand. *Le Code du travail: sa nature, sa portée, ses effets*. Québec: Ministère du travail et de la main-d'œuvre, 1971.
- Morin, Fernand, et autres. *Le droit de l'emploi au Québec*, 4^e éd. Montréal: Wilson & Lafleur, 2010.
- Morin, Fernand, et Rodrigue Blouin, avec la collaboration de Jean-Yves Brière et Jean-Pierre Villaggi. *Droit de l'arbitrage de grief*, 6^e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2012.
- Québec. *Le travail: une responsabilité collective: Rapport final de la Commission consultative sur le travail et la révision du Code du travail*. Québec: Gouvernement du Québec, 1985.
- Quebec. National Assembly. *Journal des débats de la Commission permanente de l'économie et du travail*, vol. 37, n° 22, 2^e sess., 36^e lég., 29 mai 2001, p. 47.
- Royer, Jean-Claude, et Sophie Lavallée. *La preuve civile*, 4^e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2008.
- Trudeau, Gilles. «L'arbitrage des griefs au Canada: plaider pour une réforme devenue nécessaire» (2005), 84 *Can. Bar Rev.* 249.
- Veilleux, Diane. «La portée du pouvoir remédiateur de l'arbitre. . . Contestée!» (1995), 55 *R. du B.* 429.
- Verge, Pierre, et Dominic Roux. «Fermer l'entreprise: un 'droit' . . . absolu?», dans Service de la formation continue du Barreau du Québec, vol. 245, *Développements récents en droit du travail*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2006, 223.
- Verge, Pierre, Gilles Trudeau et Guylaine Vallée. *Le droit du travail par ses sources*. Montréal: Thémis, 2006.
- Lluelles, Didier, et Benoît Moore. *Droit des obligations*, 2^e éd. Montréal : Thémis, 2012.
- Morin, Fernand. *Le Code du travail : sa nature, sa portée, ses effets*. Québec : Ministère du travail et de la main-d'œuvre, 1971.
- Morin, Fernand, et autres. *Le droit de l'emploi au Québec*, 4^e éd. Montréal : Wilson & Lafleur, 2010.
- Morin, Fernand, et Rodrigue Blouin, avec la collaboration de Jean-Yves Brière et Jean-Pierre Villaggi. *Droit de l'arbitrage de grief*, 6^e éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2012.
- Québec. Assemblée nationale. *Journal des débats de la Commission permanente de l'économie et du travail*, vol. 37, n° 22, 2^e sess., 36^e lég., 29 mai 2001, p. 47.
- Québec. *Le travail : une responsabilité collective : Rapport final de la Commission consultative sur le travail et la révision du Code du travail*. Québec : Gouvernement du Québec, 1985.
- Royer, Jean-Claude, et Sophie Lavallée. *La preuve civile*, 4^e éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2008.
- Trudeau, Gilles. « L'arbitrage des griefs au Canada : plaider pour une réforme devenue nécessaire » (2005), 84 *R. du B. can.* 249.
- Veilleux, Diane. « La portée du pouvoir remédiateur de l'arbitre. . . Contestée! » (1995), 55 *R. du B.* 429.
- Verge, Pierre, et Dominic Roux. « Fermer l'entreprise : un "droit" . . . absolu? », dans Service de la formation continue du Barreau du Québec, vol. 245, *Développements récents en droit du travail*. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2006, 223.
- Verge, Pierre, Gilles Trudeau et Guylaine Vallée. *Le droit du travail par ses sources*. Montréal : Thémis, 2006.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Vézina, Léger and Gagnon JJ.A.), 2012 QCCA 903, [2012] R.J.Q. 978, [2012] R.J.D.T. 387, [2012] AZ-50856639, [2012] J.Q. n° 4538 (QL), 2012 CarswellQue 4819, setting aside a decision of Moulin J., 2010 QCCS 4743, [2010] R.J.D.T. 1118, [2010] AZ-50678295, [2010] J.Q. n° 10112 (QL), 2010 CarswellQue 10570, dismissing an application for judicial review of an arbitral award, [2009] R.J.D.T. 1439. Appeal allowed, Rothstein and Wagner JJ. dissenting.

Claude Leblanc, Bernard Pillion, Gilles Grenier and Stéphanie Lindsay, for the appellant.

Corrado De Stefano, Frédéric Massé, Danny Kaufert and Louis Leclerc, for the respondent.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de Québec (les juges Vézina, Léger et Gagnon), 2012 QCCA 903, [2012] R.J.Q. 978, [2012] R.J.D.T. 387, [2012] AZ-50856639, [2012] J.Q. n° 4538 (QL), 2012 CarswellQue 4819, qui a infirmé une décision du juge Moulin, 2010 QCCS 4743, [2010] R.J.D.T. 1118, [2010] AZ-50678295, [2010] J.Q. n° 10112 (QL), 2010 CarswellQue 10570, qui avait rejeté une requête en révision judiciaire d'une sentence arbitrale, [2009] R.J.D.T. 1439. Pourvoi accueilli, les juges Rothstein et Wagner sont dissidents.

Claude Leblanc, Bernard Pillion, Gilles Grenier et Stéphanie Lindsay, pour l'appelante.

Corrado De Stefano, Frédéric Massé, Danny Kaufert et Louis Leclerc, pour l'intimée.

Ronald J. McRobie, Dominique Monet and Guy-François Lamy, for the intervener Conseil du patronat du Québec inc.

George Avraam, Mark Mendl and Cherrine Chow, for the intervener the Alliance of Manufacturers & Exporters Canada.

Stephen F. Penney and Jeffrey W. Beedell, for the intervener the Canadian Association of Counsel to Employers.

Éric Lévesque, Isabelle Lanson and Karim Lebnan, for the intervener Confédération des syndicats nationaux.

English version of the judgment of McLachlin C.J. and LeBel, Abella, Cromwell and Karakatsanis JJ. delivered by

LEBEL J. —

I. Introduction

[1] On April 29, 2005, Wal-Mart Canada Corp. (“Wal-Mart”) closed its store in Jonquière in the Saguenay-Lac-Saint-Jean region. The closure, which had been announced the day an arbitrator was appointed to resolve an impasse in negotiations for a first collective agreement with the union certified for that establishment, led to a series of proceedings based on various sections of the *Labour Code*, CQLR, c. C-27 (“Code”), and the *Act respecting labour standards*, CQLR, c. N-1.1 (“A.L.S.”). This appeal, the final chapter in this long legal battle, concerns the interpretation of the first paragraph of s. 59 of the *Code*, which reads as follows:

From the filing of a petition for certification and until the right to lock out or to strike is exercised or an arbitration award is handed down, no employer may change the conditions of employment of his employees without the written consent of each petitioning association and, where such is the case, certified association.

[2] On being asked to determine whether that provision applied in the context of the closure of

Ronald J. McRobie, Dominique Monet et Guy-François Lamy, pour l’intervenant le Conseil du patronat du Québec inc.

George Avraam, Mark Mendl et Cherrine Chow, pour l’intervenante l’Alliance des manufacturiers et des exportateurs du Canada.

Stephen F. Penney et Jeffrey W. Beedell, pour l’intervenante l’Association canadienne des avocats d’employeurs.

Éric Lévesque, Isabelle Lanson et Karim Lebnan, pour l’intervenante la Confédération des syndicats nationaux.

Le jugement de la juge en chef McLachlin et des juges LeBel, Abella, Cromwell et Karakatsanis a été rendu par

LE JUGE LEBEL —

I. Introduction

[1] Le 29 avril 2005, la Compagnie Wal-Mart du Canada (« Wal-Mart ») ferme son magasin de Jonquière, dans la région du Saguenay-Lac-Saint-Jean. Annoncée le jour de la nomination d’un arbitre chargé de résoudre une impasse dans les négociations entamées avec le syndicat accrédité pour cet établissement afin de conclure une première convention collective, cette fermeture entraînera une série de recours fondés sur divers articles du *Code du travail*, RLRQ, ch. C-27 (« Code »), et de la *Loi sur les normes du travail*, RLRQ, ch. N-1.1 (« L.n.t. »). Dernier épisode de cette longue bataille juridique, le présent pourvoi porte sur l’interprétation du premier alinéa de l’art. 59 du *Code*, qui est rédigé ainsi :

À compter du dépôt d’une requête en accréditation et tant que le droit au lock-out ou à la grève n’est pas exercé ou qu’une sentence arbitrale n’est pas intervenue, un employeur ne doit pas modifier les conditions de travail de ses salariés sans le consentement écrit de chaque association requérante et, le cas échéant, de l’association accréditée.

[2] Appelé à statuer sur l’application de cette disposition dans le contexte de la fermeture de

the Jonquière establishment, arbitrator Jean-Guy Ménard concluded that the resiliation of the contracts of employment of all the employees of that establishment constituted a prohibited unilateral change. His award was affirmed by the Superior Court, but overturned by the Court of Appeal. The judges of the Court of Appeal, although divided on how broadly s. 59 should be construed, agreed that the section did not apply in the circumstances of the case before them.

[3] In my opinion, the Court of Appeal erred in intervening as it did. Arbitrator Ménard's analysis and the conclusions he drew are not unreasonable. On the contrary, it seems to me that the prohibition provided for in s. 59 of the *Code* is indeed applicable to the facts of this case. I would accordingly allow the appeal, dismiss the application for judicial review and declare the arbitration award, and its disposition, to be valid.

II. Origins and History of Litigation Between Wal-Mart and the Union

[4] Wal-Mart opened its Jonquière establishment in 2001. Three years later, in August 2004, the Commission des relations du travail ("Commission") certified United Food and Commercial Workers, Local 503 ("the Union") as the bargaining agent for the employees working at the establishment. In the months that followed, Wal-Mart and the Union met approximately 10 times to negotiate the terms of what would in normal circumstances have become the first collective agreement between the parties.

[5] These meetings proved to be unsuccessful, and the Union therefore availed itself of the option of first agreement arbitration under s. 93.1 of the *Code* on February 2, 2005, applying to the Minister of Labour to appoint an arbitrator to "settle the dispute" that remained between the parties. One week later, Wal-Mart informed the Minister of Employment and Social Solidarity that it intended to close its Jonquière establishment on May 6 of that year and that, on the same date, it would be resiliating

l'établissement de Jonquière, l'arbitre Jean-Guy Ménard conclut que la résiliation de l'ensemble des contrats de travail des employés de cet établissement constituait une modification unilatérale prohibée. Confirmée en Cour supérieure, cette décision fut toutefois infirmée par la Cour d'appel. Divisés sur la portée de l'interprétation à donner à l'art. 59, les juges d'appel s'accordèrent pour conclure qu'il ne s'appliquait pas dans les circonstances de l'affaire dont ils étaient saisis.

[3] À mon avis, la Cour d'appel a fait erreur en intervenant comme elle l'a fait. En effet, l'analyse que propose l'arbitre Ménard et les conclusions qu'il tire ne sont pas déraisonnables. Bien au contraire, la prohibition de l'art. 59 du *Code* me semble bel et bien applicable à la situation factuelle du présent dossier. En conséquence, je propose d'accueillir le pourvoi, de rejeter la demande de révision judiciaire et de confirmer la validité de la sentence arbitrale et de son dispositif.

II. Les origines et le déroulement des litiges antérieurs entre Wal-Mart et le Syndicat

[4] Wal-Mart inaugure son établissement de Jonquière au cours de l'année 2001. Trois ans plus tard, en août 2004, la Commission des relations du travail (« Commission ») accrédite les Travailleurs et travailleuses unis de l'alimentation et du commerce, section locale 503 (« le Syndicat »), à titre d'agent négociateur pour les employés travaillant à cet établissement. Dans les mois qui suivent, Wal-Mart et le Syndicat tiennent près de 10 rencontres dans le but de négocier le contenu de ce qui devait normalement devenir la première convention collective entre les parties.

[5] Ces pourparlers s'avérant infructueux, le Syndicat se prévaut, le 2 février 2005, de la possibilité qu'offre l'art. 93.1 du *Code* de recourir à l'arbitrage pour la première convention. Il demande alors au ministre du Travail de nommer un arbitre qui sera chargé de « régler le différend » subsistant entre les parties. Une semaine plus tard, Wal-Mart avise le ministre de l'Emploi et de la Solidarité sociale de son intention de fermer son établissement de Jonquière, le 6 mai de la même année. Du même

the contracts of employment of all the employees who worked there. After breaking the news to its employees, the business actually closed its doors earlier than planned, on April 29, 2005. Nearly 200 employees lost their jobs.

[6] Believing that the decision was based on anti-union considerations, the employees and their union brought a series of proceedings against their former employer. On March 23, 2005, before the establishment had even closed, the Union submitted the grievance at issue in this appeal. The next day, the Union and several employees applied to the Commission for an interlocutory and permanent order enjoining the company to keep its Jonquière establishment open. The following month, one of the employees, Alain Pednault, applied to the Superior Court for authorization to institute a class action against his employer, arguing, *inter alia*, that the employer had violated various rights protected by the *Code* and the *Charter of human rights and freedoms*, CQLR, c. C-12. Finally, a few weeks after the establishment closed, a group of employees that included Gaétan Plourde filed a series of complaints with the Commission under ss. 15 to 19 of the *Code*, which prohibit dismissals and other actions taken in response to employees' union activities.

[7] In most of these proceedings, the result favoured Wal-Mart. First, the Commission dismissed the application for an order enjoining the company to keep its Jonquière establishment open, holding that no *prima facie* case had been made out (*Boutin v. Wal-Mart Canada inc.*, 2005 QCCRT 225 (CanLII); 2005 QCCRT 269 (CanLII), *aff'd* 2005 QCCRT 385 (CanLII), and 2007 QCCS 3797 (CanLII)). Next, the Superior Court dismissed Mr. Pednault's application for authorization to institute a class action. It found, and the Court of Appeal agreed, that the Commission had exclusive jurisdiction over the subject matter of the proposed action (*Pednault v. Compagnie Wal-Mart du Canada*, 2005 CanLII 41037 (Que. Sup. Ct.), *aff'd* 2006 QCCA 666, [2006] R.J.Q. 1266).

trait, l'entreprise l'informe qu'elle résiliera, à la même date, l'ensemble des contrats de travail des employés qui travaillent dans cet établissement. Après avoir annoncé la nouvelle à ses employés, l'entreprise ferme en définitive ses portes plus tôt que prévu, soit le 29 avril 2005. Près de 200 salariés perdent alors leur emploi.

[6] Placés devant une décision motivée selon eux par des considérations antisyndicales, les employés et leur syndicat entament une série de recours contre leur ancien employeur. Ainsi, avant même la fermeture de l'établissement, le 23 mars 2005, le Syndicat dépose le grief à la base du présent pourvoi. Le lendemain, le Syndicat et plusieurs salariés demandent à la Commission de rendre une ordonnance interlocutoire et permanente forçant l'entreprise à maintenir ouvert son établissement de Jonquière. Le mois suivant, un des salariés, Alain Pednault, demande à la Cour supérieure de l'autoriser à exercer un recours collectif contre son employeur. Il plaide, entre autres moyens, la violation de divers droits protégés par le *Code* et la *Charte des droits et libertés de la personne*, RLRQ, ch. C-12. Finalement, quelques semaines après la fermeture de l'établissement, un groupe d'employés, dont fait partie Gaétan Plourde, dépose devant la Commission une série de plaintes fondées sur les art. 15 à 19 du *Code*, dispositions qui interdisent les congédiements et autres mesures prises en raison des activités syndicales des salariés.

[7] Dans la majorité de ces recours, l'issue sera favorable à Wal-Mart. D'abord, la Commission rejettera, faute d'apparence de droit, la demande d'ordonnance visant à forcer l'entreprise à maintenir actif son établissement de Jonquière (*Boutin c. Wal-Mart Canada inc.*, 2005 QCCRT 225 (CanLII); 2005 QCCRT 269 (CanLII), *conf. par* 2005 QCCRT 385 (CanLII), et 2007 QCCS 3797 (CanLII)). Ensuite, la Cour supérieure refusera d'autoriser M. Pednault à exercer un recours collectif. Tout comme la Cour d'appel, elle reconnaîtra à la Commission une compétence exclusive sur l'objet de ce recours (*Pednault c. Compagnie Wal-Mart du Canada*, 2005 CanLII 41037 (C.S. Qué.), *conf. par* 2006 QCCA 666, [2006] R.J.Q. 1266).

[8] Finally, the complaints in which Mr. Plourde and his coworkers alleged a violation of ss. 15 to 19 of the *Code* were ultimately rejected by a majority of this Court (*Plourde v. Wal-Mart Canada Corp.*, 2006 QCCRT 207 (CanLII), aff'd 2007 QCCS 3165 (CanLII), 2007 QCCA 1210 (CanLII), and 2009 SCC 54, [2009] 3 S.C.R. 465; *Desbiens v. Wal-Mart Canada Corp.*, 2009 SCC 55, [2009] 3 S.C.R. 540). In that first case, Mr. Plourde argued that he, together with other employees, had been dismissed for his union activities. Relying on ss. 15 to 19 of the *Code*, he sought to be reinstated in his job. The Court's answer, which was purely procedural (para. 4), was essentially based on the language of s. 15.

[9] The majority of this Court found that the language of that section is clear: the course open to the Commission is to order that an unlawfully dismissed worker be reinstated "in his employment" (see paras. 35-36, 39 and 54). Given that it lacks the power to award damages as an alternative remedy (paras. 36 and 39), the Commission, which cannot order an offending employer to keep running its business, simply has no way to ensure respect for the rights of dismissed employees. Even if it did have such a power, however, on the basis of *I.A.T.S.E., Stage Local 56 v. Société de la Place des Arts de Montréal*, 2004 SCC 2, [2004] 1 S.C.R. 43, closure would be a "good and sufficient reason" for dismissal within the meaning of s. 17 (paras. 41 *et seq.*) and, as such, would in practice constitute a complete answer for an employer against which a complaint has been filed under ss. 15 to 19 of the *Code*.

[10] Having determined that the s. 15 scheme was inapplicable, the majority added that the closure of an establishment does not shield an employer from all the consequences of its decision (paras. 8, 51-52 and 54). Quite the contrary, given that there are other sections under which a claim for compensation might lie. In the case at bar, the employees are arguing that s. 59 is one such section.

[8] Enfin, les plaintes de violation des art. 15 à 19 du *Code* déposées par M. Plourde et ses collègues seront éventuellement rejetées par la majorité des membres de notre Cour (*Plourde c. Compagnie Wal-Mart du Canada*, 2006 QCCRT 207 (CanLII), conf. par 2007 QCCS 3165 (CanLII), 2007 QCCA 1210 (CanLII), et 2009 CSC 54, [2009] 3 R.C.S. 465; *Desbiens c. Compagnie Wal-Mart du Canada*, 2009 CSC 55, [2009] 3 R.C.S. 540). Dans cette première affaire, M. Plourde soutenait avoir été congédié, avec d'autres, pour ses activités syndicales. S'appuyant sur les art. 15 à 19 du *Code*, il demandait sa réintégration dans ses fonctions. De nature purement procédurale (par. 4), la réponse de la Cour sera essentiellement fondée sur le texte de l'art. 15.

[9] Aux yeux de la majorité de notre Cour, le texte de cet article est clair : la voie ouverte à la Commission consiste à ordonner la réintégration « dans son emploi » du travailleur illégalement congédié (voir les par. 35-36, 39 et 54). Or, étant dépourvu du pouvoir d'octroyer des dommages-intérêts à titre de réparation subsidiaire (par. 36 et 39), l'organisme — qui ne peut ordonner le maintien des activités de l'employeur fautif — ne dispose tout simplement d'aucun moyen d'assurer le respect des droits des employés congédiés. Mais même si un tel pouvoir existait, suivant l'arrêt *A.I.E.S.T., local de scène n° 56 c. Société de la Place des Arts de Montréal*, 2004 CSC 2, [2004] 1 R.C.S. 43, la fermeture constituerait une « cause juste et suffisante » de congédiement au sens de l'art. 17 (par. 41 et suiv.). À ce titre, elle représenterait, pratiquement, une défense complète pour l'employeur attaqué en vertu des art. 15 à 19 du *Code*.

[10] Convaincue de l'inapplicabilité du régime de l'art. 15, la majorité de notre Cour ajoutera que la fermeture de l'établissement n'immunise pas l'employeur contre toutes les conséquences de sa décision (par. 8, 51-52 et 54). Au contraire, même, d'autres articles donnent ouverture à un recours en indemnisation. Les employés plaident aujourd'hui que l'art. 59 constitue un tel recours.

III. Procedural History of the Appeal

A. *Preliminary Decisions Concerning the Grievance Arbitrator's Subject-Matter Jurisdiction*

[11] The grievance at issue in this appeal was initially dismissed at a preliminary stage on the basis that the arbitrator lacked jurisdiction over the subject matter (*Travailleurs et travailleuses unis de l'alimentation et du commerce, section locale 503 v. Compagnie Wal-Mart du Canada — Établissement de Jonquière*, [2006] R.J.D.T. 1665 (T.A.) (Jean-Guy Ménard)). After analyzing the wording of the complaint, Arbitrator Ménard found that it was [TRANSLATION] “fundamentally concerned” with alleged violations of rights established in the *Code* (paras. 18-22). As a result, s. 114 of the *Code* left him with no choice but to decline jurisdiction in favour of the Commission.

[12] However, that decision was reviewed by the Superior Court a few months later (*Travailleurs et travailleuses unis de l'alimentation et du commerce, section locale 503 v. Ménard*, 2007 QCCS 5704, [2008] R.J.D.T. 138). Applying the correctness standard, Taschereau J. noted that the arbitrator should have determined the true subject matter of the complaint rather than relying on its words alone (paras. 42-43). In the absence of evidence to the contrary, [TRANSLATION] “one could not find on the basis of the words . . . that the arbitrator lacked jurisdiction” (para. 44). On the contrary, he stated, “without hiding behind strict formalism, as the respondent arbitrator did”, it seemed clear that the complaint was based on s. 59 (paras. 44-48). It was in fact up to the arbitrator to rule on the complaint, although he might have to reconsider his jurisdiction in light of the evidence adduced (paras. 49-51).

B. *Grievance Arbitrator's Award*, [2009] R.J.D.T. 1439

[13] Exercising his jurisdiction in this regard, Arbitrator Ménard upheld the Union's complaint and reserved the right to determine the appropriate remedy.

III. Historique procédural du pourvoi

A. *Décisions préliminaires sur la compétence de l'arbitre de grief sur l'objet du différend (ratione materiae)*

[11] Le grief faisant l'objet du présent pourvoi est d'abord rejeté, au stade préliminaire, pour absence de compétence *ratione materiae* (*Travailleurs et travailleuses unis de l'alimentation et du commerce, section locale 503 c. Compagnie Wal-Mart du Canada — Établissement de Jonquière*, [2006] R.J.D.T. 1665 (T.A.) (M^e Jean-Guy Ménard)). Après avoir analysé le libellé de la plainte, l'arbitre Ménard conclut qu'elle « porte fondamentalement » sur des contraventions alléguées à des droits consacrés par le *Code* (par. 18-22). Dans ce contexte, l'art. 114 du *Code* ne lui laisse d'autre choix que de décliner compétence en faveur de la Commission.

[12] Cette décision est toutefois révisée par la Cour supérieure, quelques mois plus tard (*Travailleurs et travailleuses unis de l'alimentation et du commerce, section locale 503 c. Ménard*, 2007 QCCS 5704, [2008] R.J.D.T. 138). Appliquant la norme de la décision « correcte », le juge Taschereau souligne que l'arbitre aurait dû dégager l'objet véritable de la plainte plutôt que de s'attacher à son seul texte (par. 42-43). Or, en l'absence de preuve contraire, le libellé « ne permettait aucunement de conclure à l'absence de compétence de l'arbitre » (par. 44). Au contraire, d'affirmer le juge, « à moins de se retrancher derrière un formalisme strict, comme l'a fait l'arbitre intimé », il semble évident que l'art. 59 constitue l'assise de la plainte (par. 44-48). De fait, il revient à l'arbitre de statuer sur celle-ci, quitte à réévaluer sa compétence au regard de la preuve présentée (par. 49-51).

B. *Décision sur le fond de l'arbitre de grief*, [2009] R.J.D.T. 1439

[13] Compétent pour statuer, l'arbitre Ménard accueille la plainte du Syndicat et se réserve le droit d'établir la réparation appropriée.

[14] After considering all the evidence, he found first that the dispute concerned the dismissal of the employees and not, as Wal-Mart suggested, the closure of its establishment (paras. 14-17). This meant that it had to be decided whether a dismissal can violate s. 59 of the *Code* and whether the dismissal in this case was in fact such a violation.

[15] Relying on the relevant case law, Arbitrator Ménard noted that the purpose of the freeze on conditions of employment imposed by s. 59 is to protect, for a specified period of time, the right to form a union and negotiate a collective agreement. To this end, the section prohibits an employer from changing its employees' conditions of employment until that period expires. Given that this "freeze" is relative in nature, however, it does not prevent the employer from running its business as it would normally do outside the period specified in the *Code*. The employer can therefore make any changes it wishes in the management of its workforce, but only if it does so [TRANSLATION] "in accordance with criteria it established for itself before the arrival of the union in its workplace" (paras. 18-20).

[16] Moreover, he added, it is [TRANSLATION] "now accepted by judges and authors alike that a layoff or dismissal can result in a change in conditions of employment" (para. 22). As a result, the employer must justify its decision to dismiss "by proving that it was made in the ordinary course of its business" (para. 24). In the absence of some additional explanation by the employer, the fact that the closure of the establishment was a "business decision" within its exclusive authority does not on its own constitute such proof. Although it is always open to an employer to go out of business, the employer must nonetheless explain a decision to do so during the period covered by s. 59. The employer in this case did not do so (paras. 25-29).

[14] Après avoir étudié l'ensemble de la preuve, il conclut d'abord que le litige porte sur le congédiement des employés et non pas, comme le suggère Wal-Mart, sur la fermeture de son établissement (par. 14-17). Dans ce contexte, il convient de décider si, d'une part, un congédiement peut contrevenir à l'art. 59 du *Code* et si, d'autre part, le congédiement survenu en l'espèce constitue bel et bien une telle violation.

[15] S'appuyant sur la jurisprudence pertinente, l'arbitre Ménard souligne que le gel des conditions de travail imposé par l'art. 59 a pour objet de protéger le droit à la syndicalisation et à la négociation collective pendant une période déterminée. Dans cette optique, il interdit à un employeur de modifier les conditions de travail de ses employés jusqu'à l'expiration de cette période. Vu son caractère relatif, ce « gel » n'empêche toutefois pas l'employeur d'administrer son entreprise comme il le ferait normalement, à l'extérieur de la période déterminée par le *Code*. Il peut ainsi effectuer tous les changements qu'il souhaite à l'égard de la gestion de sa main-d'œuvre, mais seulement dans la mesure où il le fait « selon les paramètres qu'il s'est lui-même imposés avant la venue du syndicat chez lui » (par. 18-20).

[16] Qui plus est, ajoute-t-il, il est « maintenant acquis au plan de la jurisprudence comme de la doctrine qu'une mise à pied ou un congédiement peut donner lieu à une modification des conditions de travail » (par. 22). Dans ce contexte, l'employeur doit justifier sa décision de congédier « par la démonstration qu'elle a été prise dans le cours normal de ses opérations » (par. 24). À défaut d'explication supplémentaire de la part de l'employeur, le fait que la fermeture de l'établissement soit motivée par une « décision d'affaires » relevant exclusivement de ce dernier ne constitue pas, en soi, une telle démonstration. En effet, s'il peut toujours cesser ses activités, l'employeur s'expose tout de même, durant la période visée par l'art. 59, à devoir expliquer cette décision. Or, en l'espèce, il ne l'a pas fait (par. 25-29).

C. *Superior Court, 2010 QCCS 4743, [2010] R.J.D.T. 1118*

[17] On a motion for judicial review, the Superior Court upheld Arbitrator Ménard's award. To begin, Moulin J. reiterated that the arbitrator had jurisdiction to decide the case. In his opinion, Mr. Ménard's decision to hear the case was not only reasonable, but also correct in law. In this regard, the fact that the circumstances on which the grievance was based could give rise to various remedies did not deprive the arbitrator of his powers and jurisdiction under s. 59 of the *Code* (paras. 25-39).

[18] Applying the reasonableness standard, Moulin J. then held that, on the merits, the arbitrator's award had all the qualities that make a decision reasonable. First, in light of the case law of this Court and of the Court of Appeal, it was not unreasonable to conclude that the dismissal of all the employees of an establishment could constitute a change in their conditions of employment (paras. 47-50). Second, it was just as reasonable to ask an employer challenging the merits of a complaint to show that the change was made in the ordinary course of its business. In the absence of evidence to that effect, the arbitrator was justified in holding as he did (paras. 51-57).

D. *Court of Appeal, 2012 QCCA 903, [2012] R.J.Q. 978*

[19] Wal-Mart appealed to the Court of Appeal, which set aside the Superior Court's decision, granted the application for judicial review, annulled the arbitration award and rejected the Union's complaint. Two members of the court wrote separate reasons that led to the same result.

[20] In reasons concurred in by Gagnon J.A., Vézina J.A. first stated his view that closure does not "constitute" a change in conditions of employment. Rather, it is a termination of employment, which in his opinion falls outside even an

C. *Cour supérieure, 2010 QCCS 4743, [2010] R.J.D.T. 1118*

[17] Appelée à réviser cette décision à la suite d'une requête en révision judiciaire, la Cour supérieure confirme la décision de l'arbitre Ménard. D'abord, le juge Moulin réitère que l'arbitre avait compétence pour trancher le litige. Selon lui, la décision de M^e Ménard de se saisir de l'affaire était non seulement raisonnable, mais également correcte en droit. À ce chapitre, le fait que les éléments à la base du grief puissent donner naissance à divers recours ne saurait priver l'arbitre des pouvoirs et de la compétence que lui attribue l'art. 59 du *Code* (par. 25-39).

[18] Appliquant alors la norme de la décision raisonnable, le juge décide que, sur le fond, la sentence de l'arbitre possède tous les attributs de la rationalité. D'une part, au regard de la jurisprudence de notre Cour et de la Cour d'appel, il n'est pas déraisonnable de conclure que le licenciement de tous les salariés d'un même établissement puisse constituer une modification de leurs conditions de travail (par. 47-50). D'autre part, il est tout aussi raisonnable de demander à l'employeur qui conteste le bien-fondé de la plainte de démontrer que la modification s'inscrivait dans le cours normal de ses activités. Or, en l'absence de preuve à cet effet, l'arbitre était justifié de conclure comme il l'a fait (par. 51-57).

D. *Cour d'appel, 2012 QCCA 903, [2012] R.J.Q. 978*

[19] Saisie du pourvoi formé par Wal-Mart, la Cour d'appel infirme la décision de la Cour supérieure, accueille la demande de révision judiciaire, annule la sentence arbitrale et rejette la plainte du Syndicat. Les membres de la cour rédigent deux opinions distinctes, qui concluent, cependant, dans le même sens.

[20] Dans ses motifs, auxquels souscrit le juge Gagnon, le juge Vézina affirme d'abord que la fermeture ne « constitue » pas une modification des conditions de travail. À son avis, il s'agit plutôt d'une suppression du travail, ce qui va au-delà de

extended meaning of the concept of conditions of employment (paras. 117-19). Relying on observations made by the majority of this Court in *Plourde*, he added that, to remedy an unlawful change in conditions of employment, [TRANSLATION] “it is necessary to return to the former situation, to restore the operation of the business to how it was run before” (para. 121). However, such a “remedy is not possible . . . given that no one can be forced to continue operating a business, no matter what his or her reasons for closing it might be” (para. 122). Before dismissing the proceeding under s. 59, however, he pointed out that there was nothing to prevent the employees from filing a complaint alleging a violation of ss. 12 and 14 of the *Code* with the Commission (paras. 124-27).

[21] Unlike his colleagues, Léger J.A. considered both the arbitrator’s jurisdiction and the validity of his award (para. 9). In his view, the standard that applies when a superior court reviews the exercise of an arbitrator’s power to rule on a complaint based on s. 59 of the *Code* is not reasonableness, but correctness (paras. 50-57). Having said this, however, he held that the arbitrator had not erred in taking jurisdiction in this case. Nor did the fact that the employees could obtain other remedies by means of a complaint to the Commission have the effect of depriving the arbitrator of his powers and jurisdiction under ss. 59 and 100.10 of the *Code* (paras. 65-74).

[22] On the merits, however, Léger J.A. found that the arbitrator’s reasoning [TRANSLATION] “[was] so incoherent” that he could not find it to have the qualities that make a decision reasonable (para. 84). First of all, it was contradictory to find that the employer had the power to close its business while at the same time accepting that the continuation of the employment relationship was a condition of employment (paras. 96-97). Moreover, by upholding the complaint, the arbitrator was adding to the employees’ conditions of employment, which was incompatible with the very concept of a statutory freeze (paras. 98-100). The arbitrator’s award was therefore unreasonable.

l’acceptation, même élargie, de la notion de conditions de travail (par. 117-119). S’appuyant sur des commentaires de la majorité de notre Cour dans l’arrêt *Plourde*, il ajoute que pour remédier à une modification illégale des conditions de travail, « il faut revenir à la situation antérieure, restaurer l’exploitation comme par le passé » (par. 121). Or, une telle « réparation n’est pas possible dû au fait que nul ne peut être forcé de continuer l’exploitation d’une entreprise, quels que soient ses motifs pour y mettre fin » (par. 122). Avant de rejeter le recours intenté en vertu de l’art. 59, il signale toutefois que rien n’empêche les employés d’invoquer devant la Commission la violation des art. 12 et 14 du *Code* (par. 124-127).

[21] Contrairement à ses collègues, le juge Léger se prononce à la fois sur la compétence de l’arbitre et sur la validité de sa décision (par. 9). Selon lui, ce n’est pas la norme de la décision raisonnable, mais bien celle de la décision correcte qui s’applique lorsqu’une cour supérieure contrôle l’exercice par un arbitre de son pouvoir de statuer sur une plainte fondée sur l’art. 59 du *Code* (par. 50-57). Exception faite de cette réserve, il décide toutefois que l’arbitre ne s’est pas trompé en s’attribuant compétence dans le cas qui nous occupe. D’ailleurs, le fait que les employés disposaient d’autres recours devant la Commission n’a pas pour effet de priver l’arbitre des pouvoirs et de la compétence qu’il possède en vertu des art. 59 et 100.10 du *Code* (par. 65-74).

[22] Sur le fond, cependant, le juge Léger estime que le raisonnement de l’arbitre « laisse voir une incohérence telle » qu’il ne peut y trouver les attributs de la rationalité (par. 84). D’une part, il est contradictoire de reconnaître à l’employeur le pouvoir de fermer son entreprise, tout en admettant que le maintien du lien d’emploi constitue une condition de travail (par. 96-97). D’autre part, en accueillant la plainte, l’arbitre se trouve à bonifier les conditions d’emploi, ce qui contrevient au concept même de gel imposé par la loi (par. 98-100). Dans ce contexte, la décision de l’arbitre est donc déraisonnable.

IV. Analysis

A. *Issues*

[23] This appeal raises a series of issues concerning the nature and scope of s. 59 of the *Code*, as well as its applicability where a business is closed either completely or in part. Thus, the Court must decide whether s. 59 can be used to challenge the resiliation of the contracts of employment of all the employees of an establishment. If it can be so used, the Court must also decide whether the arbitrator rendered an unreasonable award in concluding that, in this case, the resiliations constituted an unlawful change in conditions of employment.

B. *Positions of the Parties and the Intervenors*

[24] The Union agrees with Arbitrator Ménard's award and argues that the Court of Appeal erred in law in finding that s. 59 of the *Code* does not apply in the context of the closure of an establishment. In essence, the Union submits, the Court of Appeal's decision was based on a misinterpretation of the *Code* and a misreading of this Court's decisions in *Place des Arts* and *Plourde*. If the Court of Appeal had adopted an interpretation consistent with the language and the context of s. 59, then it should have concluded that the closure of the Jonquière store did not preclude the application of that provision.

[25] According to the Union, not only is it well established that dismissal may constitute a change in conditions of employment, but the employer in the instant case has produced no evidence to justify that change. In the absence of evidence that would support a conclusion that the employer's decision was made in the ordinary course of its business, the change was unlawful. Moreover, the words of s. 59, unlike those of s. 15, contain no indication that the only possible remedy is to reinstate the employees affected by the unjustified change. They say nothing to prevent the arbitrator from ordering reparation by equivalence. Finally, the Union adds, this conclusion is consistent not only with the language and context of s. 59, but also with that section's

IV. Analyse

A. *Les questions en litige*

[23] Le pourvoi soulève une série de questions relatives tant à la nature et la portée de l'art. 59 du *Code* qu'à son applicabilité en cas de fermeture totale ou partielle d'une entreprise. La Cour doit en conséquence décider si cette disposition peut être invoquée pour contester la résiliation de l'ensemble des contrats de travail des employés d'un établissement. Dans l'affirmative, elle doit également décider si l'arbitre a rendu une décision déraisonnable en concluant que, en l'espèce, ces résiliations constituent une modification illégale des conditions de travail.

B. *Les positions des parties et des intervenants*

[24] Souscrivant à la décision de l'arbitre Ménard, le Syndicat soutient que la Cour d'appel a commis une erreur de droit en concluant à l'inapplicabilité de l'art. 59 du *Code* au scénario de fermeture d'établissement. Pour l'essentiel, sa décision reposerait sur une mauvaise interprétation du *Code* et sur une lecture erronée des décisions de la Cour dans les affaires *Place des Arts* et *Plourde*. Si elle avait adopté une interprétation conforme au texte et au contexte de l'art. 59, la Cour d'appel aurait dû conclure que la fermeture du magasin de Jonquière n'empêchait pas l'application de cette disposition.

[25] D'une part, plaide le Syndicat, non seulement est-il reconnu que le congédiement peut constituer une modification des conditions de travail, mais l'employeur n'a en outre présenté aucune preuve pour justifier cette modification. Or, en l'absence d'éléments permettant à l'arbitre de conclure que la décision de l'employeur avait été prise dans le cours normal de ses affaires, la modification est illégale. D'autre part, contrairement à l'art. 15, rien dans le texte de l'art. 59 n'indique que la seule réparation possible soit la réintégration des employés touchés par la modification injustifiée. En effet, rien n'empêche l'arbitre d'octroyer une réparation par équivalence. Finalement, ajoute le Syndicat, déjà conforme au texte et au contexte de l'art. 59, cette conclusion

objectives: it precludes the employer from taking measures that might hinder the formation of a union and the negotiation of a collective agreement, while favouring the effective exercise of the right of association.

[26] In response, Wal-Mart argues that the Court of Appeal's decision is well founded in law. The application of s. 59 presupposes the existence of an ongoing business, since, where such a business no longer exists, there is no longer an employment relationship or a condition of employment, nor is there a balance to be maintained between the parties. In every case, the arbitrator's role is limited to restoring the situation that existed before the change. Given that the arbitrator has no power to compel a business to reopen, there is simply nothing the arbitrator can do. In any event, Wal-Mart adds, dismissals resulting from the permanent closure of a business do not constitute a change in conditions of employment. Since an employer has the right to close its business without having to justify its action, continued employment cannot be a condition of employment. Furthermore, since the sole purpose of s. 59 is to maintain the employees' conditions of employment, this section does not have the effect of creating conditions that did not exist before the petition for certification was filed. Dismissal cannot therefore constitute a change in conditions of employment.

[27] Three of the four interveners, supporting Wal-Mart's position, add that the role of s. 59 is not to regulate the closure of businesses. Instead, in Quebec, as elsewhere in Canada, it is the provisions on unfair practices that apply in cases involving closure. As a result, s. 59 is quite simply not the appropriate mechanism for remedying the consequences of the closure of an establishment. In contrast, the fourth intervener argues that the other remedies provided for in the *Code* are complementary. Section 59 and the broad remedial powers conferred on arbitrators by the *Code* can therefore be used by employees to obtain compensation in a case involving an unjustified closure. Section 59, which establishes a substantive legal rule, must also be interpreted in light of the principle of full

respecte aussi les objectifs de cette disposition. En effet, elle empêche l'employeur de recourir à des moyens susceptibles d'entraver la création d'un syndicat et la négociation d'une convention collective, tout en favorisant l'exercice effectif du droit d'association.

[26] En réponse, Wal-Mart plaide que la décision de la Cour d'appel est bien fondée en droit. En effet, l'application de l'art. 59 présuppose l'existence d'une entreprise active, car, dans le cas contraire, il n'existe plus de relation ou de condition de travail ni d'équilibre à maintenir entre les parties. Dans tous les cas, le rôle de l'arbitre se limite à rétablir la situation qui existait avant la modification. En l'absence du pouvoir de forcer la réouverture de l'entreprise, l'arbitre est simplement impuissant. Quoi qu'il en soit, ajoute Wal-Mart, les licenciements découlant de la fermeture définitive d'une entreprise ne constituent pas une modification des conditions de travail. Comme un employeur a le droit de fermer son entreprise sans être tenu de se justifier, le maintien en emploi ne peut constituer une condition de travail. D'ailleurs, étant donné que le seul objet de l'art. 59 demeure le maintien des conditions de travail des employés, cette disposition n'a pas pour effet de créer des conditions qui n'existaient pas avant le dépôt de la requête en accréditation. Par conséquent, le licenciement ne saurait constituer une modification des conditions de travail.

[27] Se rangeant derrière la position de Wal-Mart, trois des quatre intervenants précisent que l'art. 59 n'a pas pour fonction de réguler la fermeture des entreprises. Au Québec, comme ailleurs au Canada, ce sont plutôt les dispositions sur les pratiques déloyales qui s'appliquent en cas de fermeture. Dans ce contexte, l'art. 59 ne serait tout bonnement pas le mécanisme approprié pour régler les conséquences de la fermeture d'un établissement. À l'opposé, le quatrième intervenant soutient que les autres recours qu'offre le *Code* sont complémentaires. À ce titre, l'art. 59 et les larges pouvoirs de redressement conférés à l'arbitre par le *Code* peuvent permettre aux employés d'obtenir réparation en cas de fermeture injustifiée. L'article 59, qui édicte une norme de droit substantiel, doit par

compensation that applies both in our domestic law and in international law.

C. *Section 59: Nature and Interpretation*

[28] Since the mechanism for freezing conditions of employment now codified in s. 59 of the *Code* was adopted, the interpretation of that section has been the subject of much discussion. The diversity of judicial opinions on this subject has created uncertainty in some areas that I wish to discuss in relation to this case. In this regard, I will review the section's legislative context, objectives and role first, before discussing the conditions under which it applies. Finally, I will comment briefly on the powers available under the section to an arbitrator who must determine whether it applies.

(1) Legislative Context, Objectives and Role of Section 59

[29] The substance of what is now the first paragraph of s. 59 of the *Code* was originally found at the end of s. 24(1) of the *Labour Relations Act*, R.S.Q. 1941, c. 162A, in a division entitled "Forbidden Practices" ("*1944 Act*"). This Act was inserted into the revised statutes in 1944 by the *Act to constitute a Labour Relations Board*, S.Q. 1944, c. 30. Inspired by a U.S. law generally known as the *Wagner Act (National Labor Relations Act, 49 Stat. 449 (1935))*, the *1944 Act* codified [TRANSLATION] "a partially new conception of labour-management relations" while at the same time introducing "profound changes" into the law then in force (M.-L. Beaulieu, *Les Conflits de Droit dans les Rapports Collectifs du Travail* (1955), at pp. 175-79). It gave employees a right of association, established a bargaining process, imposed on the parties a duty to bargain in good faith and prohibited various types of unfair practices (M. G. Bergeron, "La procédure de négociation et le recours à la grève ou au lock-out", in *Le Code du Travail du Québec (1965): le XX^e congrès des relations industrielles de l'Université Laval* (1965), 135, at pp. 136-39).

ailleurs être interprété à la lumière du principe de la restitution intégrale que reconnaissent tant notre droit national que le droit international.

C. *L'article 59 : nature et interprétation*

[28] L'interprétation du mécanisme de gel des conditions de travail que codifie aujourd'hui l'art. 59 du *Code* a fait couler beaucoup d'encre depuis l'adoption de cette disposition. La diversité des opinions prétoriennes sur le sujet a créé certaines zones d'incertitude que je me propose d'examiner en l'espèce. Pour ce faire, je reviendrai d'abord sur le contexte législatif de l'article, ses objectifs et sa fonction, puis sur ses conditions d'application. Enfin, je commenterai brièvement les pouvoirs que cette disposition accorde à l'arbitre chargé d'en vérifier l'applicabilité.

(1) Contexte législatif, objectifs et fonction de l'art. 59

[29] L'essentiel de ce qui constitue aujourd'hui le texte du premier alinéa de l'art. 59 du *Code* fut d'abord intégré à la fin du par. 24(1) de la *Loi des relations ouvrières*, S.R.Q. 1941, ch. 162A, dans la section des « pratiques interdites » (« *Loi de 1944* »). Cette loi a été insérée dans les statuts refondus en 1944 par la *Loi instituant une commission de relations ouvrières*, S.Q. 1944, ch. 30. Inspirée d'une loi américaine généralement connue comme le *Wagner Act (National Labor Relations Act, 49 Stat. 449 (1935))*, la *Loi de 1944* a codifié « une conception en partie nouvelle des relations patronales-ouvrières », tout en entraînant « de profondes modifications » au droit alors en vigueur (M.-L. Beaulieu, *Les Conflits de Droit dans les Rapports Collectifs du Travail* (1955), p. 175-179). Cette loi a reconnu aux salariés le droit d'association, créé un processus de négociation, imposé aux parties le devoir de négocier de bonne foi et interdit différents types de pratiques déloyales (M. G. Bergeron, « La procédure de négociation et le recours à la grève ou au lockout », dans *Le Code du Travail du Québec (1965) : le XX^e congrès des relations industrielles de l'Université Laval* (1965), 135, p. 136-139).

[30] Although the *1944 Act* was an important step in the development of labour relations in Quebec, it failed to adequately protect the exercise of the rights it affirmed (Bergeron, at p. 137). As a result, 20 years after it was enacted, it was replaced by the first version of the *Labour Code* (R.S.Q. 1964, c. 141). The objective of that code, which was the product of a wide-ranging synthesis, was to establish a general scheme applicable to all labour relations (R. P. Gagnon, L. LeBel and P. Verge, *Droit du travail en vigueur au Québec* (1971), at p. 82; G. Hébert, “Trends in the New Quebec Labour Code” (1965), 20 *I.R.* 61, at p. 62).

[31] The *Code* was more comprehensive than the *1944 Act*, and was divided into nine chapters set out in a logical order based on events in which an association would be involved. In that codification, the “Forbidden Practices” division of the *1944 Act* disappeared and its various sections were redistributed. Because of the link between s. 24(1) and the collective bargaining process, the substance of that provision was naturally incorporated into the chapter entitled “Collective Agreements”.

[32] In the years that followed the enactment of the *Code*, recognition of this link between the prohibition codified in s. 59 of today’s *Code* and the “Collective Agreements” chapter led some to express the opinion that the section’s purpose was to maintain a certain balance, or even the *status quo*, during the negotiation of a collective agreement. For example, shortly after the new *Code* came into force, Judge Melançon of the Labour Court stated that [TRANSLATION] “[i]n our opinion, the purpose of this section of the Labour Code is to ensure that the balance that existed between the parties before the petition for certification was filed . . . is maintained . . . until one of the parties acquires the right to strike or the right to lock out . . .”: *La Reine v. Harricana Metal Inc.*, [1970] T.T. 97, at p. 99.

[33] Adopting this logic in his reasons in the instant case, Léger J.A. wrote that [TRANSLATION] “the purpose of section 59 is to strike a balance during a clearly defined period of time, that is, throughout the bargaining process” (para. 58). With respect,

[30] Étape importante dans l’aménagement des relations de travail au Québec, la *Loi de 1944* s’avèrera toutefois incapable de protéger adéquatement l’exercice des droits qu’elle proclamait (Bergeron, p. 137). Dans ce contexte, 20 ans après son édicition, elle sera remplacée par la toute première version du *Code du travail* (S.R.Q. 1964, ch. 141). Résultat d’un travail de synthèse important, l’adoption de ce code aura pour objectif d’établir un régime général applicable à l’ensemble des relations de travail (R. P. Gagnon, L. LeBel et P. Verge, *Droit du travail en vigueur au Québec* (1971), p. 82; G. Hébert, « Le Code du travail du Québec : Principales orientations » (1965), 20 *R.I.* 52, p. 54).

[31] Plus étoffé que la *Loi de 1944*, le *Code* sera divisé en neuf chapitres, qui suivent l’ordre logique et évolutif de la vie associative. À l’occasion de cette codification, la section des « pratiques interdites » de la *Loi de 1944* disparaîtra, et ses différents articles seront redistribués. En raison du lien entre le par. 24(1) et le processus de négociation collective, l’essentiel du texte de cette disposition se retrouvera alors naturellement intégré au chapitre « De la convention collective ».

[32] Dans les années qui ont suivi l’adoption du *Code*, la constatation de ce rattachement de la prohibition aujourd’hui codifiée à l’art. 59 du *Code* au chapitre « De la convention collective » amènera certains à formuler l’opinion que l’objectif de cette disposition serait d’assurer le maintien d’un certain équilibre, voire du « statu quo », durant la négociation de la convention collective. À titre d’exemple, au lendemain de l’entrée en vigueur du nouveau *Code*, le juge Melançon du Tribunal du travail affirmera que « [l]’esprit de cet article du Code du travail vise, à notre avis, à maintenir entre les parties l’équilibre qui existait [. . .] avant le dépôt de la requête en accréditation [. . .] jusqu’à l’acquisition par l’une ou l’autre des parties du droit à la grève et au “lock-out” . . . » : *La Reine c. Harricana Metal Inc.*, [1970] T.T. 97, p. 99.

[33] Reprenant cette logique à son compte, dans le jugement que nous discutons, le juge Léger écrit que « l’objectif de l’article 59 est de créer un équilibre pendant une période bien définie, c’est-à-dire pendant tout le processus de négociations »

I cannot agree with this conclusion. I have difficulty finding that the legislature's objective in enacting this section was purely procedural. Frankly, I do not see how maintaining the *status quo* or striking a *balance* can be a legislative objective in itself. Rather, the objective lies in what might flow from the preservation of this balance.

[34] In my opinion, the purpose of s. 59 in circumscribing the employer's powers is not merely to strike a balance or maintain the *status quo*, but is more precisely to facilitate certification and ensure that in negotiating the collective agreement the parties bargain in good faith (Bergeron, at pp. 142 and 147; F. Morin, *Le Code du travail: sa nature, sa portée, ses effets* (1971), at pp. 16-17; *Club coopératif de consommation d'Amos v. Union des employés de commerce, section locale 508*, [1985] AZ-85141201 (T.A.), at pp. 11-12; *Association des juristes de l'État v. Commission des valeurs mobilières du Québec*, [2003] R.J.D.T. 579 (T.A.), at para. 71).

[35] The "freeze" on conditions of employment codified by this statutory provision limits the use of the primary means otherwise available to an employer to influence its employees' choices: its power to manage during a critical period (see G. W. Adams, *Canadian Labour Law* (2nd ed. (loose-leaf)), vol. 2, at p. 10-80.3; B. W. Burkett et al., eds., *Federal Labour Law and Practice* (2013), at p. 171). By circumscribing the employer's unilateral decision-making power in this way, the "freeze" limits any influence the employer might have on the association-forming process, eases the concerns of employees who actively exercise their rights, and facilitates the development of what will eventually become the labour relations framework for the business.

[36] In this context, it is important to recognize that the true function of s. 59 is to foster the exercise of the right of association: F. Morin et al., *Le droit de l'emploi au Québec* (4th ed. 2010), at pp. 1122-23 (see also A. C. Côté, "Le gel statutaire des conditions de travail" (1986), 17 *R.G.D.* 151, at p. 152; *Coopérative étudiante Laval v. Syndicat des*

(par. 58). Avec égards, je ne suis pas convaincu de l'exactitude de cette conclusion. En effet, il est difficile de conclure que l'objectif que poursuivait le législateur en édictant cette disposition demeurerait d'ordre purement procédural. À vrai dire, je conçois fort mal que la recherche du *statu quo* ou de l'*équilibre* puisse constituer un objectif législatif en soi. L'objectif se retrouve plutôt dans ce que la préservation de cet équilibre permet.

[34] À mon avis, en encadrant les pouvoirs de l'employeur, l'art. 59 ne vise pas seulement à créer un équilibre ni à assurer le statu quo, mais plus exactement à faciliter l'accréditation et à favoriser entre les parties la négociation de bonne foi de la convention collective (Bergeron, p. 142 et 147; F. Morin, *Le Code du travail : sa nature, sa portée, ses effets* (1971), p. 16-17; *Club coopératif de consommation d'Amos c. Union des employés de commerce, section locale 508*, [1985] AZ-85141201 (T.A.), p. 11-12; *Association des juristes de l'État c. Commission des valeurs mobilières du Québec*, [2003] R.J.D.T. 579 (T.A.), par. 71).

[35] En effet, le « gel » des conditions de travail que codifie cette disposition législative limite l'utilisation du moyen principal dont disposerait autrement l'employeur pour influencer les choix de ses employés : son pouvoir de gestion au cours d'une période critique (voir G. W. Adams, *Canadian Labour Law* (2^e éd. (feuilles mobiles)), vol. 2, p. 10-80.3; B. W. Burkett et autres, dir., *Federal Labour Law and Practice* (2013), p. 171). Or, en limitant ainsi le pouvoir de décision unilatérale de l'employeur, le « gel » restreint l'influence potentielle de celui-ci sur le processus associatif, diminue les craintes des employés qui exercent activement leurs droits et facilite le développement de ce qui deviendra éventuellement le cadre des relations de travail au sein de l'entreprise.

[36] Dans ce contexte, il importe de reconnaître la fonction véritable de l'art. 59, qui consiste à favoriser l'exercice du droit d'association : F. Morin et autres, *Le droit de l'emploi au Québec* (4^e éd. 2010), p. 1122-1123 (voir aussi A. C. Côté, « Le gel statutaire des conditions de travail » (1986), 17 *R.G.D.* 151, p. 152; *Coopérative étudiante Laval c.*

travailleurs(euses) de la coopérative étudiante Laval, [1984] AZ-84141225 (T.A.), at p. 22; *Association du personnel administratif et professionnel de l'Université Laval (APAPUL) v. Syndicat des employés de l'Université Laval (SCFP), section locale 2500*, [1985] AZ-85142069 (T.A.), at pp. 43-44; *Plastalène Corp. v. Syndicat des salariés de Plastalène (C.S.D.)*, [1990] AZ-90141158 (T.A.); *Union des routiers, brasseries, liqueurs douces & ouvriers de diverses industries (Teamsters, Local 1999) v. Quality Goods I.M.D. Inc.*, [1990] AZ-90141179 (T.A.), at p. 6; *Syndicat des salarié-e-s de la Guilde des musiciens du Québec v. Guilde des musiciens du Québec*, [1998] AZ-98141137 (T.A.), at p. 11, aff'd 2001 CanLII 38640 (Que. C.A.); *Travailleurs et travailleuses de l'alimentation et du commerce, section locale 501 v. Wal-Mart Canada (St-Hyacinthe)*, [2010] AZ-50688504 (T.A.), at para. 80).

[37] By codifying a mechanism designed to facilitate the exercise of the right of association, s. 59 thus creates more than a mere procedural guarantee. In a way, this section, by imposing a *duty* on the employer not to change how the business is managed at the time the union arrives, gives employees a substantive *right* to the maintenance of their conditions of employment during the statutory period. This being said, it is the employees, as the holders of that right, who must ensure that it is not violated.

(2) Conditions for the Application of Section 59, Paragraph 1

[38] I wish to note first that, since s. 59 is not directly concerned with the punishment of anti-union conduct, the prohibition for which it provides will apply regardless of whether it is proven that the employer's decision was motivated by anti-union animus (*Union des routiers, brasseries, liqueurs douces & ouvriers de diverses industries; Syndicat des employé-es de SPC Automation (CSN) v. SPC Automation Inc.*, [1994] T.A. 718; *Société des casinos du Québec inc. v. Syndicat des employé(e)s de la Société des casinos du Québec*, [1996] AZ-96142008 (T.A.); *Sobey's inc. (N° 650) v. Syndicat des travailleurs et travailleuses de Sobey's de*

Syndicat des travailleurs(euses) de la coopérative étudiante Laval, [1984] AZ-84141225 (T.A.), p. 22; *Association du personnel administratif et professionnel de l'Université Laval (APAPUL) c. Syndicat des employés de l'Université Laval (SCFP), section locale 2500*, [1985] AZ-85142069 (T.A.), p. 43-44; *Plastalène Corp. c. Syndicat des salariés de Plastalène (C.S.D.)*, [1990] AZ-90141158 (T.A.); *Union des routiers, brasseries, liqueurs douces & ouvriers de diverses industries (Teamsters, Local 1999) c. Quality Goods I.M.D. Inc.*, [1990] AZ-90141179 (T.A.), p. 6; *Syndicat des salarié-e-s de la Guilde des musiciens du Québec c. Guilde des musiciens du Québec*, [1998] AZ-98141137 (T.A.), p. 11, conf. par 2001 CanLII 38640 (C.A. Qué.); *Travailleurs et travailleuses de l'alimentation et du commerce, section locale 501 c. Wal-Mart Canada (St-Hyacinthe)*, [2010] AZ-50688504 (T.A.), par. 80).

[37] En codifiant un mécanisme destiné à faciliter la mise en œuvre du droit d'association, l'art. 59 crée donc plus qu'une simple garantie de nature procédurale. Pour ainsi dire, en imposant à l'employeur le *devoir* de ne pas modifier le cadre normatif existant dans l'entreprise au moment de l'arrivée du syndicat, cette disposition reconnaît aux employés un *droit* substantiel au maintien de leurs conditions de travail durant la période prévue par la loi. Ceci étant dit, puisque les employés sont titulaires de ce droit, il leur appartient de veiller à sa mise en œuvre.

(2) Les conditions d'application de l'art. 59, al. 1

[38] Comme l'art. 59 ne vise pas directement à punir un comportement antisyndical, je tiens d'abord à souligner qu'une preuve indiquant que la décision de l'employeur est motivée par un quelconque *animus* antisyndical n'est pas nécessaire pour que s'applique la prohibition édictée par cet article (*Union des routiers, brasseries, liqueurs douces & ouvriers de diverses industries; Syndicat des employé-es de SPC Automation (CSN) c. SPC Automation Inc.*, [1994] T.A. 718; *Société des casinos du Québec inc. c. Syndicat des employé(e)s de la Société des casinos du Québec*, [1996] AZ-96142008 (T.A.); *Sobey's inc. (N° 650) c. Syndicat*

Baie-Comeau (CSN), [1996] AZ-96141261 (T.A.); *Association des juristes de l'État v. Conseil du Trésor*, 1999 CanLII 5144 (T.A.); *Centre de la petite enfance Casse-Noisette inc. v. Syndicat des travailleuses(eurs) en garderie de Montréal — CSN*, [2000] R.J.D.T. 1859 (T.A.); *Association des juristes de l'État v. Commission des valeurs mobilières du Québec*; Côté, at p. 156). The essential question in applying s. 59 is whether the employer *unilaterally* changed its employees' conditions of employment *during the period of the prohibition*.

[39] As a result, s. 59 requires that the union representing the employees prove that a unilateral change has been made. To discharge this burden, the union must show: (1) that a condition of employment existed on the day the petition for certification was filed or a previous collective agreement expired; (2) that the condition was changed without its consent; and (3) that the change was made between the start of the prohibition period and either the first day the right to strike or to lock out was exercised or the day an arbitration award was handed down, as the case may be. In the instant case, the first two of these facts are disputed by the employer.

(a) *Continuation of the Employment Relationship as a Condition of Employment*

[40] The “condition of employment” concept has been given a large and liberal interpretation since this Court's decision in *Syndicat catholique des employés de magasins de Québec Inc. v. Compagnie Paquet Ltée.*, [1959] S.C.R. 206, at pp. 211-12; see also *Société des casinos du Québec inc.*, at pp. 14-15; *Syndicat des travailleurs et des travailleuses des épiciers unis Métro-Richelieu (C.S.N.) v. Lefebvre*, 1996 CanLII 5705 (Que. C.A.), at p. 19; *Automobiles Canbec inc. v. Hamelin*, 1998 CanLII 12602 (Que. C.A.); *Séminaire de la Très Sainte-Trinité v. Tremblay*, [1991] R.J.Q. 428 (Sup. Ct.), at pp. 433-34; *Sobey's inc. (N° 650)*, at p. 11; *Association des juristes de l'État v. Conseil du Trésor*, at p. 15; *Centre de la petite enfance Casse-Noisette inc.*; *Association des juristes de l'État v. Commission des valeurs mobilières du Québec*, at

des travailleurs et travailleuses de Sobey's de Baie-Comeau (CSN), [1996] AZ-96141261 (T.A.); *Association des juristes de l'État c. Conseil du Trésor*, 1999 CanLII 5144 (T.A.); *Centre de la petite enfance Casse-Noisette inc. c. Syndicat des travailleuses(eurs) en garderie de Montréal — CSN*, [2000] R.J.D.T. 1859 (T.A.); *Association des juristes de l'État c. Commission des valeurs mobilières du Québec*; Côté, p. 156). En effet, la question essentielle dans la mise en œuvre de l'art. 59 consiste à décider si l'employeur a modifié *unilatéralement* les conditions de travail de ses employés *durant la période prohibée*.

[39] En conséquence, selon l'art. 59, la preuve d'une modification unilatérale revient au syndicat représentant les employés. Pour se décharger de ce fardeau, ce dernier devra démontrer : (1) qu'une condition de travail existait au jour du dépôt de la requête en accréditation ou de l'expiration d'une convention collective antérieure; (2) que cette condition a été modifiée sans son consentement; (3) que cette modification est survenue entre le début de la période prohibée et, selon le cas, le premier jour d'exercice du droit de grève ou de lock-out, ou encore le jour où a été rendue une sentence arbitrale. Dans l'affaire qui nous occupe, les deux premiers éléments sont contestés par l'employeur.

a) *Le maintien du lien d'emploi comme condition de travail*

[40] La notion de condition de travail a toujours été interprétée de manière large et libérale depuis l'arrêt prononcé par notre Cour dans *Syndicat catholique des employés de magasins de Québec Inc. c. Compagnie Paquet Ltée.*, [1959] R.C.S. 206, p. 211-212; voir aussi *Société des casinos du Québec inc.*, p. 14-15; *Syndicat des travailleurs et des travailleuses des épiciers unis Métro-Richelieu (C.S.N.) c. Lefebvre*, 1996 CanLII 5705 (C.A. Qué.), p. 19; *Automobiles Canbec inc. c. Hamelin*, 1998 CanLII 12602 (C.A. Qué.); *Séminaire de la Très Sainte-Trinité c. Tremblay*, [1991] R.J.Q. 428 (C.S.), p. 433-434; *Sobey's inc. (N° 650)*, p. 11; *Association des juristes de l'État c. Conseil du Trésor*, p. 15; *Centre de la petite enfance Casse-Noisette inc.*; *Association des juristes de l'État c. Commission des valeurs mobilières du Québec*,

pp. 598-99; Gagnon, LeBel and Verge, at pp. 236-39; F. Morin and R. Blouin, with J.-Y. Brière and J.-P. Villaggi, *Droit de l'arbitrage de grief* (6th ed. 2012), at p. 202.

[41] Thus, the “condition of employment” concept is a flexible one that encompasses [TRANSLATION] “anything having to do with the employment relationship on either an individual or a collective level” (Morin et al., at p. 1161; *Pakenham v. Union des vendeurs d'automobiles et employés auxiliaires, section locale 1974, UFCW*, [1983] T.T. 189, at pp. 193-94; *Centre de la petite enfance Casse-Noisette inc.*). This flexibility led the Quebec courts to hold long ago that, in the context of a contract of employment for an indeterminate term, continuation of the employment relationship constitutes a condition of employment (Morin and Blouin, at p. 202; *Pakenham*, at pp. 202-4; *Union des employés de commerce, local 500 v. Provost inc.*, [1981] S.A.G. 732; *Scierie Béarn v. Syndicat des employés(es) de bureau Scierie Béarn*, [1988] AZ-88141194 (T.A.); *Séminaire de la Très Sainte-Trinité; Syndicat des employés de la Commission scolaire du Haut St-Maurice v. Rondeau*, [1993] R.J.Q. 65 (C.A.), at p. 68 *a contrario*; *Union des employé-e-s de service, local 800 v. 2162-5199 Québec Inc.*, [1994] T.A. 16).

[42] The condition of continued employment is implicitly incorporated into the contract of employment and need not be expressly stipulated. The essence of every contract is that it requires each party to perform its obligations as long as the other party does so and no other recognized cause of extinction of obligations occurs (art. 1458, para. 1 and art. 1590, para. 1 of the *Civil Code of Québec* (“C.C.Q.”), see D. Lluelles and B. Moore, *Droit des obligations* (2nd ed. 2012), at para. 1969). The law applicable to contracts of employment does not stray from this principle in providing that where a contract is resiliated, a “serious reason” (art. 2094 C.C.Q.) or “good and sufficient cause” (s. 124 A.L.S.) must be shown, or reasonable notice must be given (art. 2091 C.C.Q. and s. 82 A.L.S.). Absent one of these justifications, the employer is bound by an obligation to continue employing the employee. This principle is all the more fundamental in our

p. 598-599; Gagnon, LeBel et Verge, p. 236-239; F. Morin et R. Blouin, avec la collaboration de J.-Y. Brière et J.-P. Villaggi, *Droit de l'arbitrage de grief* (6^e éd. 2012), p. 202.

[41] La notion de condition de travail représente donc une expression flexible, qui englobe « tout ce qui a trait à la relation d'emploi, tant sur le plan individuel que collectif » (Morin et autres, p. 1161; *Pakenham c. Union des vendeurs d'automobiles et employés auxiliaires, section locale 1974, UFCW*, [1983] T.T. 189, p. 193-194; *Centre de la petite enfance Casse-Noisette inc.*). S'appuyant sur cette flexibilité, la jurisprudence québécoise reconnaît depuis longtemps que, dans le contexte du contrat de travail à durée indéterminée, le maintien du lien d'emploi constitue une condition de travail (Morin et Blouin, p. 202; *Pakenham*, p. 202-204; *Union des employés de commerce, local 500 c. Provost inc.*, [1981] S.A.G. 732; *Scierie Béarn c. Syndicat des employés(es) de bureau Scierie Béarn*, [1988] AZ-88141194 (T.A.); *Séminaire de la Très Sainte-Trinité; Syndicat des employés de la Commission scolaire du Haut St-Maurice c. Rondeau*, [1993] R.J.Q. 65 (C.A.), p. 68 *a contrario*; *Union des employé-e-s de service, local 800 c. 2162-5199 Québec Inc.*, [1994] T.A. 16).

[42] La condition du maintien du lien d'emploi est intégrée de manière implicite au contrat de travail, sans qu'il soit nécessaire de la stipuler expressément. En effet, c'est le propre de tout contrat que d'obliger chacune des parties à exécuter ses prestations, tant et aussi longtemps que l'autre en fait autant ou que n'intervient pas une autre cause reconnue d'extinction des obligations (art. 1458, al. 1 et art. 1590, al. 1 du *Code civil du Québec* (« C.c.Q. »); voir D. Lluelles et B. Moore, *Droit des obligations* (2^e éd. 2012), par. 1969). En soumettant la résiliation du contrat à la démonstration d'un « motif sérieux » (art. 2094 C.c.Q.) ou d'une « cause juste et suffisante » (art. 124 L.n.t.) ou à la communication d'un avis raisonnable (art. 2091 C.c.Q. et art. 82 L.n.t.), le droit applicable au contrat de travail ne fait pas exception à ce principe. Jusqu'à ce que survienne un de ces cas, l'employeur se trouve lié par une obligation de maintenir le salarié

modern society, because the systemic importance of work means that the vast majority of employees are completely dependent on their jobs (in this regard, see *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313, at p. 368; *Delisle v. Canada (Deputy Attorney General)*, [1999] 2 S.C.R. 989, at para. 66; *U.F.C.W., Local 1518 v. KMart Canada Ltd.*, [1999] 2 S.C.R. 1083, at para. 25; *Isidore Garon ltée v. Tremblay*, 2006 SCC 2, [2006] 1 S.C.R. 27, at para. 35). In this context, it can be said that such employees have a reasonable expectation that their employer will not terminate their employment except to the extent and in the circumstances provided for by law.

[43] Whether it is based on the *Civil Code*, on labour legislation or on the implicit content of a contract of employment, this right to continued employment is therefore always the basis for a condition of employment for employees (art. 1434 *C.C.Q.*). However, this condition is not absolute. The employer retains at all times the power to manage its business, and this includes the power to resiliate the contract of employment of one or more of its employees for “legitimate reasons” (economic, disciplinary, etc.) or upon “sufficient” notice of termination.

[44] Section 59 does not change this factual and legal situation. Like any other condition of employment, maintenance of the employment relationship remains a condition but is nevertheless subject to the employer’s exercise of its management power. Therefore, in the words of Deschamps J.A., as she then was, [TRANSLATION] “although dismissal is not, strictly speaking, a condition of employment, the condition of continued employment, and thus the protection against dismissal without a good and sufficient reason, can be included in the conditions of employment covered by section 59 L.C.”: *Automobiles Canbec inc.*, at p. 13.

[45] In extending the conditions and powers that exist at the time the petition for certification is filed, s. 59 does not make them different in degree. Although continuation of the employment relationship remains a condition of employment, that

dans son emploi. D’ailleurs, ce principe est d’autant plus fondamental, dans notre société moderne, que l’importance systémique du travail rend la grande majorité des salariés totalement dépendants de leur emploi (en ce sens, *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313, p. 368; *Delisle c. Canada (Sous-procureur général)*, [1999] 2 R.C.S. 989, par. 66; *T.U.A.C., section locale 1518 c. KMart Canada Ltd.*, [1999] 2 R.C.S. 1083, par. 25; *Isidore Garon ltée c. Tremblay*, 2006 CSC 2, [2006] 1 R.C.S. 27, par. 35). Dans ce contexte, on peut affirmer qu’il existe chez ces salariés une attente raisonnable que l’employeur ne remettra pas en cause leur emploi, sauf dans la mesure et les circonstances prévues par la loi.

[43] Qu’il soit fondé sur le *Code civil*, la législation en matière de travail ou le contenu implicite d’un contrat de travail, ce droit au maintien de l’emploi constitue donc toujours, pour le salarié, l’objet d’une condition de travail (art. 1434 *C.c.Q.*). Toutefois, cette condition n’est ni intangible ni absolue. En effet, l’employeur conserve en tout temps le pouvoir de gérer son entreprise, pouvoir qui inclut celui de résilier, pour des « raisons légitimes » (économique, disciplinaire ou autre) ou moyennant un délai de congé « suffisant », le contrat de travail de l’un ou de plusieurs de ses employés.

[44] L’article 59 ne modifie pas cet état de fait et de droit. Comme toute autre condition de travail, celle relative au maintien du lien d’emploi subsiste, mais elle reste toujours sujette à l’exercice du pouvoir de gestion de l’employeur. Ainsi, comme l’écrivait la juge Deschamps, alors membre de la Cour d’appel du Québec, « si le congédiement n’est pas à proprement parler une condition de travail, les conditions de maintien à l’emploi donc la protection contre un congédiement sans cause juste et suffisante peut être incluse dans les conditions de travail couvertes par l’article 59 C.T. » : *Automobiles Canbec inc.*, p. 13.

[45] En reconduisant les conditions et pouvoirs existants au moment du dépôt de la requête en accréditation, l’art. 59 ne modifie pas leur intensité. De fait, si le maintien du lien d’emploi demeure l’objet d’une condition de travail, ce lien

relationship does not become any more or less “certain” than before (*Coopérative étudiante Laval*, at pp. 32-33; *Union des employé-e-s de service, local 800*, at pp. 22-31; *Syndicat des salariés des Industries Leclerc (CSD) v. Industries Leclerc inc.*, [1996] T.A. 554; *Syndicat des salarié-e-s de la Guilde des musiciens du Québec*, at p. 12; *Fraternité des policiers et policières de Carignan v. Ville de Carignan*, [2000] AZ-00142040 (T.A.), at p. 56; *Association des juristes de l’État v. Commission des valeurs mobilières du Québec*, at para. 76). The employer can therefore resiliate a contract if it does so for legitimate reasons within the meaning of the law. In such a case, however, for the resiliation not to be considered a *change in conditions of employment within the meaning of s. 59*, it must be consistent with the employer’s normal management practices in this regard.

(b) *Changes in Conditions of Employment and the “Business as Usual” Rule*

[46] To prove that the change made by the employer is a “change in conditions of employment” within the meaning of s. 59, the union cannot simply show that the employer has modified how it runs its business. It must also establish that this modification is inconsistent with the employer’s “normal management practices”: M. Coutu et al., *Droit des rapports collectifs du travail au Québec* (2nd ed. 2013), vol. 1, *Le régime général*, at pp. 577-79.

[47] Although s. 59 of the *Code* might seem, if interpreted literally and in isolation, to have the effect of completely “fixing” or “freezing” the employer’s business environment, the opposite is in fact true: to avoid paralyzing the business, the section leaves the employer with its general management power, which survives the union’s arrival on the scene but is then circumscribed by the law. This power must be exercised [TRANSLATION] “in a manner consistent with the rules that applied previously and with the employer’s usual business practices from before the freeze”: P. Verge, G. Trudeau and G. Vallée, *Le droit du travail par ses sources* (2006), at p. 139; R. P. Gagnon et al., *Le droit du travail du Québec* (7th ed. 2013), at pp. 597-98.

ne devient ni moins ni plus « certain » qu’auparavant (*Coopérative étudiante Laval*, p. 32-33; *Union des employé-e-s de service, local 800*, p. 22-31; *Syndicat des salariés des Industries Leclerc (CSD) c. Industries Leclerc inc.*, [1996] T.A. 554; *Syndicat des salarié-e-s de la Guilde des musiciens du Québec*, p. 12; *Fraternité des policiers et policières de Carignan c. Ville de Carignan*, [2000] AZ-00142040 (T.A.), p. 56; *Association des juristes de l’État c. Commission des valeurs mobilières du Québec*, par. 76). Dans ce contexte, s’il possède des raisons légitimes au sens de la loi pour le faire, l’employeur pourra résilier le contrat. Le cas échéant, toutefois, pour que cette résiliation ne soit pas assimilée à une *modification des conditions de travail au sens de l’art. 59*, elle devra s’effectuer conformément aux pratiques habituelles de gestion de l’employeur en la matière.

b) *La modification des conditions de travail et la règle des « pratiques habituelles »*

[46] Pour prouver que la modification apportée par l’employeur constitue une « modification des conditions de travail » au sens de l’art. 59, le syndicat ne peut pas se contenter de démontrer qu’un changement est survenu dans le cadre normatif de l’entreprise. Il doit, au surplus, établir que le changement dénoncé n’est pas conforme aux « pratiques habituelles » de gestion de l’entreprise : M. Coutu et autres, *Droit des rapports collectifs du travail au Québec* (2^e éd. 2013), vol. 1, *Le régime général*, p. 577-579.

[47] En effet, bien qu’une interprétation purement littérale et hors contexte de l’art. 59 du *Code* puisse suggérer une conclusion contraire, cette disposition n’a pas pour effet de « figer » ou de « geler » totalement l’environnement normatif du travail. Au contraire, afin d’éviter la paralysie de l’entreprise, elle laisse à l’employeur son pouvoir général de gestion. Survivant à l’arrivée du syndicat, ce pouvoir se trouve toutefois désormais encadré par la loi. Il doit être exercé « à l’intérieur des normes qui s’imposaient antérieurement et selon les pratiques qui avaient cours dans l’entreprise » : P. Verge, G. Trudeau et G. Vallée, *Le droit du travail par ses sources* (2006), p. 139; R. P. Gagnon et autres, *Le droit du travail du Québec* (7^e éd. 2013), p. 597-598.

[48] In this context, the employer cannot simply argue that its decision is consistent with the powers conferred on it in the individual contract of employment and by the general law before the petition for certification was filed. *It must continue acting the way it acted, or would have acted, before that date* (*Syndicat des employés de la Commission scolaire du Haut St-Maurice; Gravel & Fils Inc. v. Syndicat d'entreprises funéraires*, [1984] T.A. 87, at pp. 90-91; *Pakenham; Woolco (No. 6291) v. Syndicat national des employés de magasins de Chicoutimi (CSN)*, [1983] AZ-83141325 (T.A.), at pp. 7-8; *Association du personnel administratif et professionnel de l'Université Laval (APAPUL); Plastalène Corp.; Syndicat des salariés des Industries Leclerc (CSD); Syndicat des employés de Télémarketing Unimédia (CSN) v. UniMarketing inc.*, [1997] T.A. 549; *Association des juristes de l'État v. Commission des valeurs mobilières du Québec*, at para. 84; *Travailleurs et travailleuses de l'alimentation et du commerce, section locale 501*, at para. 80).

[49] On this point, I wish to stress that to accept the opposite argument — that the employer can change its management practices in all circumstances because it had the power to do so before the union's arrival — would be to deprive s. 59 of any effect. Thus, s. 59 was enacted for the specific purpose of preventing the employer from [TRANSLATION] “exercising its great freedom of action at the last minute by being particularly generous or adopting any other pressure tactic” (Morin et al., at p. 1122). To permit the employer to keep using its managerial powers as if nothing had changed would, when all is said and done, be to allow the employer to do that which the law is actually meant to prohibit.

[50] Professor Côté comments as follows in this regard:

[TRANSLATION] [S]uch an approach, which would ultimately involve maintaining, without qualification, the employer's power and prerogative to unilaterally dictate or change conditions of employment, in law or in fact, could quickly become paradoxical.

What would be the rationale for this rule if it were to be interpreted as affirming, under the guise of a

[48] Dans ce contexte, l'employeur ne peut se limiter à prétendre que sa décision est conforme aux pouvoirs que lui attribuaient le contrat individuel de travail et le droit commun avant le dépôt de la requête en accréditation. *Il doit dorénavant continuer à agir comme il le faisait, ou l'aurait fait, avant cette date* (*Syndicat des employés de la Commission scolaire du Haut St-Maurice; Gravel & Fils Inc. c. Syndicat d'entreprises funéraires*, [1984] T.A. 87, p. 90-91; *Pakenham; Woolco (No. 6291) c. Syndicat national des employés de magasins de Chicoutimi (CSN)*, [1983] AZ-83141325 (T.A.), p. 7-8; *Association du personnel administratif et professionnel de l'Université Laval (APAPUL); Plastalène Corp.; Syndicat des salariés des Industries Leclerc (CSD); Syndicat des employés de Télémarketing Unimédia (CSN) c. UniMarketing inc.*, [1997] T.A. 549; *Association des juristes de l'État c. Commission des valeurs mobilières du Québec*, par. 84; *Travailleurs et travailleuses de l'alimentation et du commerce, section locale 501*, par. 80).

[49] Sur ce point, je tiens à souligner que le fait d'accepter la thèse contraire — à savoir que l'employeur peut toujours modifier ses normes de gestion, parce qu'il jouissait de ce pouvoir avant l'arrivée du syndicat — priverait l'art. 59 de tout effet. Cette disposition, je le rappelle, a été édictée dans le but précis d'empêcher l'employeur d'« utiliser *in extremis* sa grande liberté de manœuvre pour être particulièrement généreux ou exercer quelque autre moyen de pression » (Morin et autres, p. 1122). Or, lui permettre de continuer à utiliser ses pouvoirs de gestion comme si rien n'avait changé reviendrait en définitive à lui permettre de faire ce que la loi vise pourtant à prohiber.

[50] À ce propos, le professeur Côté formule d'ailleurs les observations suivantes :

[U]ne telle approche qui consisterait, à la limite, à maintenir sans nuances les pouvoirs et prérogatives de l'employeur de dicter ou de modifier unilatéralement, en droit ou en fait, les conditions de travail risque de devenir rapidement antinomique.

Quelle serait la raison d'être de cette règle si on devait l'interpréter ainsi comme consacrant, sous le couvert

prohibition against changing conditions of employment, a nearly absolute power to change such conditions by sophistically equating that power with a condition of employment? [p. 161]

[51] An interpretation that would leave the employer with all the freedom it had before the petition for certification was filed would be contrary to s. 41 of the *Interpretation Act*, CQLR, c. I-16, which favours a broad and purposive interpretation of the provision. It seems to me that such an interpretation would also overlook the fact that the employer ceases to have sole control over labour relations in its business after the union arrives on the scene. Once the petition for certification is filed, the employer is dealing with [TRANSLATION] “the possible implementation of a new scheme of labour relations in the business, a system that is now institutionalized”, and it must take this new system into account in exercising its management power: R. Blouin, “La convention collective de travail en tant qu’instrument juridique non contractuel et monopolisateur des conditions de travail, d’où la problématique particulière qui en découle dans le secteur de l’éducation”, in Barreau du Québec, vol. 235, *Développements récents en droit du travail dans le secteur de l’éducation* (2005), 51, at p. 68.

[52] In this context, to find that there has been no unlawful change in conditions of employment within the meaning of s. 59 of the *Code*, an arbitrator must do more than simply determine that the employer had the power to act the way it did before the union’s arrival. He or she must also be satisfied that the employer’s decision was consistent with its normal management practices or, in other words, that it would have done the same thing had there been no petition for certification.

[53] There will often be an inevitable overlap between proving the employer’s power and proving that the power was exercised in accordance with past management practices. An arbitrator hearing a complaint concerning the resiliation of the contract of employment of an employee who had, without justification, no longer been performing his or her work for weeks can thus readily conclude that the decision was based on a power that the employer

d’une prohibition de modifier les conditions de travail, le pouvoir quasi absolu de modifier les conditions de travail, en assimilant, de façon sophistique, ce pouvoir à une condition de travail? [p. 161]

[51] Une interprétation laissant à l’employeur toute la latitude qu’il possédait avant le dépôt de la requête en accréditation violerait les prescriptions de l’art. 41 de la *Loi d’interprétation*, RLRQ, ch. I-16, lesquelles privilégient une interprétation large et téléologique de la disposition. Il m’apparaît que cette interprétation ferait aussi abstraction du fait que, après l’arrivée du syndicat, l’employeur ne contrôle désormais plus seul les relations de travail dans son entreprise. En effet, à partir du dépôt de la demande d’accréditation, il fait face à « l’éventualité de l’implantation d’un nouvel ordre de relations du travail dans l’entreprise, un régime dorénavant institutionnalisé » et dont il doit tenir compte dans l’exercice de son pouvoir de gestion : R. Blouin, « La convention collective de travail en tant qu’instrument juridique non contractuel et monopolisateur des conditions de travail, d’où la problématique particulière qui en découle dans le secteur de l’éducation », dans Barreau du Québec, vol. 235, *Développements récents en droit du travail dans le secteur de l’éducation* (2005), 51, p. 68.

[52] Dans ce cadre, pour conclure à l’absence de modification illégale des conditions de travail au sens de l’art. 59 du *Code*, l’arbitre ne peut se contenter de vérifier si l’employeur détenait le pouvoir d’agir comme il l’a fait avant l’arrivée du syndicat dans son entreprise. Il lui faut également être convaincu que la décision de l’employeur demeurerait conforme à ses pratiques habituelles de gestion ou, exprimé autrement, qu’il aurait procédé de la même manière en l’absence d’une requête en accréditation.

[53] Le recoupement entre la preuve du pouvoir de l’employeur et celle de son utilisation conforme aux pratiques de gestion antérieures sera souvent inévitable. Ainsi, l’arbitre saisi d’une plainte basée sur la résiliation du contrat de travail d’un employé ne fournissant plus sa prestation de travail sans justification depuis des semaines pourra facilement conclure qu’il s’agit là d’une décision fondée sur un pouvoir que l’employeur aurait utilisé, malgré le

would have exercised even if the petition for certification had not been filed. However, many situations arise in which proof of the existence of a power will not automatically support a conclusion that it has been exercised in a particular way. For example, the fact that an employer can unilaterally increase its employees' wages without notice does not necessarily prove that it would have done so had a union not come on the scene.

[54] Unlike s. 17 of the *Code*, s. 59 does not create a presumption "of change" or automatically reverse the burden of proof, which continues to rest with the employees and the union. The latter must therefore adduce sufficient evidence to prove that the alleged change is inconsistent with the employer's "normal management practices". However, nothing prevents the arbitrator hearing the complaint from drawing presumptions of fact from the whole of the evidence presented before him or her in accordance with the general rules of the law of civil evidence (arts. 2846 and 2849 *C.C.Q.*) as normally applied. As a result, if the union submits evidence from which the arbitrator can infer that a specific change does not seem to be consistent with the employer's normal management practices, a failure by the employer to adduce evidence to the contrary is likely to have an adverse effect on its case (J.-C. Royer and S. Lavallée, *La preuve civile* (4th ed. 2008), at p. 748).

[55] Regardless of who adduced the evidence to be considered by the arbitrator, there are two ways for the arbitrator to determine whether a specific change is consistent with the employer's normal management practices. First, for the employer's decision not to be considered a change in conditions of employment within the meaning of s. 59 of the *Code*, the arbitrator must be satisfied that it was made in accordance with the employer's *past* management practices. In the words of Judge Auclair, the arbitrator must be able to conclude that the employer's decision was made [TRANSLATION] "in accordance with criteria it established for itself before the arrival of the union in its workplace": *Pakenham*, at p. 202. (See also *Woolco (No. 6291)*, at pp. 7-8; *Gravel & Fils Inc.*, at p. 90; *Plastalène Corp.*; *Union des routiers, brasseries, liqueurs*

dépôt de la requête en accréditation. Toutefois, il se présente de nombreuses situations où la preuve de l'existence d'un pouvoir ne permet pas de conclure automatiquement à son utilisation d'une manière donnée. À titre d'exemple, le fait qu'un employeur puisse augmenter unilatéralement et sans préavis le salaire de ses employés ne prouve pas forcément qu'il l'aurait fait, n'eût été l'arrivée d'un syndicat dans l'entreprise.

[54] Contrairement à l'art. 17 du *Code*, l'art. 59 ne crée ni présomption « de modification » ni renversement automatique du fardeau de preuve. Le fardeau de présentation demeure sur les épaules des employés et du syndicat. Dans ce contexte, il leur revient de présenter des éléments de preuve suffisants pour établir l'incompatibilité entre le changement allégué et les « pratiques habituelles » de gestion de l'employeur. Toutefois, rien n'empêche l'arbitre chargé d'entendre la plainte d'induire des présomptions de fait de l'ensemble de la preuve présentée devant lui, conformément aux règles générales du droit de la preuve civile (art. 2846 et 2849 *C.c.Q.*) et à leur mise en application normale. Ainsi, dans la mesure où le syndicat présente des éléments de preuve permettant à l'arbitre d'induire qu'un changement donné ne semble pas être conforme à ces pratiques habituelles, l'absence de présentation d'une preuve contraire par l'employeur risque de lui être défavorable (J.-C. Royer et S. Lavallée, *La preuve civile* (4^e éd. 2008), p. 748).

[55] Quelle que soit la source des éléments de preuve qu'il considérera, l'arbitre dispose de deux moyens pour se prononcer sur la conformité entre un changement donné et les pratiques habituelles de gestion de l'employeur. Dans un premier temps, pour que la décision de l'employeur ne soit pas assimilée à une modification des conditions de travail au sens de l'art. 59 du *Code*, l'arbitre devra être convaincu qu'elle a été prise en conformité avec ses pratiques *antérieures* de gestion. Pour reprendre l'expression du juge Auclair, il devra être en mesure de conclure que la décision patronale a été prise « selon les paramètres qu'il s'est lui-même imposés avant la venue du syndicat chez lui » : *Pakenham*, p. 202. (Voir aussi *Woolco (No. 6291)*, p. 7-8; *Gravel & Fils Inc.*, p. 90; *Plastalène Corp.*; *Union des routiers, brasseries, liqueurs douces & ouvriers*

douces & ouvriers de diverses industries, at pp. 6-7; *Société des casinos du Québec inc.*, at pp. 16-19; *Association des juristes de l'État v. Commission des valeurs mobilières du Québec*, at para. 75.)

[56] Second, the courts have held that the employer must continue to be able to adapt to the changing nature of the business environment in which it operates. For example, in some situations in which it is difficult or impossible to determine whether a particular management practice existed before the petition for certification was filed, the courts accept that a decision that is [TRANSLATION] “reasonable”, based on “sound management” and consistent with what a “reasonable employer in the same position” would have done can be seen as falling within the employer’s normal management practices (Gagnon et al., at p. 600; Burkett et al., at p. 171; *Plastalène Corp.*; *Syndicat des employés de Télémarketing Unimédia (CSN)*; *Association des juristes de l'État v. Commission des valeurs mobilières du Québec*; *Société du centre Pierre-Péladeau v. Alliance internationale des employés de scène et de théâtre, du cinéma, métiers connexes et des artistes des États-Unis et du Canada (I.A.T.S.E.)*, section locale 56, 2006 CanLII 32333 (T.A.); *Travailleurs et travailleuses de l'alimentation et du commerce*, section locale 501).

[57] Thus, a change can be found to be consistent with the employer’s “normal management policy” if (1) it is consistent with the employer’s past management practices or, failing that, (2) it is consistent with the decision that a reasonable employer would have made in the same circumstances. In other words, a change [TRANSLATION] “that would have been handled the same way had there been no attempt to form a union or process to renew a collective agreement should not be considered a change in conditions of employment to which section 59 of the Labour Code applies”: *Club coopératif de consommation d'Amos*, at p. 12.

[58] In either case, whatever the nature of the circumstances relied on by the employer in making the change, the arbitrator dealing with the complaint must first be satisfied that those circumstances exist and that they are genuine (see *Gravel & Fils Inc.*, at p. 91; *Mont-Laurier (Ville de) v. Syndicat des*

de diverses industries, p. 6-7; *Société des casinos du Québec inc.*, p. 16-19; *Association des juristes de l'État c. Commission des valeurs mobilières du Québec*, par. 75.)

[56] Dans un deuxième temps, la jurisprudence reconnaît que l'entreprise doit rester en mesure de s'adapter au contexte variable de l'environnement commercial dans lequel elle évolue. Par exemple, dans certains scénarios où il est difficile ou impossible de déterminer si une pratique de gestion donnée existait avant le dépôt de la requête en accréditation, la jurisprudence pertinente admet qu'il est possible de considérer qu'une décision « raisonnable », de « saine gestion », conforme à ce qu'aurait fait un « employeur raisonnable placé dans la même situation », relève des pratiques habituelles de gestion (Gagnon et autres, p. 600; Burkett et autres, p. 171; *Plastalène Corp.*; *Syndicat des employés de Télémarketing Unimédia (CSN)*; *Association des juristes de l'État c. Commission des valeurs mobilières du Québec*; *Société du centre Pierre-Péladeau c. Alliance internationale des employés de scène et de théâtre, du cinéma, métiers connexes et des artistes des États-Unis et du Canada (I.A.T.S.E.)*, section locale 56, 2006 CanLII 32333 (T.A.); *Travailleurs et travailleuses de l'alimentation et du commerce*, section locale 501).

[57] Un changement pourra donc être déclaré conforme à la « politique habituelle de gestion » de l'employeur (1) s'il est cohérent avec ses pratiques antérieures de gestion ou, à défaut, (2) s'il est conforme à la décision qu'aurait prise un employeur raisonnable placé dans les mêmes circonstances. En d'autres mots, la modification « qui aurait été administrée de la même façon, en dehors d'un processus de syndicalisation ou de renouvellement de convention collective, ne doit pas être considérée comme un changement dans les conditions de travail visé par l'article 59 du code du travail » : *Club coopératif de consommation d'Amos*, p. 12.

[58] Par ailleurs, dans un cas comme dans l'autre, quelle que soit la nature des circonstances invoquées par l'employeur pour procéder au changement, l'arbitre appelé à statuer devra d'abord être convaincu de l'existence de ces circonstances et de leur véracité (voir *Gravel & Fils Inc.*, p. 91;

professionnels et professionnelles de la Ville de Mont-Laurier (CSN), 1995 CanLII 1874 (T.A.), at pp. 33-37; *Syndicat des employés de Télémarketing Unimédia (CSN)*, at pp. 559-60; *Syndicat des salarié-e-s de la Guilde des musiciens du Québec*, at pp. 12-13; *Syndicat des travailleuses et travailleurs du Centre d'approbation de Nordia — CSN v. Nordia Inc.*, 2012 CanLII 82540 (T.A.), at paras. 429-44).

[59] When all is said and done, although the arbitrator has the power to assess the nature of the change contested by the union and the context in which it was made, the *Code*, far from prohibiting all changes in conditions of employment, prohibits those that are not consistent with the management policy the employer adopted or would have adopted before the union's arrival. This analytical approach leaves the employer with the freedom of action it needs to continue operating its business as it did before that time. The approach is thus perfectly consistent with the objectives of the statutory "freeze", since it protects the employees' rights without depriving the employer of all of its management power.

[60] The mechanism codified in s. 59 is by no means specific to Quebec, as it exists in all provinces of Canada and at the federal level (Adams, at pp. 10-80.3 to 10-96; Burkett et al., at p. 171). In all the general labour relations schemes in Canada, therefore, although the employer does not lose its right to manage its business simply because of the arrival of a union, it must, from that point on, exercise that right as it did or would have done before then (see *Spar Aerospace Products Ltd. v. Spar Professional and Allied Technical Employees Association*, [1979] 1 C.L.R.B.R. 61; *Metropol-Basefort Security Group Ltd.* (1990), 79 di 139 (C.L.R.B.); *Bizeau v. Aéroport de Québec Inc.*, 2004 CIRB 261 (CanLII); *Public Service Alliance of Canada v. Hamlet of Kugaaruk*, 2010 CIRB 554 (CanLII); D. J. Corry, *Collective Bargaining and Agreement* (loose-leaf), vol. 1, at ¶9:1200). If the employer does not exercise its prerogatives consistently, it is liable to whatever penalty the arbitrator considers appropriate in the circumstances.

Mont-Laurier (Ville de) c. Syndicat des professionnels et professionnelles de la Ville de Mont-Laurier (CSN), 1995 CanLII 1874 (T.A.), p. 33-37; *Syndicat des employés de Télémarketing Unimédia (CSN)*, p. 559-560; *Syndicat des salarié-e-s de la Guilde des musiciens du Québec*, p. 12-13; *Syndicat des travailleuses et travailleurs du Centre d'approbation de Nordia — CSN c. Nordia Inc.*, 2012 CanLII 82540 (T.A.), par. 429-444).

[59] En définitive, bien que l'arbitre soit investi du pouvoir d'apprécier la nature et le contexte dans lequel le changement dénoncé par le syndicat a été effectué, le *Code* est loin d'interdire en soi toute modification des conditions de travail. Il prohibe plutôt les modifications non conformes à la politique de gestion qu'avait ou qu'aurait adoptée l'employeur avant l'arrivée du syndicat dans son entreprise. Cette méthode d'analyse reconnaît à l'employeur la marge de manœuvre nécessaire pour continuer à exploiter son entreprise comme il le faisait jusque là. Elle répond alors parfaitement aux objectifs que poursuit le « gel » imposé par la loi. En effet, elle protège les droits des employés, sans pour autant déposséder l'employeur de l'ensemble de son pouvoir de gestion.

[60] Loin d'être particulier au Québec, le mécanisme codifié à l'art. 59 existe dans toutes les provinces canadiennes ainsi qu'au niveau fédéral (Adams, p. 10-80.3 à 10-96; Burkett et autres, p. 171). Ainsi, dans tous les régimes généraux de relations de travail au Canada, si l'employeur ne perd pas son droit de gestion du seul fait de l'arrivée d'un syndicat dans son entreprise, il doit désormais l'exercer comme il le faisait ou l'aurait fait avant cet événement (voir *Spar Aerospace Products Ltd. c. Spar Professional and Allied Technical Employees Association*, [1979] 1 C.L.R.B.R. 61; *Metropol-Basefort Security Group Ltd.* (1990), 79 di 139 (C.C.R.T.); *Bizeau c. Aéroport de Québec Inc.*, 2004 CCRI 261 (CanLII); *Alliance de la Fonction publique du Canada c. Hameau de Kugaaruk*, 2010 CCRI 554 (CanLII); D. J. Corry, *Collective Bargaining and Agreement* (feuilles mobiles), vol. 1, ¶9:1200). L'employeur qui fait défaut d'utiliser ses prérogatives de manière cohérente s'expose à la sanction que l'arbitre jugera appropriée dans les circonstances.

(3) Arbitrator's Powers

[61] As in cases concerning the interpretation or the application of a collective agreement, grievance arbitrators are empowered to rule on alleged violations of the right provided for in s. 59 (s. 100.10 of the *Code*; *Syndicat des employés de la Commission scolaire du Haut St-Maurice*; *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 1450 v. Journal de Québec, division de Groupe Québécoir inc.*, [1996] R.J.Q. 299 (Sup. Ct.); *Syndicat des salariés des Industries Leclerc (CSD)*; *Sobey's inc., N° 650 v. Syndicat des travailleurs et travailleuses de Sobey's de Baie-Comeau*, [1996] T.A. 721; *Université McGill v. Munaca*, [2003] AZ-50193382 (T.A.), at para. 44, aff'd [2004] AZ-50264810 (Sup. Ct.).

[62] Where an arbitrator upholds a complaint, s. 100.12 of the *Code* and art. 1590 *C.C.Q.* confer broad powers on him or her to compel the employer to remedy any harm it may have caused. The arbitrator has a [TRANSLATION] “power of correction and reparation that is sufficiently effective for him or her to really decide the grievance and ensure that all concerned can fully enjoy their rights” (Morin and Blouin, at p. 547; see D. Veilleux, “La portée du pouvoir remédiateur de l’arbitre. . . Contestée!” (1995), 55 *R. du B.* 429; *Alberta Union of Provincial Employees v. Lethbridge Community College*, 2004 SCC 28, [2004] 1 S.C.R. 727, at para. 40; *Hôpital St-Charles de Joliette v. Syndicat des employés d’hôpitaux de Joliette inc.*, [1973] R.D.T. 129 (C.A.), at p. 134; *Association des pompiers de Montréal inc. (APM) v. Montréal (Ville de)*, 2011 QCCA 631 (CanLII); see also Verge, Trudeau and Vallée, at pp. 212 *et seq.*).

[63] In the case of a complaint under s. 59, the legislative origin of the employer’s duty does not limit the scope of the arbitrator’s remedial power. In 1977, the Quebec legislature decided that complaints of unlawful changes to conditions of employment should be dealt with as if they were grievances (*An Act to amend the Labour Code and the Labour and Manpower Department Act*, S.Q. 1977, c. 41, s. 48). Since that time, arbitrators ruling on alleged violations of s. 59 have had exactly

(3) Les pouvoirs de l’arbitre

[61] Comme dans le cas des litiges portant sur l’interprétation ou l’application de la convention collective, l’arbitre de grief a compétence pour statuer sur une allégation de violation du droit proclamé par l’art. 59 (art. 100.10 du *Code*; *Syndicat des employés de la Commission scolaire du Haut St-Maurice*; *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 1450 c. Journal de Québec, division de Groupe Québécoir inc.*, [1996] R.J.Q. 299 (C.S.); *Syndicat des salariés des Industries Leclerc (CSD)*; *Sobey's inc., N° 650 c. Syndicat des travailleurs et travailleuses de Sobey's de Baie-Comeau*, [1996] T.A. 721; *Université McGill c. Munaca*, [2003] AZ-50193382 (T.A.), par. 44, conf. par [2004] AZ-50264810 (C.S.)).

[62] Dans l’hypothèse où l’arbitre fait droit à la plainte, les art. 100.12 du *Code* et 1590 *C.c.Q.* lui octroient de larges pouvoirs lui permettant de contraindre l’employeur à réparer le tort qu’il aurait causé. En effet, l’arbitre dispose d’un « pouvoir de correction et de réparation suffisamment efficace pour réellement trancher le grief et permettre à chacun de disposer pleinement de ses droits » (Morin et Blouin, p. 547; voir D. Veilleux, « La portée du pouvoir remédiateur de l’arbitre. . . Contestée! » (1995), 55 *R. du B.* 429; *Alberta Union of Provincial Employees c. Lethbridge Community College*, 2004 CSC 28, [2004] 1 R.C.S. 727, par. 40; *Hôpital St-Charles de Joliette c. Syndicat des employés d’hôpitaux de Joliette inc.*, [1973] R.D.T. 129 (C.A.), p. 134; *Association des pompiers de Montréal inc. (APM) c. Montréal (Ville de)*, 2011 QCCA 631 (CanLII); voir aussi Verge, Trudeau et Vallée, p. 212 *et suiv.*).

[63] Dans le cas d’une plainte portée en vertu de l’art. 59, l’origine législative du devoir imposé à l’employeur ne restreint pas la portée du pouvoir de réparation accordé à l’arbitre. En effet, en 1977, le législateur québécois a choisi d’assimiler à un grief les plaintes pour modification illégale des conditions de travail (*Loi modifiant le Code du travail et la Loi du ministère du travail et de la main-d’œuvre*, L.Q. 1977, ch. 41, art. 48). Depuis ce temps, l’arbitre saisi d’une allégation de violation

the same remedial powers as if they were deciding a grievance filed under a collective agreement (*Automobiles Canbec inc. (per Otis J.A.)*; *Travelways Ltd. v. Legendre*, [1987] AZ-87149123 (Sup. Ct.); *Morin and Blouin*, at pp. 203-4). In appropriate circumstances, therefore, an arbitrator can order reparation in kind, such as the reinstatement of a condition of employment. Where the circumstances do not lend themselves to such a remedy, however, the arbitrator can order reparation by equivalence. The latter remedy will be appropriate where the employer goes out of business either in part or completely, at least insofar as it is impossible to reinstate the employees dismissed in contravention of s. 59.

D. *Closure of a Business and Application of Section 59*

[64] Wal-Mart argues that the closure of its Jonquière establishment bars its employees from invoking s. 59. In the alternative, it submits that in any event, the closure constitutes a full defence that justifies the change in the employees' conditions of employment. Neither of these arguments is valid. In my opinion, the employer is (1) neither shielded by the closure of its establishment (2) nor, otherwise, relieved of the burden of proving that its decision was consistent with its normal management practices.

(1) Applicability of Section 59 in the Context of the Closure of a Business

[65] On appeal, Vézina J.A. relied essentially on *Plourde* to hold that the closure of a business rules out any possibility of applying s. 59 of the *Code*. More specifically, he reproduced para. 35 of that judgment, in which the majority of this Court had stressed that “[t]he reference in s. 15 to an order to ‘reinstate such employee in his employment’ signals quite unambiguously the legislative contemplation of an ongoing place of employment as the foundation of a successful s. 15 application” (emphasis in original). Basing his analysis on this passage, Vézina J.A. stated:

de l’art. 59 dispose exactement des mêmes pouvoirs réparateurs que s’il se penchait sur un grief déposé en application d’une disposition de la convention collective (*Automobiles Canbec inc.* (la juge Otis); *Travelways Ltd. c. Legendre*, [1987] AZ-87149123 (C.S.); *Morin et Blouin*, p. 203-204). Si la situation s’y prête, il pourra donc octroyer une réparation en nature, par exemple le rétablissement d’une condition de travail. Au contraire, si le contexte ne le permet pas, il pourra ordonner une réparation par équivalent. Ce type de réparation sera approprié si l’employeur met fin aux activités d’une partie ou de l’ensemble de son entreprise, à tout le moins dans la mesure où la réintégration des employés congédiés en violation de l’art. 59 est impossible.

D. *La fermeture d’entreprise et l’application de l’art. 59*

[64] Wal-Mart prétend que la fermeture de son établissement de Jonquière empêche ses employés d’invoquer l’art. 59. Si cette prétention n’est pas retenue, elle soutient qu’en tout état de cause, la fermeture constitue une défense complète justifiant la modification des conditions de travail. Aucune de ces prétentions n’est fondée. À mon avis, l’employeur n’est (1) ni protégé par la fermeture de son établissement (2) ni, le cas échéant, libéré de l’obligation de prouver que sa décision est conforme à ses pratiques habituelles de gestion.

(1) L’applicabilité de l’art. 59 en cas de fermeture d’entreprise

[65] En appel, le juge Vézina s’appuie essentiellement sur l’arrêt *Plourde* pour conclure que la fermeture de l’entreprise écarte toute possibilité d’application de l’art. 59 du *Code*. Plus précisément, il reproduit le par. 35 de cette décision, où la majorité de notre Cour souligne que « [l]e fait que l’art. 15 parle de “réintégrer ce salarié dans son emploi” indique de façon non ambiguë que le législateur considèrerait l’existence d’un lieu de travail toujours en activité comme une condition préalable au succès d’une plainte fondée sur l’art. 15 » (souligné dans l’original). Se fondant sur cet extrait, le juge Vézina affirme ce qui suit :

[TRANSLATION] To remedy an unlawful change in a condition of employment, it is necessary to return to the former situation, to restore the operation of the business to how it was run before. By way of analogy, to remedy an allegedly unlawful closure, it would be necessary to reopen the business, to begin operating again.

This remedy is not possible, however, given that no one can be forced to continue operating a business no matter what his or her reasons for closing it might be. [paras. 121-22]

[66] With respect, the passage from *Plourde* quoted by Vézina J.A. does not support a conclusion that “[t]o remedy an unlawful change in a condition of employment, it is necessary to return to the former situation, to restore the operation of the business to how it was run before.” Rather, the passage in question leads to the conclusion that *Plourde* was based essentially on the words of s. 15 (see also in *Plourde*, paras. 36, 39 and 54). According to the majority of this Court, those words, in placing limits on the powers of the Commission des relations du travail, only authorize it to order that the dismissed employee be reinstated. Such a result necessarily presupposes the existence of an active business. Unlike s. 15, however, s. 59 contains no word or language that would support a conclusion that its applicability depends on the existence of an active business or, more simply, of a possibility of reinstatement. *Plourde* therefore cannot support the Court of Appeal’s conclusions.

[67] I would stress in passing, adopting the words and the logic expressed by Binnie J. in *Plourde*, that if the Quebec legislature had intended reinstatement to be the only possible remedy for violation of the right to unchanged conditions of employment, it would have “actually said [so] in the relevant statutory provisions” (para. 36 (emphasis in original)). Given the absence of such an indication, there is nothing to preclude the arbitrator from ordering an alternative remedy in the form of damages.

[68] In this regard, at no point did the majority of the Court in *Plourde* hold that an employer’s closure of an establishment would on its own shield the employer from any action by its employees. On the contrary, Binnie J. mentioned several times that

Pour remédier à une modification illégale d’une condition de travail, il faut revenir à la situation antérieure, restaurer l’exploitation comme par le passé. Si on fait le parallèle, pour remédier à une fermeture qui serait illégale, il faudrait une réouverture de l’entreprise, une reprise de l’exploitation.

Or, cette réparation n’est pas possible dû au fait que nul ne peut être forcé de continuer l’exploitation d’une entreprise, quels que soient ses motifs pour y mettre fin. [par. 121-122]

[66] Avec égards, l’extrait de l’arrêt *Plourde* cité par le juge Vézina ne permet pas de conclure que, « [p]our remédier à une modification illégale d’une condition de travail, il faut revenir à la situation antérieure, restaurer l’exploitation comme par le passé. » En effet, cet extrait confirme plutôt la conclusion que l’arrêt *Plourde* repose essentiellement sur le texte de l’art. 15 (voir aussi dans *Plourde* les par. 36, 39 et 54). Selon la majorité de notre Cour, en limitant les pouvoirs de la Commission des relations du travail, ce texte autorise seulement celle-ci à ordonner la réintégration du salarié congédié. Une telle conclusion suppose nécessairement l’existence d’une entreprise active. Or, à la différence de l’art. 15, l’art. 59 ne contient ni mot ni formule justifiant de conclure que son applicabilité dépend de l’existence d’une entreprise active, voire, plus simplement, d’une possibilité de réintégration. Dans ce contexte, l’arrêt *Plourde* ne peut soutenir les conclusions de la Cour d’appel.

[67] Reprenant le vocabulaire et la logique du juge Binnie dans *Plourde*, je me permets au passage de souligner que, si le législateur québécois avait voulu restreindre à la seule réintégration la réparation pour violation du droit au maintien des conditions de travail, il l’aurait « effectivement dit dans les dispositions législatives pertinentes » (par. 36 (en italique dans l’original)). En l’absence d’une telle indication, rien n’empêche l’arbitre d’ordonner une réparation subsidiaire, sous forme de dommages-intérêts.

[68] À ce sujet, d’ailleurs, jamais la majorité de la Cour dans *Plourde* n’a-t-elle décidé que la fermeture par un employeur de son établissement l’immunise par elle-même contre tout recours des employés. Au contraire, à maintes occasions, le

an employer that goes out of business can be required to remedy losses suffered by its terminated employees. For example, he said the following early in his reasons:

The rule in Quebec that an employer can close a plant for “socially reprehensible considerations” does not however mean it can do so without adverse financial consequences, including potential compensation to the employees who have thereby suffered losses. [para. 8]

(See also the final sentence of para. 51, as well as paras. 52 and 54.)

[69] Far from being isolated, this statement echoed the conclusion reached by Gonthier J. several years earlier in *Place des Arts*, in which, as Binnie J. wrote in *Plourde* (at para. 51), the Court had held that

the complaint and the proposed remedy *contemplated the continued existence of an ongoing undertaking* by the Place des Arts technical services group which on the evidence no longer existed. That was the *ratio decidendi* of the case. In that context resort was made to the *City Buick* line of cases. This Court endorsed the view that no legislation obliges an employer to remain in business. However, Gonthier J. did not suggest that the closure immunized the employer from any consequences or that there was no remedy anywhere under the Code to provide for compensation to the terminated employees, or other relief or remedy, on proof that the termination was for anti-union reasons. [Underlining added; italics in original.]

[70] Thus, in the absence of clear language excluding any form of remedy other than reinstatement, or if the claimant is not seeking such reparation “in kind”, the arbitrator, who cannot of course impose the reinstatement of an employee in an establishment that has been closed, nonetheless retains the power to order reparation by equivalence. However, Wal-Mart, with which Rothstein and Wagner JJ. agree, counters the possibility of such an order by further submitting that the purpose and the nature of s. 59 preclude the courts from applying that section once the business has

juge Binnie a indiqué qu’un employeur cessant ses activités peut être tenu de réparer le préjudice causé aux employés licenciés. À titre d’exemple, au tout début de ses motifs, on peut lire ceci :

La règle québécoise selon laquelle un employeur peut fermer un établissement pour des « motifs condamnables socialement » ne signifie toutefois pas qu’il peut le faire sans conséquences négatives sur le plan financier, y compris la possibilité d’avoir à indemniser les salariés pour le préjudice que leur a causé la fermeture. [par. 8]

(Voir aussi les par. 51 *in fine*, 52 et 54.)

[69] Loin d’être isolée, cette affirmation fait écho à la conclusion formulée par le juge Gonthier, quelques années plus tôt, dans l’arrêt *Place des Arts*. Dans cet arrêt, comme l’écrivait le juge Binnie dans *Plourde* (par. 51), notre Cour a jugé :

... la plainte et la réparation sollicitée *supposaient l’existence et la poursuite des activités de l’entreprise* de prestation de services techniques de la Place des Arts alors que, suivant la preuve, cette entreprise n’existait plus. C’était là le motif déterminant de cet arrêt. Dans ce contexte, la Cour s’est appuyée sur le courant jurisprudentiel amorcé par *City Buick*. Elle a retenu le point de vue voulant qu’aucune loi n’oblige un employeur à poursuivre ses activités. Le juge Gonthier n’a cependant pas laissé entendre que la fermeture immunisait l’employeur contre toute conséquence résultant de sa décision ou que le Code n’offrait aucun recours pouvant permettre aux salariés congédiés d’être indemnisés ou d’obtenir une autre réparation s’il était établi que les congédiements procédaient de raisons antisyndicales. [Je souligne; en italique dans l’original.]

[70] Par conséquent, en l’absence d’un texte clair excluant toute autre forme de remède que la réintégration, ou dans la mesure où le demandeur ne recherche pas une telle réparation « en nature », bien que l’arbitre ne puisse évidemment pas imposer la réintégration d’un salarié dans un établissement fermé, il conserve tout de même le pouvoir d’ordonner une réparation par équivalent. Toutefois, pour nier cette possibilité, Wal-Mart, suivi en ce sens par les juges Rothstein et Wagner, soutient également que l’objectif et la nature de l’art. 59 empêchent les tribunaux de l’appliquer une

been closed. In short, Wal-Mart argues that the section's purpose is to maintain a balance between the parties, but only during the collective bargaining period, in order to preclude the employer from putting pressure on its employees. But in putting an end to collective bargaining, the closure renders s. 59 inapplicable, since, Wal-Mart alleges, there is no longer a balance to maintain, nor are there employees to protect.

[71] With respect, this argument is wrong. On the one hand, it seems to me to disregard the fact that, *absent a clear indication to the contrary*, the content of a substantive right is not determined by the scope of a particular remedy. On the other hand, insofar as it presupposes that the purpose of s. 59 is to maintain the *status quo*, it is based on a flawed premise. As I mentioned above, the primary purpose of s. 59 is not, in itself, to restore the balance for a given period of time, but to facilitate certification and foster good faith in collective bargaining in order, ultimately, to enable employees to exercise their right of association. Hence, the fact that it is impossible to attain the procedural balance the legislation is designed to maintain during a bargaining period does not preclude the arbitrator from giving full effect to s. 59 by ordering that an employer that has violated its employees' *rights* remedy the resulting harm, if only by way of reparation by equivalence.

[72] In other words, the termination of the process undertaken further to the petition for certification does not eliminate the employer's obligation to make reparation for a violation of s. 59. Nor can it be said that a breach of the duty defined in s. 12 of the *Code* not to interfere with employees' freedom of association cannot be sanctioned if the employer has gone out of business (*Plourde*, at paras. 26-31). By way of analogy, would a court considering a breach, as of the time the breach occurred, of the duty of good faith codified as part of the general law in art. 1375 *C.C.Q.* refuse to sanction that breach solely because at the time of the hearing, the contract between the parties had been resiliated? Of course not. In such a case, resiliation does not erase the violation of the right of the creditors, the

fois l'entreprise fermée. Pour résumer, Wal-Mart prétend que l'objectif de cette disposition consiste à maintenir l'équilibre entre les parties, uniquement pendant la période limitée au temps que dure la négociation collective, dans le but éventuel d'éviter que l'employeur fasse pression sur ses employés. Or, en mettant fin à cette négociation, la fermeture rend inutile l'art. 59, car, allègue Wal-Mart, il n'y a alors ni équilibre à maintenir ni employés à protéger.

[71] Avec égards, cet argument est mal fondé. D'une part, il me semble oublier le fait *qu'à moins d'indication claire au contraire*, le contenu d'un droit substantiel n'est pas déterminé par la portée d'une sanction particulière. D'autre part, dans la mesure où il présuppose que l'objectif de l'art. 59 est de maintenir le statu quo, il repose sur une prémisse erronée. En effet, comme je l'ai rappelé plus tôt, l'objectif premier de cette disposition n'est pas en soi de rétablir l'équilibre pour un temps donné, mais bien de faciliter l'accréditation, de favoriser la négociation de bonne foi de la convention collective pour, au final, permettre l'exercice du droit d'association. Dans ce contexte, l'impossibilité de retrouver l'équilibre procédural souhaité par la loi au cours d'une période de négociation n'empêche en rien l'arbitre de donner plein effet à l'art. 59 en ordonnant à l'employeur ayant violé les *droits* de ses employés de réparer le tort ainsi causé, au moins par équivalent.

[72] En d'autres mots, la fin du processus, engagé après la demande d'accréditation, n'efface pas l'obligation de réparer à laquelle est tenu l'employeur ayant commis une violation de l'art. 59. Parallèlement, on ne saurait affirmer que la violation du devoir de respect de la liberté syndicale des employés reconnu à l'art. 12 du *Code* ne peut être sanctionnée si l'employeur a mis fin à ses activités (*Plourde*, par. 26-31). Dans le même sens, un tribunal appelé à juger de la violation, en cours d'exécution, du devoir de bonne foi que codifie le droit commun à l'art. 1375 *C.c.Q.* refuserait-il de sanctionner une telle violation pour la seule et unique raison que, au moment de l'audience, le contrat liant les parties a été résilié? Certainement pas. À vrai dire, dans de tels scénarios, la résiliation

employees in the case at bar. If an employee proves the injury, he or she can be granted compensation (arts. 1458, 1590 and 1607 *C.C.Q.*; *Automobiles Canbec inc.*; *Union des routiers, brasseries, liqueurs douces & ouvriers de diverses industries*; *Natrel inc. v. Syndicat démocratique des distributeurs (CSD)*, [2000] R.J.D.T. 670 (T.A.)).

[73] From this perspective, the purpose of s. 59 of the *Code* does not preclude reparation by equivalence, and neither do the section's words or its nature. As professors Verge and Roux point out, the law is not [TRANSLATION] "powerless when it comes to remedying the consequences of the closure of a business. Generally speaking, independently of any penal sanctions that might be applicable under the *Labour Code*, reparation by equivalence is always possible": P. Verge and D. Roux, "Fermer l'entreprise: un 'droit'. . . absolu?", in Barreau du Québec, vol. 245, *Développements récents en droit du travail* (2006), 223, at p. 259. As a result, an arbitrator considering a case involving a closure cannot refuse to apply s. 59 of the *Code* on the basis that specific performance is no longer possible.

[74] Before going further into the application of s. 59 in such a case, allow me to digress by discussing the argument on which the position of my colleagues Rothstein and Wagner JJ. is essentially based, namely that since this Court's decision in *Plourde*, only a remedy under ss. 12 to 14 of the *Code* is available after a business has been closed. My colleagues' conclusion is based on Binnie J.'s comment that "[t]he appropriate remedy in a closure situation lies under ss. 12 to 14 of the *Code*" (para. 4). In their view, this statement — which they characterize as "unequivocal" — is a precedent that closes the door on any other remedy (para. 121).

[75] I agree with my colleagues that a precedent should be revisited only for the serious reasons this Court recently described in *Canada (Attorney General) v. Bedford*, 2013 SCC 72, [2013] 3 S.C.R. 1101, and *Ontario (Attorney General) v. Fraser*,

n'efface pas la violation du droit des créanciers, en l'espèce, les salariés. De fait, dans la mesure où il établit les dommages qu'il a subis, le salarié pourra être indemnisé (art. 1458, 1590 et 1607 *C.c.Q.*; *Automobiles Canbec inc.*; *Union des routiers, brasseries, liqueurs douces & ouvriers de diverses industries*; *Natrel inc. c. Syndicat démocratique des distributeurs (CSD)*, [2000] R.J.D.T. 670 (T.A.)).

[73] Dans cette perspective, ni l'objectif, ni le texte, ni la nature de l'art. 59 du *Code* ne font obstacle à la réparation par équivalent. Comme le soulignent les professeurs Verge et Roux, le droit n'est pas « démuné lorsqu'il s'agit de remédier aux conséquences d'une fermeture d'entreprise. D'une façon générale, sans parler de sanctions pénales applicables en vertu du *Code du travail*, la réparation par équivalent est toujours possible » : P. Verge et D. Roux, « Fermer l'entreprise : un "droit". . . absolu? », dans Barreau du Québec, vol. 245, *Développements récents en droit du travail* (2006), 223, p. 259. En conséquence, l'arbitre aux prises avec une situation de fermeture ne pourra pas, sous prétexte que l'exécution en nature est rendue impossible, refuser d'appliquer l'art. 59 du *Code*.

[74] Avant de m'étendre davantage sur la mise en œuvre de l'art. 59 dans un tel cas, j'ouvre une parenthèse pour examiner l'argument sur lequel repose l'essentiel de la thèse de mes collègues, les juges Rothstein et Wagner, à savoir que, depuis la décision de notre Cour dans *Plourde*, seul le recours fondé sur les art. 12 à 14 du *Code* serait ouvert après la fermeture d'une entreprise. Mes collègues appuient cette conclusion sur les propos du juge Binnie suivant lesquels « [l]e recours approprié en cas de fermeture d'une entreprise est prévu aux art. 12 à 14 du *Code* » (par. 4). Selon eux, cette affirmation — qu'ils disent être « non équivoque » — constituerait un précédent fermant la porte à tout autre recours (par. 121).

[75] Tout comme mes collègues, je suis persuadé qu'un précédent ne devrait être revisité que pour les motifs sérieux décrits récemment par notre Cour dans les arrêts *Canada (Procureur général) c. Bedford*, 2013 CSC 72, [2013] 3 R.C.S. 1101, et

2011 SCC 20, [2011] 2 S.C.R. 3. However, I cannot accept their, to say the least, broad interpretation of Binnie J.'s statement. First of all, as I mentioned above, the issue in *Plourde* was limited to the applicability of ss. 15 to 17 of the *Code*. The case therefore did not concern the applicability of every section that might be invoked. Indeed, that is what Binnie J. himself said in writing the following at para. 4 of his reasons:

The issue before the Court, as I see it, is quite limited albeit it is an important one. It is a matter of procedure that has nothing to do with any general inquiry into Wal-Mart's labour practices. The narrow issue is whether the procedural vehicle offered by ss. 15 to 17 of the Code is available to the appellant in circumstances where a store no longer exists. More specifically, the issue is whether an employee in such circumstances has the benefit of the *presumption* in s. 17 that the loss of jobs was a "sanction" imposed for an unlawful motive, namely union busting. [Emphasis added.]

[76] Given that the "narrow" issue was thus "limited" to the applicability of ss. 15 to 17 of the *Code*, it cannot be argued, as my colleagues do, that Binnie J.'s comments with regard to ss. 12 to 14 constitute a "precedent" that the Court is bound to follow in the future. In my opinion, they amount, at most, to a simple *obiter* that was limited to that specific case as presented, argued and analyzed. Furthermore, the remainder of Binnie J.'s sentence — which my colleagues do not mention — shows that he was discussing the alternative offered to employees by ss. 12 to 14, because that was what had been submitted to the Court:

The appropriate remedy in a closure situation lies under ss. 12 to 14 of the *Code* (which were in fact invoked by Jonquière employees in the *Boutin* case mentioned earlier). [Emphasis added; para. 4.]

[77] It thus seems clear that Binnie J. did not intend to identify every possible remedy available to the employees or, above all, to respond to questions that were not before the Court. Moreover, I would

Ontario (Procureur général) c. Fraser, 2011 CSC 20, [2011] 2 R.C.S. 3. Cependant, je ne peux me rallier à l'interprétation pour le moins large qu'ils font des propos du juge Binnie. D'abord, comme je l'ai rappelé plus haut, la question en litige dans l'arrêt *Plourde* se limitait à l'applicabilité des art. 15 à 17 du *Code*. Il n'était donc pas question de l'applicabilité de l'ensemble des articles susceptibles d'être invoqués. C'est effectivement ce qu'indique le juge Binnie lui-même, lorsqu'il écrit ceci au par. 4 de ses motifs :

La question qui est soumise à la Cour est, selon moi, assez limitée, quoique importante. Il s'agit d'une question de procédure qui n'a rien à voir avec un examen général des pratiques de Wal-Mart en matière de relations du travail. La question restreinte soulevée dans le pourvoi est celle de savoir si, lorsqu'un magasin n'existe plus, l'appelant peut se prévaloir du mécanisme procédural que lui offrent les art. 15 à 17 du Code. Plus précisément, il s'agit de déterminer si, en pareilles circonstances, un salarié bénéficie de la *présomption* établie à l'art. 17, selon laquelle la perte des emplois est une « sanction » imposée pour un motif illégal, savoir pour combattre le syndicat. [Je souligne.]

[76] La question « restreinte » étant alors « limitée » à l'applicabilité des art. 15 à 17 du *Code*, on ne saurait prétendre, comme le font mes collègues, que les commentaires du juge Binnie sur les art. 12 à 14 constituent un « précédent » liant la Cour pour l'avenir. À mon avis, il ne s'agit tout au plus que d'un simple *obiter*, d'une remarque incidente dont la portée est tributaire du cas particulier, tel qu'il a été présenté, débattu et analysé. À cet effet, d'ailleurs, le reste de la phrase du juge Binnie — que mes collègues passent sous silence — montre que ce dernier traite de la solution de rechange qu'offrent aux employés les art. 12 à 14, parce que cette hypothèse lui avait été soumise :

Le recours approprié en cas de fermeture d'une entreprise est prévu aux art. 12 à 14 du *Code* (qui ont effectivement été invoqués par des salariés de Jonquière dans l'affaire *Boutin* mentionnée plus tôt). [Je souligne; par. 4.]

[77] Dans ce contexte, il apparaît donc clairement que le juge Binnie n'entendait pas identifier toutes les voies de recours potentielles des employés ni, surtout, répondre à des questions qui ne lui étaient

note that he discussed neither the administrative remedies nor the general law remedies that might have been available. Does this necessarily mean that those remedies are never available when the resiliation of the employees' contracts results from the closure of the establishment where they worked? That because Binnie J. did not mention them as alternatives, *Plourde* now precludes their application? I do not think so.

[78] Indeed, the issue in *Plourde* was totally different from the one in the case at bar. *Plourde* is thus not a precedent that would render s. 59 inapplicable. As I mentioned above, therefore, there is nothing that precludes the application of that section in the context of the closure of an establishment. An arbitrator hearing a case in such a context must, as in any other case concerning a decision that results in a change in conditions of employment, determine whether the employer's decision — to resiliate all the contracts of employment in this instance — is consistent with its past management practices or with those of a reasonable employer in the same circumstances.

(2) Employer's Justification: Need to Explain the Closure

[79] Ten years ago, in *Place des Arts*, our late colleague Gonthier J. stressed that neither the *Code* nor Quebec law in general precludes companies “[from going] out of business, either completely or in part” (para. 28). He added, however, adopting the words of Judge Lesage from *City Buick Pontiac (Montréal) Inc. v. Roy*, [1981] T.T. 22, that the exercise of the right to do so is contingent upon the decision to go out of business being [TRANSLATION] “authentic and not a simulation” (para. 29).

[80] Contrary to the view expressed by Rothstein and Wagner JJ. (at paras. 119 and 129), the application of s. 59 of the *Code* does not call this now well-established principle into question (see *Plourde*, at paras. 41 *et seq.*; *Boutin v. Wal-Mart Canada inc.*, 2005 QCCRT 269 (CanLII); *Société du centre Pierre-Péladeau; Syndicat des travailleuses et travailleurs du Centre d'approbation de Nordia* —

pas posées. De surcroît, je note qu'il ne traite ni des recours de nature administrative ni des recours de droit commun potentiellement ouverts aux employés. Or, faut-il en déduire que ceux-ci n'existent jamais lorsque la résiliation des contrats des employés résulte de la fermeture de l'établissement de travail? Que parce que le juge Binnie ne les a pas mentionnés à titre de solutions de rechange, l'arrêt *Plourde* empêche maintenant leur application? Je ne le crois pas.

[78] En définitive, la question en litige dans l'arrêt *Plourde* différait totalement de celle qui se pose en l'espèce. Cet arrêt ne constitue donc pas un précédent qui rendrait l'art. 59 inapplicable. En conséquence, comme je l'ai indiqué plus tôt, rien ne s'oppose à l'application de cette disposition dans un scénario de fermeture d'établissement. L'arbitre saisi d'une telle situation devra, comme il le fait pour toute autre décision entraînant la modification de conditions de travail, déterminer si la décision de l'employeur, en l'occurrence la résiliation de l'ensemble des contrats de travail, est conforme à ses pratiques antérieures de gestion ou à celles d'un employeur raisonnable placé dans les mêmes circonstances.

(2) La justification de l'employeur : la nécessité d'expliquer la fermeture

[79] Il y a 10 ans, dans l'arrêt *Place des Arts*, notre regretté confrère le juge Gonthier soulignait que ni le *Code* ni le droit québécois en général n'empêchent les entreprises « de cesser leurs activités en tout ou en partie » (par. 28). Souscrivant aux propos du juge Lesage dans *City Buick Pontiac (Montréal) Inc. c. Roy*, [1981] T.T. 22, il ajoutait toutefois que l'exercice de ce droit est conditionnel au fait que la décision de cesser les activités soit « authentique et non une simulation » (par. 29).

[80] Contrairement à ce qu'affirment les juges Rothstein et Wagner (par. 119 et 129), l'application de l'art. 59 du *Code* ne remet pas en question ce principe aujourd'hui bien établi (voir *Plourde*, par. 41 *et suiv.*; *Boutin c. Wal-Mart Canada inc.*, 2005 QCCRT 269 (CanLII); *Société du centre Pierre-Péladeau; Syndicat des travailleuses et travailleurs du Centre d'approbation de Nordia* — CSN). Si,

CSN). Although s. 59 does not in fact deprive the employer of this power to go out of business either in part or completely, and by extension to resiliate the contracts of employment of some or all of its employees, the section does require that it exercise the power in a manner consistent with its normal management practices (see *Gravel & Fils Inc.*, at p. 90; *Syndicat des employés de Télémarketing Unimédia (CSN)*, at pp. 559-60; *Société du centre Pierre-Péladeau*, at para. 74; *Syndicat des travailleuses et travailleurs du Centre d'approbation de Nordia — CSN*, at para. 429-49). As I mentioned above, the necessary principal effect of the section is to “freeze” the employer’s business environment as it existed at the time the union arrived, which includes how the employer exercised its management power.

[81] In this context, if the union’s evidence satisfies the arbitrator that the resiliation of the contracts was not consistent with such a practice, the employer must present evidence to prove the contrary (Royer and Lavallée, at p. 748).

[82] If the employer wishes to avoid having the arbitrator accept the complaint filed under s. 59, therefore, it must show that the change in conditions of employment is not one prohibited by that section. To do so, it must prove that its decision was consistent with its normal management practices or, in other words, that it would have proceeded as it did even if there had been no petition for certification. Given that going out of business either in part or completely is not something that occurs frequently in any company, the arbitrator often has to ask whether a reasonable employer would, in the same circumstances, have closed its establishment: see *Syndicat des travailleuses et travailleurs du Centre d'approbation de Nordia — CSN*. Without suddenly becoming an expert in this regard, the arbitrator must also, therefore, above all else, be satisfied of the truthfulness of the circumstances relied on by the employer and of their significance.

[83] If, after conducting this inquiry, the arbitrator is convinced that the resiliation is not consistent with the employer’s normal management practices,

de fait, l’art. 59 ne prive pas l’employeur du pouvoir de cesser partiellement ou totalement ses activités et, par extension, de résilier les contrats de travail de certains ou de l’ensemble de ses employés, il lui demande, en revanche, de l’exercer conformément à ses pratiques habituelles de gestion (voir *Gravel & Fils Inc.*, p. 90; *Syndicat des employés de Télémarketing Unimédia (CSN)*, p. 559-560; *Société du centre Pierre-Péladeau*, par. 74; *Syndicat des travailleuses et travailleurs du Centre d'approbation de Nordia — CSN*, par. 429-449). Je le répète, cette disposition a pour effet principal et nécessaire de « figer » le cadre normatif existant dans l’entreprise au moment de l’arrivée du syndicat, ce qui inclut la manière dont l’employeur exercera son pouvoir de gestion.

[81] Dans ce contexte, dans la mesure où la preuve présentée par le syndicat convainc l’arbitre que la résiliation des contrats ne relève pas d’une telle pratique, l’employeur devra présenter des éléments prouvant le contraire (Royer et Lavallée, p. 748).

[82] Le cas échéant, pour éviter que la plainte déposée en vertu de l’art. 59 ne soit accueillie, l’employeur devra donc démontrer que le changement apporté aux conditions de travail ne constitue pas une modification prohibée par l’art. 59. Pour ce faire, il devra prouver que sa décision s’inscrit dans le cadre de ses pratiques habituelles de gestion ou, en d’autres mots, qu’il aurait agi de la même manière en l’absence de la requête en accréditation. Comme le contexte d’une cessation partielle ou totale ne se présente pas souvent dans une entreprise, il arrive fréquemment que l’arbitre doive se demander si un employeur raisonnable placé dans les mêmes circonstances aurait fermé son établissement : voir *Syndicat des travailleuses et travailleurs du Centre d'approbation de Nordia — CSN*. Sans s’improviser expert en la matière, il devra alors également, et ce avant toute chose, être convaincu de la véracité des circonstances invoquées par l’employeur et de leur portée.

[83] Si, au terme de cette analyse, l’arbitre est persuadé que la résiliation ne s’inscrit pas dans le cadre des pratiques habituelles de gestion de

he or she must find that the employer's decision resulted in a unilateral change in conditions of employment that is prohibited by s. 59 of the *Code*. The arbitrator will then have no choice but to sanction the violation of the right protected by that section by deciding on the appropriate remedy. Given that the employer cannot be ordered to continue operating or to reopen its business, the arbitrator can order it to compensate the employees whose rights have been violated.

E. *Validity of Arbitrator Ménard's Award*

[84] An arbitrator, who is required by law to decide any complaint based on s. 59 of the *Code*, has considerable discretion in doing so that calls for deference on the part of the ordinary courts. In the instant case, Arbitrator Ménard held that, in the circumstances, the resiliation of all the contracts of employment constituted a change in the employees' conditions of employment within the meaning of s. 59. In light of the facts and of the applicable law, I find his award reasonable and, hence, unreviewable.

(1) Standard of Review: Reasonableness

[85] Since 1944, writes Professor Trudeau, grievance arbitration [TRANSLATION] "has gradually emerged as the sole, obligatory and final method of settling disputes concerning the interpretation and application of collective agreements": G. Trudeau, "L'arbitrage des griefs au Canada: plaidoyer pour une réforme devenue nécessaire" (2005), 84 *Can. Bar Rev.* 249, at p. 249. This Court, aware of the systemic importance accorded by Canadian legislatures to this expeditious, effective and specialized dispute settlement method, has always shown great deference to awards of arbitrators who act within the limits of their jurisdiction (*Blanchard v. Control Data Canada Ltd.*, [1984] 2 S.C.R. 476, at p. 488; *St. Anne Nackawic Pulp & Paper Co. v. Canadian Paper Workers Union, Local 219*, [1986] 1 S.C.R. 704, at p. 721; *Dayco (Canada) Ltd. v. CAW-Canada*, [1993] 2 S.C.R. 230, at p. 251; *Ivanhoe inc. v. UFCW, Local 500*, 2001 SCC 47, [2001] 2 S.C.R. 565, at para. 32; *Parry Sound (District) Social Services Administration Board v. O.P.S.E.U.*,

l'employeur, il devra conclure que cette décision entraîne une modification unilatérale des conditions de travail prohibée par l'art. 59 du *Code*. Il ne lui restera alors qu'à sanctionner la violation du droit que protège cette disposition en déterminant la réparation appropriée. Faute d'être capable de condamner l'employeur à maintenir ses activités ou à les reprendre, l'arbitre pourra le condamner à indemniser les employés dont les droits ont été violés.

E. *La validité de la décision de l'arbitre Ménard*

[84] Chargé par la loi de statuer sur toute plainte fondée sur l'art. 59 du *Code*, l'arbitre dispose à cette fin d'une grande latitude que se doivent de respecter les tribunaux de droit commun. En l'espèce, l'arbitre Ménard a conclu que la résiliation de l'ensemble des contrats de travail constituait, eu égard au contexte, une modification des conditions de travail au sens de l'art. 59. À la lumière des faits et du droit applicable, cette décision m'apparaît raisonnable et, pour cette raison, non révisable.

(1) La norme de contrôle : la décision raisonnable

[85] Depuis 1944, écrit le professeur Trudeau, l'arbitrage de griefs « s'est graduellement imposé comme le mode unique, obligatoire et final de règlement des litiges découlant de l'interprétation et de l'application des conventions collectives » : G. Trudeau, « L'arbitrage des griefs au Canada : plaidoyer pour une réforme devenue nécessaire » (2005), 84 *R. du B. can.* 249, p. 249. Consciente de l'importance systémique qu'accordent les législatures canadiennes à cette méthode expéditive, efficace et spécialisée de règlement des différends, notre Cour a toujours fait preuve d'une grande déférence envers les décisions prises par les arbitres, lorsqu'ils agissent dans les limites de leur compétence (*Blanchard c. Control Data Canada Ltée*, [1984] 2 R.C.S. 476, p. 488; *St. Anne Nackawic Pulp & Paper Co. c. Section locale 219 du Syndicat canadien des travailleurs du papier*, [1986] 1 R.C.S. 704, p. 721; *Dayco (Canada) Ltd. c. TCA-Canada*, [1993] 2 R.C.S. 230, p. 251; *Ivanhoe inc. c. TUAC, section locale 500*, 2001 CSC 47, [2001]

Local 324, 2003 SCC 42, [2003] 2 S.C.R. 157, at paras. 16 *et seq.*; *Alberta Union of Provincial Employees*, at para. 41; *Newfoundland and Labrador Nurses' Union v. Newfoundland and Labrador (Treasury Board)*, 2011 SCC 62, [2011] 3 S.C.R. 708; *Morin and Blouin*, at p. 635).

[86] In Quebec, the courts have assumed this same attitude of deference when ruling on the legality of arbitration awards under what is now s. 59 of the *Code (Olymel, s.e.c. v. Syndicat des travailleurs d'Olympia (CSN)*, 2007 QCCA 865 (CanLII); *Syndicat des employés de Daily Freight (CSN) v. Imbeau*, [2003] R.J.Q. 452 (C.A.); *Automobiles Canbec inc.*; *Guilde des musiciens du Québec v. Syndicat des salarié(e)s de la Guilde des musiciens du Québec (C.S.D.)*, 2001 CanLII 38640 (Que. C.A.); *Syndicat des travailleurs et travailleuses des épiciers unis Métro-Richelieu*, at p. 25; *Syndicat des employés de la Commission scolaire du Haut St-Maurice*; *Syndicat canadien de la Fonction publique, Section locale 3666 v. Desnoyers*, [1996] AZ-96029022 (Sup. Ct.); *S.E.D.A.C. Laboratoires inc. v. Turcotte*, [1998] AZ-98029150 (Sup. Ct.)). In view of the criteria developed by this Court in *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, it seems to me that this judicial deference should continue to apply.

[87] On the one hand, as I mentioned above, the Quebec legislature saw fit in 1977 to extend the jurisdiction of arbitrators by requiring that any disagreement relating to the maintenance of conditions of employment provided for in s. 59 be referred to arbitration as if it were a grievance (s. 100.10 of the *Code*; *Consolidated-Bathurst Inc. v. Syndicat national des travailleurs des pâtes et papiers de Port-Alfred*, [1987] R.J.Q. 520 (C.A.)). While thus displaying a [TRANSLATION] “concern to avoid a multiplication of forums for deciding questions that are alike” (*Morin et al.*, at p. 1304), the legislature at the same time considered that this was the best way to protect a union’s initiative at this crucial stage of negotiation of a first collective agreement. As Arbitrator Tremblay put it in *Sobey’s inc.*, N° 650, at p. 725,

2 R.C.S. 565, par. 32; *Parry Sound (District), Conseil d’administration des services sociaux c. S.E.E.F.P.O., section locale 324*, 2003 CSC 42, [2003] 2 R.C.S. 157, par. 16 *et suiv.*; *Alberta Union of Provincial Employees*, par. 41; *Newfoundland and Labrador Nurses' Union c. Terre-Neuve-et-Labrador (Conseil du Trésor)*, 2011 CSC 62, [2011] 3 R.C.S. 708; *Morin et Blouin*, p. 635).

[86] Au Québec, cette attitude de retenue a été respectée par les tribunaux appelés à statuer sur la légalité de sentences arbitrales rendues en vertu de ce qui est aujourd’hui l’art. 59 du *Code (Olymel, s.e.c. c. Syndicat des travailleurs d'Olympia (CSN)*, 2007 QCCA 865 (CanLII); *Syndicat des employés de Daily Freight (CSN) c. Imbeau*, [2003] R.J.Q. 452 (C.A.); *Automobiles Canbec inc.*; *Guilde des musiciens du Québec c. Syndicat des salarié(e)s de la Guilde des musiciens du Québec (C.S.D.)*, 2001 CanLII 38640 (C.A. Qué.); *Syndicat des travailleurs et travailleuses des épiciers unis Métro-Richelieu*, p. 25; *Syndicat des employés de la Commission scolaire du Haut St-Maurice*; *Syndicat canadien de la Fonction publique, Section locale 3666 c. Desnoyers*, [1996] AZ-96029022 (C.S.); *S.E.D.A.C. Laboratoires inc. c. Turcotte*, [1998] AZ-98029150 (C.S.)). Au regard des critères développés par notre Cour dans l’arrêt *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, cette retenue judiciaire me semble devoir continuer à s’appliquer.

[87] D’une part, comme je l’ai souligné précédemment, en 1977 le législateur québécois a cru bon d’étendre la compétence de l’arbitre en assimilant à un arbitrage de griefs le processus de règlement des mécontentes relatives au maintien des conditions de travail prévu à l’art. 59 (art. 100.10 du *Code*; *Consolidated-Bathurst Inc. c. Syndicat national des travailleurs des pâtes et papiers de Port-Alfred*, [1987] R.J.Q. 520 (C.A.)). Tout en manifestant ainsi un « souci d’éviter la multiplication des forums pour trancher des questions de même nature » (*Morin et autres*, p. 1304), le législateur a par ailleurs jugé que cette solution permettait de mieux protéger l’initiative syndicale à l’étape cruciale que constitue la négociation d’une première convention collective. Pour reprendre les mots de l’arbitre Tremblay dans *Sobey’s inc.*, N° 650, p. 725 :

[TRANSLATION] [The legislature] knew very well that there is no collective agreement during the pre-certification period. It nonetheless wished to protect the employees' conditions of employment during that period by, first, having any complaint with respect to them dealt with as if it were a grievance and, second, providing that such complaints can be submitted to arbitration.

[88] On the other hand, by granting sole jurisdiction over such grievances to arbitrators, the National Assembly recognized their expert knowledge and the fact that they are specialists in such matters (*Consolidated-Bathurst Inc.; Automobiles Canbec inc.* (per Otis J.A., at pp. 43-44); *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 1450; Syndicat des chargées et chargés de cours de l'U.Q.A.C. (CSN) v. Syndicat des professeures et professeurs de l'Université du Québec à Chicoutimi*, 2005 QCCRT 364 (CanLII)).

[89] To this I should add the fact that the legislature has, in ss. 139, 139.1 and 140 of the *Code*, enacted what Arbour J. described as “general full privative clauses” (*Ivanhoe inc.*, at para. 25). It cannot therefore be doubted that the Quebec legislature intended to give the grievance arbitrator full latitude to rule on an alleged violation of the right provided for in s. 59. As a result, deference is in order, and judicial review will be available only if the award was unreasonable.

(2) Arbitrator Ménard's Award Was Reasonable

[90] In the case at bar, there is no support for a finding that Arbitrator Ménard's award was unreasonable. On the contrary, in light of the principles I have been discussing, the award seems to be perfectly consistent with the words and the purposes of s. 59, and with the meaning and the scope the Quebec legislature intended to give that section. It is therefore clearly one of the “possible, acceptable outcomes which are defensible in respect of the facts and law”, *Dunsmuir*, at para. 47.

[91] Moreover, turning to the arbitrator's analysis, I would note at the outset that in determining

[Le législateur] savait fort bien [. . .] qu'il n'existait pas de convention collective pendant la période précédant l'accréditation. Il a voulu néanmoins protéger pendant cette période les conditions de travail des salariés, d'une part en assimilant toute plainte relative à celles-ci à un grief et en prévoyant d'autre part que ces dernières peuvent être soumises à l'arbitrage.

[88] D'autre part, en attribuant compétence exclusive aux arbitres sur ce type de griefs, l'Assemblée nationale reconnaissait leur champ d'expertise et leur spécialisation en la matière (*Consolidated-Bathurst Inc.; Automobiles Canbec inc.* (la juge Otis, p. 43-44); *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 1450; Syndicat des chargées et chargés de cours de l'U.Q.A.C. (CSN) c. Syndicat des professeures et professeurs de l'Université du Québec à Chicoutimi*, 2005 QCCRT 364 (CanLII)).

[89] S'ajoute à ces constats le fait que le *Code* édicte, aux art. 139, 139.1 et 140, ce que la juge Arbour a qualifié de « clauses privatives générales intégrales » (*Ivanhoe inc.*, par. 25). L'on ne saurait alors mettre en doute la volonté du législateur québécois de laisser à l'arbitre de griefs la latitude nécessaire pour statuer sur une allégation de violation du droit que proclame l'art. 59. Dans ce contexte, la déférence s'impose, et seule une décision déraisonnable permettra une révision judiciaire.

(2) La sentence de l'arbitre Ménard est raisonnable

[90] En l'espèce, rien ne permet de conclure que la décision de l'arbitre Ménard est déraisonnable. Au contraire, à la lumière des principes que je viens d'exposer, elle apparaît tout à fait conforme au texte et aux objectifs de l'art. 59, de même qu'au sens et à la portée qu'a bien voulu lui donner le législateur québécois. En tant que telle, elle s'inscrit clairement parmi les « issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit », *Dunsmuir*, par. 47.

[91] De plus, en passant à l'étude de son raisonnement, je note d'entrée de jeu qu'en situant le

that the case concerned a change in the employees' conditions of employment rather than the legality of the closure, he correctly identified the subject matter of the litigation (paras. 14-17). In addition to stressing the distinction between the subject of the change and its *raison d'être* that flows from the interpretation given to s. 59 by judges and commentators, this premise enabled him to find, quite rightly, that s. 59 did not preclude the employer from closing its business (paras. 20 and 26).

[92] This led the arbitrator to review the whole of the dispute in light of relevant principles drawn from the legislation itself, as well as from the case law and the academic literature (paras. 18-24). After stating that s. 59 [TRANSLATION] "is intended to protect the right to form a union and negotiate a collective agreement" (para. 18), he correctly identified the facts the Union must prove in order to succeed (para. 19). Then, discussing the only one of these facts that was at issue in this case, he found on the evidence that the Union had established that the "collective layoffs" constituted a change in conditions of employment (para. 25). From this perspective, the quoted passages from the case law and the summary of the evidence set out at the start of the award suggest that he saw continuation of the employment relationship to be the condition of employment that had been changed by the employer.

[93] Regarding the reason given to justify this change, Arbitrator Ménard held that the closure of the establishment did not suffice to explain the layoffs (para. 26). Since that was the only argument the employer had advanced, he found that the employer had failed to justify its decision and that the change was accordingly contrary to s. 59 (paras. 25 and 27-29).

[94] On this point, I note that the arbitrator was right to maintain that invoking the closure (or the right to close its business) did not on its own suffice to justify the change for the purposes of s. 59 (para. 26). As I mentioned above, an arbitrator who hears a complaint based on that section cannot merely find that the employer has the power to manage its business and, in so doing, to close it. The

débat sur le terrain de la modification des conditions de travail plutôt que sur celui de la légalité de la fermeture, l'arbitre a correctement identifié l'objet du litige (par. 14-17). En plus de souligner la distinction qui ressort de l'interprétation jurisprudentielle et doctrinale de l'art. 59 entre l'objet de la modification et sa *raison d'être*, cette prémisse lui a permis de rappeler, à bon droit, que cette disposition n'a pas empêché l'employeur de fermer son entreprise (par. 20 et 26).

[92] Fort de ce constat, l'arbitre a par ailleurs analysé l'ensemble du litige à la lumière des concepts législatifs, prétoriens et doctrinaux pertinents (par. 18-24). Ainsi, après avoir affirmé que l'art. 59 « a pour objet de protéger le droit à la syndicalisation et à la négociation de conventions collectives » (par. 18), il dégage correctement les éléments que le Syndicat doit démontrer pour avoir gain de cause (par. 19). Puis, discutant du seul élément litigieux en l'espèce, il conclut, au regard de la preuve, que le Syndicat a établi que les « mises à pied collectives » constituent une modification des conditions de travail (par. 25). Dans ce contexte, les extraits jurisprudentiels cités et les éléments de preuve résumés au début de la décision indiquent qu'il considère le maintien du lien d'emploi comme faisant l'objet de la condition de travail modifiée par l'employeur.

[93] Quant au motif invoqué pour justifier cette modification, l'arbitre Ménard décide que la fermeture de l'établissement ne suffit pas pour expliquer les mises à pied (par. 26). Or, comme cet argument était le seul avancé par l'employeur, il constate que ce dernier n'est pas en mesure de justifier sa décision. En conséquence, la modification est contraire à l'art. 59 (par. 25 et 27-29).

[94] Sur ce point, je signale que l'arbitre a raison de soutenir que le simple fait d'invoquer la fermeture (voire le droit de fermer son entreprise) n'est pas suffisant pour justifier la modification au sens de l'art. 59 (par. 26). Comme je l'ai souligné plus haut, l'arbitre saisi d'une plainte fondée sur cet article ne peut se borner à constater que l'employeur possède le pouvoir de gérer son entreprise et, par

arbitrator must also be satisfied that the employer would have closed the business even if the petition for certification had not been filed. Given the absence of evidence to that effect, however, it was reasonable to find that the closure did not flow from a normal management practice.

[95] In discussing the “business as usual” rule and its application in this case, Arbitrator Ménard did not place an inappropriate burden of proof on the employer. In fact, it is clear from his review of the Union’s evidence that the Union had shown that the store’s situation did not suggest it would be closed. For example, Mr. Ménard stated early in his reasons that he was adopting the following [TRANSLATION] “additional evidence”:

[TRANSLATION] [T]he Employer at no time told anyone that it intended to go out of business or that it was experiencing financial difficulties. On the contrary, it indicated that, from a perspective of five (5) years, the store was performing very well and that its objectives were being met. [para. 2]

He then quoted a passage from the testimony of Gaétan Plourde in which Mr. Plourde revealed that the establishment’s manager had indicated to him that bonuses would be paid for 2003 (para. 2).

[96] In this context, it must be understood that the arbitrator’s statement that the employer had not shown the closure to have been made in the ordinary course of the company’s business was grounded in his view that the Union had *already* presented sufficient evidence to satisfy him that the change was not consistent with the employer’s past management practices or with those of a reasonable employer in the same circumstances. It was in fact reasonable to find that a reasonable employer would not close an establishment that “was performing very well” and whose “objectives were being met” to such an extent that bonuses were being promised.

[97] Given that his award was based on this objective finding, the arbitrator neither created a legal

le fait même, de la fermer. Il doit au surplus être convaincu que ce dernier aurait procédé à cette fermeture même en l’absence de la requête en accréditation. Or, en l’absence de preuve à cet effet, il était raisonnable de conclure que la fermeture ne résultait pas d’une pratique habituelle de gestion.

[95] Dans ses commentaires sur la règle des « pratiques habituelles de gestion » et sur son application en l’espèce, l’arbitre Ménard n’a pas imposé à l’employeur un fardeau de preuve inapproprié. En effet, à l’examen de la décision, il ressort clairement de son analyse de la preuve présentée par le Syndicat que celui-ci avait démontré que le magasin n’était pas dans une situation laissant présager sa fermeture. À titre d’exemple, au tout début de ses motifs, M^e Ménard indique qu’il retient notamment ce qui suit de « compléments de preuve » :

[L]’employeur n’a jamais révélé à quiconque qu’il entendait cesser ses activités ou encore qu’il rencontrait des difficultés financières. Au contraire, il laissait savoir que, dans une perspective de cinq (5) ans, le magasin évoluait très bien et que les objectifs étaient rencontrés. [par. 2]

Un peu plus loin, il cite un extrait du témoignage de Gaétan Plourde, dans lequel ce dernier révèle que le directeur de l’établissement lui avait laissé entendre que des bonis seraient versés pour l’année 2003 (par. 2).

[96] Dans ce contexte, on comprend que, lorsqu’il affirme que l’employeur n’a pas démontré que la fermeture s’inscrivait dans le cours normal des affaires de l’entreprise, il retient que le Syndicat a *déjà* présenté suffisamment d’éléments de preuve pour le convaincre que la modification n’était pas conforme aux pratiques antérieures de gestion de l’employeur ou à celles d’un employeur raisonnable placé dans les mêmes circonstances. En effet, on peut raisonnablement conclure que cet employeur raisonnable n’aurait pas fermé les portes d’un établissement qui « évoluait très bien » et où « les objectifs étaient rencontrés », à tel point que des bonis étaient promis.

[97] Partant de ce constat objectif, l’arbitre n’a ni créé de présomption légale ni inversé le fardeau

presumption nor reversed the onus. All he did was draw inferences of fact from the evidence that had been established before him, which he was free to do under the *Civil Code* and the *Labour Code*. These inferences, which Wal-Mart did not challenge, led Arbitrator Ménard to hold that the resiliation of the contracts of employment and, therefore, the change in the conditions of employment of all the establishment's employees violated s. 59. I find this conclusion reasonable in light of the facts and the law. In these circumstances, the Court of Appeal should have dismissed the appeal and affirmed the Superior Court's judgment dismissing Wal-Mart's application for judicial review.

V. Conclusion

[98] For these reasons, I would allow the appeal, set aside the judgment of the Court of Appeal and restore the Superior Court's judgment dismissing the application for judicial review of Arbitrator Ménard's award. I would remand the case to Arbitrator Ménard to determine the appropriate remedy in accordance with the disposition of his award. I would award costs throughout to the appellant.

The following are the reasons delivered by

ROTHSTEIN AND WAGNER JJ. (dissenting) —

I. Introduction

[99] This is the latest in a seemingly interminable series of cases in this Court and the courts in Quebec arising from the closure of the Wal-Mart store in Jonquière, Quebec over nine years ago. As in the other litigation, the question is whether the unfair labour practice provisions of the *Labour Code*, CQLR, c. C-27 ("*Code*"), ss. 12 to 14, should be the basis of the union's complaint, rather than other provisions of the *Code*. In this appeal the union resorts to s. 59, which provides for a temporary prohibition on employers changing the conditions of employment, to argue that the Jonquière store closure and resultant employee termination are impermissible in the absence of justification. In doing so, the union attempts to side-step the requirement

de preuve. Il a tout simplement tiré des inférences de faits des éléments de preuve déjà établis devant lui, ce que lui permettent le *Code civil* et le *Code du travail*. Ces inférences, que Wal-Mart n'a pas contestées, ont amené l'arbitre Ménard à conclure que la résiliation des contrats de travail, et donc la modification des conditions de travail de l'ensemble des employés de l'établissement, contrevenait à l'art. 59. À la lumière des faits et du droit, cette conclusion m'apparaît raisonnable. Dans ces circonstances, la Cour d'appel aurait dû rejeter le pourvoi et confirmer le jugement de la Cour supérieure qui rejetait la demande de contrôle judiciaire de Wal-Mart.

V. Conclusion

[98] Pour ces motifs, j'accueillerais le pourvoi, je casserais le jugement de la Cour d'appel et je rétablirais le jugement de la Cour supérieure rejetant la demande de contrôle judiciaire de la décision de l'arbitre Ménard. Je renverrais le dossier à ce dernier pour qu'il détermine la réparation appropriée conformément au dispositif de sa sentence. J'accorderais les dépens à l'appelante devant toutes les cours.

Version française des motifs rendus par

LES JUGES ROTHSTEIN ET WAGNER (dissidents) —

I. Introduction

[99] Le présent pourvoi représente le plus récent chapitre d'une série apparemment interminable de procédures devant la Cour et les tribunaux du Québec découlant de la fermeture, il y a plus de neuf ans, du magasin Wal-Mart de Jonquière au Québec. Comme ce fut le cas dans les autres instances, la question consiste à se demander si la plainte du syndicat doit reposer sur les dispositions relatives aux pratiques déloyales de travail figurant dans le *Code du travail*, RLRQ, ch. C-27 (le « *Code* ») — c'est-à-dire les art. 12 à 14 —, plutôt que sur d'autres dispositions du *Code*. En l'espèce, le syndicat se rabat maintenant sur l'art. 59, lequel interdit temporairement aux employeurs de modifier les conditions de travail, et il plaide que la

of proving that the store closure was motivated by anti-union animus.

[100] The union appeals a decision rendered by the Quebec Court of Appeal on May 11, 2012. The Court of Appeal allowed the appeal brought by Wal-Mart from a judgment rendered by the Quebec Superior Court on judicial review on October 6, 2010. That judgment upheld an arbitration award made on September 18, 2009, which found that the employee dismissals on April 29, 2005 were unlawful.

[101] Section 59 of the *Code* provides:

59. From the filing of a petition for certification and until the right to lock out or to strike is exercised or an arbitration award is handed down, no employer may change the conditions of employment of his employees without the written consent of each petitioning association and, where such is the case, certified association.

The same rule applies on the expiration of the collective agreement until the right to lock out or to strike is exercised or an arbitration award is handed down.

The parties may stipulate in a collective agreement that the conditions of employment contained therein shall continue to apply until a new agreement is signed.

[102] The union argues that s. 59 of the *Code* is applicable in the case of a business closure and does not require that there be an ongoing business. According to the union, the continuation of the employment relationship is a condition of employment for the purposes of s. 59 of the *Code*. The closure of the Jonquière Wal-Mart store was thus a change in the conditions of employment that must be justified by Wal-Mart. Wal-Mart did not provide such justification. The union also submits that the arbitrator is not limited to restoring the *status quo ante* under s. 59 of the *Code* and that s. 100.12 empowers the arbitrator to award damages.

fermeture du magasin de Jonquière et les congédiements qui en ont résulté étaient interdits en l'absence de justification. Ce faisant, le syndicat tente d'éviter l'obligation de prouver que la fermeture du magasin était motivée par l'antisyndicalisme.

[100] Le syndicat se pourvoit à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel du Québec daté du 11 mai 2012, qui a accueilli l'appel formé par Wal-Mart contre un jugement rendu le 6 octobre 2010 par la Cour supérieure du Québec à l'issue d'un contrôle judiciaire. Dans ce jugement, la Cour supérieure a confirmé une sentence arbitrale dans laquelle l'arbitre avait conclu, le 18 septembre 2009, à l'illégalité du congédiement des salariés le 29 avril 2005.

[101] L'article 59 du *Code* est rédigé ainsi :

59. À compter du dépôt d'une requête en accréditation et tant que le droit au lock-out ou à la grève n'est pas exercé ou qu'une sentence arbitrale n'est pas intervenue, un employeur ne doit pas modifier les conditions de travail de ses salariés sans le consentement écrit de chaque association requérante et, le cas échéant, de l'association accréditée.

Il en est de même à compter de l'expiration de la convention collective et tant que le droit au lock-out ou à la grève n'est pas exercé ou qu'une sentence arbitrale n'est pas intervenue.

Les parties peuvent prévoir dans une convention collective que les conditions de travail contenues dans cette dernière vont continuer de s'appliquer jusqu'à la signature d'une nouvelle convention.

[102] Le syndicat prétend que l'art. 59 du *Code* s'applique en cas de fermeture d'entreprise et que l'application de cette disposition n'exige pas qu'il y ait une entreprise active. Selon lui, le maintien de la relation d'emploi est une condition de travail visée à l'art. 59 du *Code*. La fermeture du magasin Wal-Mart de Jonquière constituait donc une modification des conditions de travail que Wal-Mart était tenue de justifier. Or Wal-Mart n'a pas fourni de justification. Le syndicat ajoute que le pouvoir de l'arbitre ne se limite pas à rétablir la situation antérieure en application de l'art. 59 du *Code* et que l'art. 100.12 autorise celui-ci à accorder des dommages-intérêts.

[103] For the reasons that follow, we are of the opinion that the appeal is without foundation. Section 59 of the *Code* does not apply in the business closure context. As this Court stated in *Plourde v. Wal-Mart Canada Corp.*, 2009 SCC 54, [2009] 3 S.C.R. 465, the recourse available in such circumstances lies under ss. 12 to 14 of the *Code*. To say that s. 59 of the *Code* applies here would deny the employer the right to close its business and would be inconsistent with the purpose of s. 59.

II. Background

[104] The facts of the case are well known to this Court. As in *Plourde* and *Desbiens v. Wal-Mart Canada Corp.*, 2009 SCC 55, [2009] 3 S.C.R. 540, this appeal has its roots in the decision of Wal-Mart to close its Jonquière store on May 6, 2005.

[105] On August 2, 2004, the Commission des relations du travail (“CRT”) certified the union to represent employees of the Wal-Mart store in Jonquière. Between October 26, 2004 and February 1, 2005, the union and Wal-Mart held nine bargaining sessions but were unable to conclude a collective agreement. On February 2, 2005, the union applied to the Minister of Labour for the appointment of an arbitrator to determine the content of the first collective agreement. On February 9, 2005, the Minister of Labour referred the dispute to arbitration and notified the parties that he had done so. That same day, Wal-Mart announced that it would close its Jonquière establishment for business reasons, effective May 6, 2005. It informed employees that they would receive severance pay in an amount equal to two weeks of work per year of service. On April 29, 2005, Wal-Mart informed its employees that the store would, in fact, close that day, and collectively dismissed its 192 employees.

[106] Wal-Mart employees initiated a series of proceedings related to the closure of the Jonquière store. In 2009, this Court addressed a proceeding brought by Gaétan Plourde under ss. 15 to 17 of

[103] Pour les motifs qui suivent, nous sommes d’avis que le pourvoi est dénué de fondement. L’article 59 du *Code* ne s’applique pas en contexte de fermeture d’entreprise. Comme l’a déclaré notre Cour dans *Plourde c. Compagnie Wal-Mart du Canada*, 2009 CSC 54, [2009] 3 R.C.S. 465, le recours qui peut être exercé dans une telle situation est prévu aux art. 12 à 14 du *Code*. Affirmer que l’art. 59 du *Code* s’applique en l’espèce reviendrait à priver l’employeur du droit de fermer son entreprise et serait incompatible avec l’objet de l’art. 59.

II. Faits

[104] La Cour connaît bien les faits de l’espèce. À l’instar des affaires *Plourde* et *Desbiens c. Compagnie Wal-Mart du Canada*, 2009 CSC 55, [2009] 3 R.C.S. 540, le présent pourvoi a pour origine la décision de Wal-Mart de fermer son magasin de Jonquière le 6 mai 2005.

[105] Le 2 août 2004, la Commission des relations du travail (« CRT ») a accrédité le syndicat pour représenter les employés du magasin Wal-Mart de Jonquière. Entre le 26 octobre 2004 et le 1^{er} février 2005, le syndicat et Wal-Mart ont tenu neuf séances de négociation, mais ils ont été incapables de conclure une convention collective. Le 2 février 2005, le syndicat a demandé au ministre du Travail de nommer un arbitre afin que celui-ci détermine le contenu de la première convention collective. Le 9 février 2005, le ministre du Travail a renvoyé le différend à l’arbitrage et en a avisé les parties. Le même jour, Wal-Mart a annoncé qu’elle fermerait son établissement de Jonquière pour des raisons d’affaires et que cette décision prendrait effet le 6 mai 2005. Wal-Mart a informé les employés qu’ils recevraient une indemnité de départ d’un montant équivalent à deux semaines de travail par année de service. Le 29 avril 2005, Wal-Mart a informé ses employés qu’en fait le magasin fermait ses portes le jour même et a congédié collectivement ses 192 employés.

[106] Les employés de Wal-Mart ont introduit une série d’instances en lien avec la fermeture du magasin de Jonquière. En 2009, la Cour s’est prononcée sur la procédure intentée par Gaétan

the *Code*. Mr. Plourde sought to rely on the presumption of anti-union animus in s. 17, since he had engaged in numerous union activities that were concomitant with the termination of his employment. Binnie J., writing for the majority, noted that “[t]he appropriate remedy in a closure situation lies under ss. 12 to 14 of the Code” (at para. 4) and dismissed the appeal. Sections 12 to 14 of the *Code* were, in fact, invoked in *Boutin v. Wal-Mart Canada inc.*, 2005 QCCRT 225 (CanLII); 2005 QCCRT 269 (CanLII), but that proceeding was ultimately discontinued by the applicants on or about December 5, 2007. And, in *Pednault v. Compagnie Wal-Mart du Canada*, 2006 QCCA 666, [2006] R.J.Q. 1266, a former employee sought authorization to institute a class action, alleging that Wal-Mart’s decision to close the Jonquière store violated the employees’ freedom of association. The Quebec Court of Appeal found that the dispute was within the CRT’s exclusive jurisdiction and dismissed the motion.

III. Judicial History

[107] In this case, the union filed a grievance under s. 59 of the *Code* on March 23, 2005. The union argued that Wal-Mart had changed the conditions of employment by closing the Jonquière store. The grievance alleged, *inter alia*, that the employer had [TRANSLATION] “encouraged, fomented and fostered” rumours that the Saint-Hyacinthe and Brossard stores would close and that the employer was seeking to change the conditions of employment for anti-union reasons. The conditions of employment were described in the grievance as consisting of the right to associate, the right to bargain collectively, and the right to secure a collective agreement.

[108] On August 30, 2006, arbitrator Jean-Guy Ménard declined jurisdiction in favour of the CRT. He found that the true subject matter of the complaint was [TRANSLATION] “the violation of rights established in the *Labour Code* through tactics that were considered to be unlawful” and was therefore within the CRT’s exclusive jurisdiction ([2006] R.J.D.T. 1665, at para. 21).

Plourde en vertu des art. 15 à 17 du *Code*. Monsieur Plourde y invoquait la présomption d’anti-syndicalisme de l’art. 17, parce qu’il avait exercé de nombreuses activités syndicales en concomitance avec la cessation de son emploi. S’exprimant au nom des juges majoritaires, le juge Binnie a souligné que « [l]e recours approprié en cas de fermeture d’une entreprise est prévu aux art. 12 à 14 du Code » (par. 4) et a rejeté le pourvoi. Les articles 12 à 14 du *Code* avaient en fait été invoqués dans *Boutin c. Wal-Mart Canada inc.*, 2005 QCCRT 225 (CanLII); 2005 QCCRT 269 (CanLII), mais cette affaire s’est terminée par un désistement des demandeurs vers le 5 décembre 2007. De plus, dans *Pednault c. Compagnie Wal-Mart du Canada*, 2006 QCCA 666, [2006] R.J.Q. 1266, un ancien employé avait demandé l’autorisation d’exercer un recours collectif, affirmant que la décision de Wal-Mart de fermer le magasin de Jonquière portait atteinte à la liberté d’association des employés. La Cour d’appel du Québec a toutefois conclu que le litige relevait de la compétence exclusive de la CRT et a rejeté la requête.

III. Historique judiciaire

[107] En l’espèce, le 23 mars 2005, le syndicat a déposé en vertu de l’art. 59 du *Code* un grief reprochant à Wal-Mart d’avoir modifié les conditions de travail des salariés en fermant le magasin de Jonquière. Dans ce grief, le syndicat alléguait notamment que l’employeur avait « encouragé, fomenté, favorisé » les rumeurs selon lesquelles les magasins de Saint-Hyacinthe et de Brossard fermeraient leurs portes, et que Wal-Mart cherchait à modifier les conditions de travail pour des raisons antisyndicales. Les conditions de travail décrites dans le grief étaient le droit de s’associer, le droit de négocier collectivement et le droit d’obtenir une convention collective.

[108] Le 30 août 2006, l’arbitre Jean-Guy Ménard a décliné compétence en faveur de la CRT. Il a conclu que la plainte avait pour véritable objet « l’atteinte de droits consacrés au *Code du travail* par des manœuvres qu’on estimait illégitimes » et que, pour cette raison, elle relevait de la compétence exclusive de la CRT ([2006] R.J.D.T. 1665, par. 21).

[109] On November 1, 2007, the Superior Court set aside Mr. Ménard's decision because [TRANSLATION] "in the instant case, in the absence of evidence, one could not find on the basis of the words of the grievance that the arbitrator lacked jurisdiction without hiding behind strict formalism, as the respondent arbitrator did" (2007 QCCS 5704, [2008] R.J.D.T. 138, at para. 44). The Superior Court remitted the matter to Mr. Ménard and asked him to reserve his decision on the preliminary objection and address it at the same time as the merits.

[110] On September 18, 2009, the arbitrator allowed the union's grievance. Finding that the grievance concerned the dismissals and not the closure of the store, he held that the dismissals constituted a change in the conditions of employment. The arbitrator acknowledged that employers in Quebec have the right, *a priori*, to close up shop. However, where this causes a change in the conditions of employment under s. 59 of the *Code*, the employer must prove that the change was made in the ordinary course of business. Wal-Mart failed to show that the dismissal of employees was "business as usual" ([2009] R.J.D.T. 1439, at para. 20).

[111] On October 6, 2010, the Quebec Superior Court, *per* Moulin J., dismissed Wal-Mart's application for judicial review (2010 QCCS 4743, [2010] R.J.D.T. 1118). Contrary to Wal-Mart's submissions, the Superior Court found that the arbitrator did not apply a presumption that dismissals during the s. 59 freeze period are illegal. Rather, the arbitrator only used the word "presumption" to indicate that, after his preliminary finding of fact that the employer changed a condition of employment, the change was presumed to contravene s. 59 of the *Code* unless the employer successfully invoked the "business as usual" defence.

[112] Moulin J. held that the dismissal of an employee may constitute a change in the conditions of employment. It was therefore reasonable for the

[109] Le 1^{er} novembre 2007, la Cour supérieure a annulé la décision de M^e Ménard, au motif que, « en l'espèce, le libellé du grief, en l'absence de preuve, ne permettait aucunement de conclure à l'absence de compétence de l'arbitre » (2007 QCCS 5704, [2008] R.J.D.T. 138, par. 44). La Cour supérieure a renvoyé l'affaire à M^e Ménard et lui a demandé de réserver sa décision sur l'objection préliminaire et de statuer sur celle-ci en même temps que sur la question de fond.

[110] Le 18 septembre 2009, l'arbitre a accueilli le grief du syndicat. Concluant que le grief concernait les congédiements et non la fermeture du magasin, il a statué que ceux-ci constituaient une modification des conditions de travail. L'arbitre a reconnu que les employeurs au Québec possèdent, *a priori*, le droit de fermer boutique. Toutefois, dans les cas où cela amène une modification des conditions de travail visée par l'art. 59 du *Code*, l'employeur doit prouver que la modification a été apportée dans le cours normal de ses affaires. Wal-Mart n'a pas fait la preuve que le congédiement des salariés s'inscrivait dans le « cours normal des affaires » (« *business as usual* ») ([2009] R.J.D.T. 1439, par. 20).

[111] Le 6 octobre 2010, le juge Moulin de la Cour supérieure du Québec a rejeté la demande de contrôle judiciaire présentée par Wal-Mart (2010 QCCS 4743, [2010] R.J.D.T. 1118). Contrairement à ce que prétendait Wal-Mart, la Cour supérieure a conclu que l'arbitre n'avait pas appliqué de présomption d'illégalité des congédiements survenant pendant la période de gel prescrite par l'art. 59. Au contraire, l'arbitre aurait selon elle uniquement employé le mot « présomption » pour indiquer que, par suite de sa conclusion de fait préliminaire selon laquelle l'employeur avait modifié une condition de travail, cette modification était présumée contrevenir à l'art. 59 du *Code* à moins que l'employeur n'invoque avec succès le moyen de défense relatif au « cours normal des affaires ».

[112] Le juge Moulin a statué que le congédiement d'un employé peut constituer une modification des conditions de travail. La conclusion de

arbitrator to find that termination of *all* employees in the context of a business closure was a change in conditions of employment under s. 59 of the *Code*. And, since Wal-Mart had merely argued that this change was implemented for business reasons, it was not unreasonable to conclude that Wal-Mart did not successfully demonstrate that the store closure was part of the ordinary course of business.

[113] On May 11, 2012, the Quebec Court of Appeal set aside the judgment of the Superior Court (2012 QCCA 903, [2012] R.J.Q. 978). Like Mr. Ménard in his first arbitration award, Vézina J.A. (with Gagnon J.A.) found that the true nature of the dispute related to ss. 12 to 14 of the *Code*. He assessed whether it was nevertheless possible to equate the complete and permanent closure of a business with a change in conditions of employment. In this regard, he stated that it [TRANSLATION] “is not a change, but a termination of employment. The operation of the business does not change; it ceases” (para. 117). The permanent closure of an establishment “falls outside” the concept of a condition of employment (para. 118). Vézina J.A. also found that it is impossible to restore the *status quo ante* in a store closure situation because this would amount to forcing the employer to continue operating its business, which would be inconsistent with the well-established principle in Quebec law that an employer has the right to close its business.

[114] In concurring reasons, Léger J.A. found that it was unreasonable to view the dismissals as justified by a business closure on the one hand and to consider the termination of the employment relationship to be a change in conditions of employment on the other. The arbitrator’s analysis was unreasonable, since it shifted the debate from justification for the dismissals to the cause of the store closure. Léger J.A. also found that the arbitrator’s decision was inconsistent with the employer’s continued right, during the s. 59 freeze on conditions of employment, to manage the business. In short,

l’arbitre selon laquelle le congédiement de *tous* les salariés dans un contexte de fermeture d’entreprise constituait une modification des conditions de travail visée à l’art. 59 du *Code* était par conséquent raisonnable. De plus, comme Wal-Mart s’était contentée de plaider que cette modification avait été mise en œuvre pour des raisons d’affaires, il n’était pas déraisonnable de conclure que l’entreprise n’avait pas réussi à démontrer que la fermeture du magasin s’inscrivait dans le cours normal de ses affaires.

[113] Le 11 mai 2012, la Cour d’appel du Québec a annulé le jugement de la Cour supérieure (2012 QCCA 903, [2012] R.J.Q. 978). Tout comme l’avait fait M^e Ménard dans sa première sentence arbitrale, le juge Vézina (avec l’appui du juge Gagnon) a conclu que, de par sa nature véritable, le litige relève des art. 12 à 14 du *Code*. Il s’est demandé s’il était néanmoins possible d’assimiler la fermeture complète et définitive d’une entreprise à une modification des conditions de travail. À cet égard, il a affirmé qu’il « ne s’agit pas d’une modification, mais d’une suppression du travail. L’exploitation de l’entreprise ne change pas, elle disparaît » (par. 117). La fermeture définitive d’un établissement « se situe au-delà » de la notion de conditions de travail (par. 118). Le juge Vézina a également statué qu’il était impossible de rétablir la situation antérieure en cas de fermeture d’un magasin, car cela reviendrait à forcer l’employeur à continuer à exploiter son entreprise, ce qui serait contraire au principe bien établi en droit québécois selon lequel l’employeur a le droit de fermer son entreprise.

[114] Dans ses motifs concordants, le juge Léger a conclu qu’il était déraisonnable de considérer, d’une part, qu’une fermeture d’entreprise justifie des congédiements, mais d’autre part que la cessation de la relation d’emploi constitue une modification des conditions de travail. L’analyse de l’arbitre était à son avis déraisonnable, puisqu’elle déplaçait le débat, le faisant porter non plus sur la justification des congédiements mais sur les causes de la fermeture du magasin. Le juge Léger a par ailleurs estimé que la décision de l’arbitre était incompatible avec le droit que conserve l’employeur, pendant le gel

Mr. Ménard's decision denied the employer the right to close its business and gave the employees a right to employment stability that they had not previously enjoyed.

IV. Issues

[115] This Court must determine whether s. 59 of the *Code* applies in situations involving the complete and permanent closure of a business. If so, it will be necessary to determine whether the closure of Wal-Mart's Jonquière store constitutes a change in conditions of employment contrary to s. 59 of the *Code*.

V. Statutory Provisions

[116] The relevant statutory provisions are contained in Appendix.

VI. Analysis

A. *Section 59 of the Code — Legislative History and Purpose: Not to Prevent Closure of a Business*

[117] The provision that later became s. 59 of the *Code* was initially located in the forbidden practices section of the *Labour Relations Act*, R.S.Q. 1941, c. 162A. However, in 1964, it was moved to the chapter entitled "Collective Agreements" in the new *Code*, which was enacted to consolidate seven employment law statutes and to thus provide a more coherent legislative framework (F. Morin et al., *Le droit de l'emploi au Québec* (4th ed. 2010), at p. 939). Section 59 provides for a temporary "freeze" that prevents employers from changing the conditions of employment from the time of the filing of a petition for certification or the expiration of a collective agreement, until the right to lock out or to strike is exercised or an arbitration award is handed down.

[118] The purpose of s. 59 is to maintain [TRANSLATION] "the fragile equilibrium existing between the parties at this stage of nascency of the

des conditions de travail prescrit par l'art. 59, de gérer son entreprise. En somme, la décision de M^e Ménard avait pour effet de priver l'employeur de son droit de fermer son entreprise et de conférer aux employés un droit à la stabilité d'emploi dont ils ne jouissaient pas auparavant.

IV. Questions en litige

[115] Notre Cour doit décider si l'art. 59 du *Code* s'applique dans les situations où il y a une fermeture complète et définitive d'une entreprise. Dans l'affirmative, il faudra déterminer si la fermeture du magasin Wal-Mart de Jonquière constitue une modification des conditions de travail prohibée par l'art. 59 du *Code*.

V. Dispositions législatives

[116] Les dispositions législatives pertinentes sont reproduites à l'annexe.

VI. Analyse

A. *L'article 59 du Code — historique et objet de la loi : empêcher la fermeture d'une entreprise n'est pas l'objectif visé*

[117] La disposition qui allait devenir l'art. 59 du *Code* se trouvait à l'origine dans la partie de la *Loi des relations ouvrières*, S.R.Q. 1941, ch. 162A, qui portait sur les pratiques interdites. Toutefois, en 1964, la disposition s'est retrouvée dans le chapitre « De la convention collective » du nouveau *Code*, qui a été édicté pour fusionner sept lois du travail et ainsi fournir un cadre législatif plus cohérent (F. Morin et autres, *Le droit de l'emploi au Québec* (4^e éd. 2010), p. 939). L'article 59 prescrit un « gel » temporaire des conditions de travail qui empêche les employeurs de les modifier à compter du dépôt d'une requête en accréditation ou de l'expiration de la convention collective, tant que le droit au lock-out ou à la grève n'est pas exercé ou qu'une sentence arbitrale n'est pas intervenue.

[118] L'article 59 a pour objet de maintenir « l'équilibre fragile existant entre les parties à cette étape embryonnaire de l'élaboration des rapports

collective labour relations process” (*Automobiles Canbec inc. v. Hamelin*, 1998 CanLII 12602 (Que. C.A.), Otis J.A., at p. 37; see also F. Morin and R. Blouin, with the collaboration of J.-Y. Brière and J.-P. Villaggi, *Droit de l’arbitrage de grief* (6th ed. 2012), at p. 200). The maintenance of the *status quo* is designed to facilitate the negotiation of a collective agreement: see *Union des routiers, brasseries, liqueurs douces & ouvriers de diverses industries (Teamsters, Local 1999) v. Quality Goods I.M.D. Inc.*, [1990] AZ-90141179 (T.A.), at p. 6.

[119] However, there is nothing to suggest that s. 59 of the *Code* was designed to prevent an employer from closing its business. Before the Commission consultative sur le travail et la révision du Code du travail chaired by Judge René Beaudry of the Provincial Court, for instance, some unions requested that stricter standards be adopted for business closure situations, including a [TRANSLATION] “stringent procedure for justifying closures” (*Le travail: une responsabilité collective: Rapport final de la Commission consultative sur le travail et la révision du Code du travail* (1985), at p. 85). However, the final report made no recommendation in that direction. And, in connection with the 2001 amendments to the *Code*, the then Minister of Labour, Jean Rochon, stated:

[TRANSLATION] If there was an action — an unfair practice — that involved shutting down a business solely to, as they say, bust a union, there may be other measures — under the penal code or otherwise — to take, but it is not the Commission, under the Code, that would be able to step in to prevent the business from closing.

(National Assembly, *Journal des débats de la Commission permanente de l’économie et du travail*, vol. 37, No. 22, 2nd Sess., 36th Leg., May 29, 2001, at p. 47)

B. Section 59 of the Code Does Not Apply

[120] Wal-Mart contends that s. 59 of the *Code* does not apply in cases, as here, where there is a genuine and definitive closure of a business. For the reasons that follow, we agree.

collectifs de travail » (*Automobiles Canbec inc. c. Hamelin*, 1998 CanLII 12602 (C.A. Qué.), la juge Otis, p. 37; voir aussi F. Morin et R. Blouin, avec la collaboration de J.-Y. Brière et J.-P. Villaggi, *Droit de l’arbitrage de grief* (6^e éd. 2012), p. 200). Le maintien du statu quo a pour but de faciliter la négociation de la convention collective : voir *Union des routiers, brasseries, liqueurs douces & ouvriers de diverses industries (Teamsters, Local 1999) c. Quality Goods I.M.D. Inc.*, [1990] AZ-90141179 (T.A.), p. 6.

[119] Toutefois, rien ne tend à indiquer que l’art. 59 du *Code* vise à empêcher un employeur de fermer son entreprise. À titre d’exemple, devant la Commission consultative sur le travail et la révision du Code du travail présidée par le juge René Beaudry de la Cour provinciale, certains syndicats avaient demandé l’adoption de normes plus strictes pour les situations de fermeture d’entreprise, y compris une « procédure sévère de justification des fermetures » (*Le travail : une responsabilité collective : Rapport final de la Commission consultative sur le travail et la révision du Code du travail* (1985), p. 85). Cependant, le rapport final ne renferme aucune recommandation en ce sens. De plus, en ce qui concerne les modifications apportées au *Code* en 2001, le ministre du Travail de l’époque, Jean Rochon, a affirmé ce qui suit :

S’il y avait une mesure, une pratique déloyale, qu’on ferme une entreprise que pour, comme on dit, briser un syndicat, il peut y avoir d’autres mesures — code pénal ou quoi que ce soit — qui peuvent se prendre, mais c’est pas la Commission, en vertu du Code, qui pourrait intervenir pour empêcher la fermeture de l’entreprise.

(Assemblée nationale, *Journal des débats de la Commission permanente de l’économie et du travail*, vol. 37, n^o 22, 2^e sess., 36^e lég., 29 mai 2001, p. 47)

B. L’article 59 du Code ne s’applique pas

[120] Wal-Mart prétend que l’art. 59 du *Code* ne s’applique pas dans les cas où, comme en l’espèce, il y a une fermeture réelle et définitive d’une entreprise. Pour les motifs qui suivent, nous sommes d’accord.

(1) The Appropriate Recourse for Cases of Business Closure Lies Under Sections 12 to 14 of the Code

[121] This Court has already settled the question of how, in the case of store closure, former employees may seek recourse under the *Code*. In proceedings arising out of the same factual circumstances as those before us now, this Court stated that “[t]he appropriate remedy in a closure situation lies under ss. 12 to 14 of the Code” (*Plourde*, at para. 4). This unequivocal statement should preclude this Court from now attempting to shoehorn the store closure situation into s. 59 of the *Code*. As Justice Binnie observed in *Plourde*, “[i]t would be unfortunate, absent compelling circumstances, if the precedential value of a . . . decision of this Court was thought to expire with the tenure of the particular panel of judges that decided it” (para. 13).

[122] With respect, the majority seeks to revive the position adopted by the dissent in *Plourde* (at paras. 107 and 110) to the effect that the closure of a business is *not* a complete answer and that recourses other than ss. 12 to 14 exist under the *Code*. This approach undermines the principle of *stare decisis*, whose importance this Court so recently emphasized in *Canada v. Craig*, 2012 SCC 43, [2012] 2 S.C.R. 489.

[123] The union, for its part, argues that *the dismissal of employees* from the Jonquière Wal-Mart store amounts to a changed condition of employment contrary to s. 59 of the *Code*. However, as explained below, there can be no inquiry into changed conditions of employment where the closure of the store had the secondary effect of employment ceasing to exist. Instead, the appropriate recourse falls under s. 12 of the *Code*, which “would focus directly on the reason for the closure of the store not on the reason for the dismissal of employees at a store that no longer exists” (*Plourde*, at para. 64). Despite the failure of the previous attempt by employees and the union to pursue

(1) Le recours approprié en cas de fermeture d’une entreprise est prévu aux art. 12 à 14 du Code

[121] Notre Cour a déjà tranché la question de savoir comment, en cas de fermeture d’un magasin, d’anciens employés peuvent demander réparation en vertu du *Code*. Dans une instance découlant des mêmes faits que ceux qui nous occupent, notre Cour a affirmé que « [l]e recours approprié en cas de fermeture d’une entreprise est prévu aux art. 12 à 14 du Code » (*Plourde*, par. 4). Cette affirmation non équivoque devrait avoir pour effet d’empêcher la Cour de tenter en l’espèce de faire entrer la situation de fermeture d’un magasin dans le champ d’application de l’art. 59 du *Code*. Comme l’a fait observer le juge Binnie dans l’arrêt *Plourde*, « [i]l serait regrettable, en l’absence de circonstances impérieuses, qu’une décision [. . .] de la Cour perde sa valeur de précédent avec le départ de l’un ou de plusieurs des juges qui y ont participé » (par. 13).

[122] Avec égards, les juges majoritaires cherchent à raviver la position qu’avaient adoptée les juges dissidents dans *Plourde* (par. 107 et 110), à savoir que la fermeture d’une entreprise *ne* constitue *pas* une défense complète et que le *Code* offre d’autres recours que ceux fondés sur les art. 12 à 14. Cette approche déroge à la règle du *stare decisis*, dont notre Cour a récemment souligné l’importance dans *Canada c. Craig*, 2012 CSC 43, [2012] 2 R.C.S. 489.

[123] Pour sa part, le syndicat plaide que *le congédiement des salariés* du magasin Wal-Mart de Jonquière équivaut à une modification des conditions de travail prohibée par l’art. 59 du *Code*. Toutefois, comme nous allons l’expliquer ci-après, on ne saurait s’interroger sur la modification des conditions de travail lorsque la fermeture du magasin a eu pour effet secondaire de faire disparaître les emplois. Le recours approprié serait plutôt basé sur l’art. 12 du *Code* et « porterait directement sur la raison de la fermeture du magasin et non sur la raison du congédiement des salariés d’un magasin qui n’existe plus » (*Plourde*, par. 64). Malgré l’échec de la tentative précédente des employés et

Wal-Mart under s. 12 of the *Code (Boutin)*, the union now tries to circumvent the requirements of s. 12 by resort to s. 59.

(2) Employer's Right to Close its Business

[124] It is trite law in Quebec that an employer has the right to close its business: *I.A.T.S.E., Stage Local 56 v. Société de la Place des Arts de Montréal*, 2004 SCC 2, [2004] 1 S.C.R. 43, at para. 28; *Plourde*, at para. 41. In *Place des Arts and Plourde*, this Court adopted the articulation of the right as set out in *City Buick Pontiac (Montréal) Inc. v. Roy*, [1981] T.T. 22:

[TRANSLATION] In our free enterprise system, there is no legislation to oblige an employer to remain in business and to regulate his subjective reasons in this respect. . . . If an employer, for whatever reason, decides as a result to actually close up shop, the dismissals which follow are the result of ceasing operations, which is a valid economic reason not to hire personnel, even if the cessation is based on socially reprehensible considerations. What is prohibited [in the context of the s. 17 presumption] is to dismiss employees engaged in union activities, not to definitively close a business because one does not want to deal with a union or because a union cannot be broken, even if the secondary effect of this is employee dismissal. [Emphasis deleted; p. 26.]

[125] Only one condition attaches to the employer's otherwise unimpeded right to close up shop: the closure must be genuine and definitive. As the above quotation makes clear, the employer may close its business for "whatever reason". This Court affirmed that the *motives* for closure are beyond review by labour arbitrators and courts: *Place des Arts*, at para. 31. Only where anti-union animus is alleged under ss. 12 to 14 of the *Code* may tribunals inquire into an employer's motives for closing its business: *Plourde*, at para. 26.

du syndicat de poursuivre Wal-Mart en vertu de l'art. 12 du *Code (Boutin)*, le syndicat tente cette fois-ci d'éviter les exigences de l'art. 12 en recourant à l'art. 59.

(2) Le droit de l'employeur de fermer son entreprise

[124] Il est bien établi en droit québécois qu'un employeur a le droit de fermer son entreprise : *A.I.E.S.T., local de scène n° 56 c. Société de la Place des Arts de Montréal*, 2004 CSC 2, [2004] 1 R.C.S. 43, par. 28; *Plourde*, par. 41. Dans les arrêts *Place des Arts* et *Plourde*, notre Cour a adopté la formulation suivante de ce droit, tirée de *City Buick Pontiac (Montréal) Inc. c. Roy*, [1981] T.T. 22 :

Dans notre système d'économie libérale, il n'existe aucune législation obligeant un employeur à demeurer en affaire et r[é]glementant ses motifs subjectifs à cet égard. [. . .] Si un employeur, pour quelque raison que ce soit, décide par conséquent de véritablement fermer boutique, les congédiements auxquels il procède sont causés par la cessation des activités, ce qui est une raison économique valable de ne pas engager de personnel, même si cette cessation est mue par des motifs condamnables socialement. Ce qui est interdit [dans le contexte de la présomption de l'art. 17], c'est de congédier des salariés qui font des activités syndicales, ce n'est pas fermer définitivement une entreprise parce qu'on ne veut pas transiger avec un syndicat ou qu'on ne peut lui briser les reins, même si cela a pour effet secondaire de congédier les salariés. [Italiques omis; p. 26.]

[125] Le droit — par ailleurs libre de toute autre entrave — que possède un employeur de fermer boutique n'est soumis qu'à une seule condition : il doit s'agir d'une fermeture réelle et définitive. Comme l'indique clairement la citation qui précède, l'employeur peut fermer son entreprise « pour quelque raison que ce soit ». Notre Cour a affirmé que les *motifs* de la fermeture échappent au pouvoir de contrôle des arbitres du travail et des tribunaux judiciaires : *Place des Arts*, par. 31. Ce n'est que dans les cas où l'on reproche un comportement antisyndical en vertu des art. 12 à 14 du *Code* que les tribunaux administratifs peuvent enquêter sur les motifs qui ont amené l'employeur à fermer son entreprise : *Plourde*, par. 26.

[126] The facts in this appeal demonstrate that Wal-Mart, in closing its Jonquière store, exercised its legal right to close up shop. Although the initial grievance alleged anti-union animus, the union makes no such claims before this Court. In 2005, the union did file a complaint under ss. 12 to 14 of the *Code (Boutin)*, but discontinued the proceedings in 2007 (see *Plourde*, at para. 30). The only inquiry available to the arbitrator and courts below in this case was into the genuineness of the store closure. In *Plourde*, Binnie J. wrote:

[T]he CRT found that Wal-Mart had shown the store's closure to be genuine and permanent. The evidence supported the conclusion that the establishment no longer had any employees, was closed to the public and had been emptied of its merchandise and equipment and stripped of any identifying signage or colours. Moreover, the resiliation of the lease and the uncontradicted explanations regarding efforts to sell the building sufficed to show, in light of the evidence as a whole, that the closure of the store was genuine. [para. 19]

[127] Section 59 cannot apply to Wal-Mart's genuine and definitive closure of its Jonquière store because it would require Wal-Mart to justify its decision to close the store, which is inconsistent with the employer's right, under Quebec law, to close its business for *any* reason. The sole requirement is that the business closure be genuine and definitive. Once an employer exercises its right to close up shop, then s. 59 of the *Code* cannot impose an additional *ex post facto* justification requirement simply because this closure gives rise to a secondary effect — the collective termination of employees.

[128] Yet this is precisely what our colleague seeks to do at paras. 52-56 of his reasons. Despite the employer's unqualified right to close its business, Justice LeBel states that it is not enough for an arbitrator to determine whether the employer had the pre-existing right to act as it did — the arbitrator must be further satisfied that the employer exercised this power in conformity with its previous

[126] Les faits à l'origine du présent pourvoi démontrent que, en fermant son magasin de Jonquière, Wal-Mart a exercé le droit que lui reconnaît la loi de fermer boutique. Bien que le syndicat ait plaidé l'antisindicalisme dans son grief initial, il n'a formulé aucune allégation en ce sens devant notre Cour. En 2005 le syndicat avait effectivement déposé une plainte fondée sur les art. 12 à 14 du *Code (Boutin)*, plainte dont il s'est désisté en 2007 (voir *Plourde*, par. 30). En l'espèce, la seule enquête que pouvaient faire l'arbitre et les juridictions inférieures portait sur le caractère véritable de la fermeture du magasin. Dans *Plourde*, le juge Binnie a écrit ce qui suit :

[L]a CRT estime que Wal-Mart a démontré que la fermeture du magasin est réelle et définitive. La preuve permet en effet de conclure que l'établissement n'a plus de salariés, qu'il est fermé au public, vidé de sa marchandise, de ses équipements et dégarni de toute identification par enseigne ou couleurs. De plus, la résiliation du bail et les explications données et non contredites sur les efforts faits pour se défaire de l'immeuble suffisent pour démontrer, compte tenu de l'ensemble de la preuve, que la fermeture de l'établissement est véritable. [par. 19]

[127] L'article 59 ne peut s'appliquer à la fermeture réelle et définitive par Wal-Mart de son magasin de Jonquière, puisque cela obligerait l'entreprise à justifier sa décision de fermer son magasin, exigence incompatible avec le droit que possèdent les employeurs, en droit québécois, de fermer leur entreprise pour *quelque raison que ce soit*. La seule exigence est qu'il s'agisse d'une fermeture d'entreprise réelle et définitive. Dès lors qu'un employeur exerce son droit de fermer boutique, l'art. 59 du *Code* ne saurait imposer *ex post facto* une obligation additionnelle de justification, simplement parce que cette fermeture entraîne un effet secondaire — à savoir le congédiement collectif des salariés.

[128] Pourtant, c'est précisément ce que notre collègue tente de faire aux par. 52-56 de ses motifs. Malgré le droit absolu de l'employeur de fermer son entreprise, le juge LeBel affirme qu'il ne suffit pas que l'arbitre décide si l'employeur avait le droit préexistant d'agir comme il l'a fait : l'arbitre doit en outre être convaincu que l'employeur a exercé ce pouvoir conformément à ses pratiques

business practices or with those of a “reasonable employer”.

[129] But a store closure, by definition, does not conform to previous business practices. If s. 59 were to apply to a situation of store closure, the result would be that businesses could never prove a store closure was business as usual. It would also mean that the employer would be prevented from exercising its right to close its business during the s. 59 freeze period and yet could, immediately upon the conclusion of a collective agreement, the exercise of the right of lock out or strike, or the issuance of an arbitration award, close its business for any reason. Legislation cannot be interpreted to give rise to such absurd results.

[130] To apply s. 59 to business closure situations would also undermine the *Code*'s assignment of the burden of proof and thereby disrupt the *Code*'s internal coherence. Under ss. 12 to 14, the claimant must prove that anti-union animus motivated the store closure. Contrarily, under s. 59, the *employer* would bear the burden of justifying the store closure under the “business as usual” rule.

[131] It is true that, where s. 59 applies, a claimant union has the initial burden of proving that the employer changed the conditions of employment after the filing of a petition for certification. But our colleague's contention, at para. 54, that the union *also* bears the burden of proving that the change is incompatible with the employer's usual business practice, departs from longstanding precedent for no apparent reason. The precedents are consistent that the *employer* bears the burden of justifying the changed condition of employment according to the “business as usual” rule: see *Syndicat des employé-es de SPC Automation (CSN) v. SPC Automation Inc.*, [1994] T.A. 718, at p. 753; *Mont-Laurier (Ville de) v. Syndicat des professionnels et professionnelles de la Ville de Mont-Laurier (CSN)*, 1995 CanLII 1874

antérieures de gestion ou à celles d'un « employeur raisonnable ».

[129] Cependant, par définition, la fermeture d'un magasin n'est pas une mesure conforme aux pratiques antérieures de gestion. Si l'art. 59 s'appliquait aux situations de fermeture de magasin, il s'ensuivrait qu'une entreprise ayant fermé un magasin ne pourrait jamais prouver que la fermeture de ce magasin s'inscrivait dans le cours normal des affaires. Cela impliquerait également que l'employeur serait empêché d'exercer son droit de fermer son entreprise pendant la période de gel des conditions de travail prescrite par l'art. 59, mais que, dès la conclusion d'une convention collective, l'exercice du droit de lock-out ou de grève ou encore le prononcé d'une sentence arbitrale, il pourrait le faire pour quelque raison que ce soit. Une loi ne peut être interprétée d'une manière conduisant à des résultats aussi absurdes.

[130] L'application de l'art. 59 aux situations de fermeture d'entreprise aurait en outre pour effet d'altérer l'attribution du fardeau de la preuve dans le *Code* et, de ce fait, de briser la cohérence interne de celui-ci. Dans le cadre d'une demande fondée sur les art. 12 à 14, le demandeur doit prouver que la fermeture du magasin était motivée par l'antisindicalisme. À l'inverse, sous le régime de l'art. 59, l'*employeur* aurait le fardeau de justifier la fermeture du magasin suivant la règle du « cours normal des affaires ».

[131] Il est vrai que, dans les cas où l'art. 59 s'applique, le syndicat demandeur a le fardeau initial de prouver que l'employeur a modifié les conditions de travail après le dépôt de la requête en accréditation. Toutefois, ce que prétend notre collègue au par. 54, c'est-à-dire que le syndicat a *en outre* le fardeau de prouver que la modification est incompatible avec les pratiques habituelles de gestion de l'employeur, déroge sans raison apparente à des précédents de longue date. Ces précédents ont énoncé de manière constante que l'*employeur* est tenu de justifier la condition de travail modifiée suivant la règle du « cours normal des affaires » : voir *Syndicat des employé-es de SPC Automation (CSN) c. SPC Automation Inc.*, [1994] T.A. 718, p. 753; *Mont-Laurier (Ville de) c. Syndicat des professionnels et*

(T.A.); *Conseil conjoint du Québec, Syndicat du vêtement, du textile et autres industries, local 2625 v. Société en commandite Greb International (Division Kodiak)*, [1999] AZ-99141036 (T.A.), at p. 33; *Association des juristes de l'État v. Conseil du Trésor*, 1999 CanLII 5144 (T.A.), at p. 17. That is, the employer must show that the change was [TRANSLATION] “in accordance with criteria it established for itself before the arrival of the union in its workplace” and must be “similar in nature to [those] that were made previously” (*Pakenham v. Union des vendeurs d'automobiles et employés auxiliaires, section locale 1974, UFCW*, [1983] T.T. 189, at p. 202).

[132] The *Code* possesses, as our colleague explains, a logical order that traces the evolution of associational life in the workplace (para. 31). Expanding the available recourses under the *Code* in the manner suggested by the majority would inject a degree of duplication into the *Code* that is inconsistent with this logical ordering. The purpose of s. 59 is to protect the equilibrium between the parties as they work toward a collective agreement, and not to allow the union to get around its burden of proof under ss. 12 to 14 in the context of a business closure. To allow a claim to proceed under s. 59 in a store closure situation would confuse the separate objectives of these provisions. The task of this Court is certainly not to “erode the distinct roles assigned by the legislature” to ss. 12 to 14 and s. 59 (*Plourde*, at para. 38).

(3) Section 59 of the Code Presupposes the Existence of an Ongoing Business

[133] Contrary to the conclusion of our colleague at para. 66, the text and context of s. 59 of the *Code* indicate that it cannot apply to a business closure situation because it presupposes the existence of an ongoing business. Section 59 is designed to facilitate the conclusion of a collective agreement within an existing employment relationship; it is not designed to maintain the employment relationship *per se*: R. P. Gagnon et al., *Le droit du travail du Québec* (7th ed. 2013), at p. 599.

professionnelles de la Ville de Mont-Laurier (CSN), 1995 CanLII 1874 (T.A.); *Conseil conjoint du Québec, Syndicat du vêtement, du textile et autres industries, local 2625 c. Société en commandite Greb International (Division Kodiak)*, [1999] AZ-99141036 (T.A.), p. 33; *Association des juristes de l'État c. Conseil du Trésor*, 1999 CanLII 5144 (T.A.), p. 17. Autrement dit, l'employeur doit démontrer que la modification a été faite « selon les paramètres qu'il s'est lui-même imposé avant la venue du syndicat chez lui » et qu'elle était « du même genre que [celles] qui se faisaient auparavant » (*Pakenham c. Union des vendeurs d'automobiles et employés auxiliaires, section locale 1974, UFCW*, [1983] T.T. 189, p. 202).

[132] Comme l'explique notre collègue, le *Code* possède un ordre logique, qui suit l'évolution de la vie associative du milieu de travail (par. 31). Si on élargissait de la manière préconisée par les juges majoritaires les recours qui peuvent être exercés en vertu du *Code*, on introduirait dans celui-ci un degré de chevauchement incompatible avec cet ordre logique. L'article 59 a pour objet de protéger l'équilibre entre les parties pendant qu'elles s'efforcent de conclure une convention collective, et non de permettre au syndicat d'éluder, dans le contexte d'une fermeture d'entreprise, le fardeau de preuve qui lui incombe en application des art. 12 à 14. Permettre l'exercice d'un recours fondé sur l'art. 59 dans un tel contexte créerait de la confusion à l'égard des objectifs distincts de ces dispositions. Notre Cour n'a certainement pas pour tâche d'« érode[r] les rôles distincts attribués par le législateur » aux art. 12 à 14 et à l'art. 59 (*Plourde*, par. 38).

(3) L'article 59 du Code présume l'existence d'une entreprise active

[133] Contrairement à la conclusion de notre collègue au par. 66, il ressort du texte et du contexte de l'art. 59 du *Code* que cette disposition ne peut s'appliquer à une situation de fermeture d'entreprise, puisqu'elle présume l'existence d'une entreprise active. L'article 59 vise à faciliter la conclusion d'une convention collective dans le cadre d'une relation d'emploi existante; il ne vise pas à maintenir la relation d'emploi elle-même : R. P. Gagnon et autres, *Le droit du travail du Québec* (7^e éd. 2013), p. 599.

[134] A contextual analysis supports the view that the existence of an ongoing business is a condition precedent to the application of s. 59. The provision's purpose is to maintain a balance between the employer and the employees during the nascent stage of the collective labour relations process, in order to facilitate the conclusion of a collective agreement; this is indicated by its location in the *Code*, in the chapter entitled "Collective Agreements". This purpose is consistent with the fact that certification is not an end in itself, but the beginning of the collective bargaining process: *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048, at p. 1099.

[135] The sole concern of the chapter in which s. 59 is located is to facilitate the conclusion of a collective agreement by the parties or through arbitration, as specified by s. 58. The freeze in employment conditions prescribed by s. 59 applies to achieve this objective; the period ends when "the right to lock out or to strike is exercised or an arbitration award is handed down". But a collective agreement, lock-out, strike, or arbitration award can only take place in the context of the ongoing operation of a business. A strike or lock-out, or an arbitration award prescribing a collective agreement only make sense in the case of an ongoing business to which the strike, lock-out, or collective agreement will apply. The closure of a business, like the Jonquière Wal-Mart store, means that the right to lock out or to strike can never be exercised, and that an arbitration award imposing a collective agreement will never be applicable. Section 59 therefore cannot apply in the case of a store closure.

[136] To the same effect, the words "employer" and "employees" in s. 59 indicate that these components are essential to the application of the provision. This Court has affirmed that, in the context of the *Code*, "the legislator intended that collective bargaining and the resulting collective agreement take place within the following three-part

[134] Une analyse contextuelle de l'art. 59 permet d'étayer l'opinion selon laquelle l'existence d'une entreprise active constitue une condition préalable à l'application de cette disposition. L'article 59 a pour objet de maintenir l'équilibre entre l'employeur et ses salariés aux premières étapes du processus de négociation des rapports collectifs de travail, afin de faciliter la conclusion d'une convention collective; cette constatation ressort de l'emplacement de cette disposition dans le *Code*, c'est-à-dire dans le chapitre intitulé « De la convention collective ». Cet objet est compatible avec le fait que l'accréditation ne constitue pas une fin en soi, mais plutôt le début du processus de négociation collective : *U.E.S., Local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048, p. 1099.

[135] Le chapitre dans lequel se trouve l'art. 59 a pour unique objet de faciliter la conclusion d'une convention collective par voie de négociation entre les parties ou encore par voie d'arbitrage, comme le précise l'art. 58. Le gel des conditions de travail prescrit par l'art. 59 s'applique afin de permettre la réalisation de cet objectif, cette période ne prenant pas fin tant que « le droit au lock-out ou à la grève n'est pas exercé ou qu'une sentence arbitrale n'est pas intervenue ». Toutefois, une convention collective, un lock-out, une grève ou une sentence arbitrale ne peuvent survenir que dans le contexte de l'exploitation active d'une entreprise. Une grève, un lock-out ou encore une sentence arbitrale instaurant une convention collective n'ont de sens que dans le cas d'une entreprise active à laquelle s'appliquera la grève, le lock-out ou la convention collective. En effet, la fermeture de l'entreprise concernée — comme celle du magasin Wal-Mart de Jonquière en l'espèce — signifie que le droit de lock-out ou de grève ne peut jamais être exercé, et qu'une sentence arbitrale imposant une convention collective ne sera jamais applicable. L'article 59 ne peut donc pas s'appliquer dans le cas d'une fermeture de magasin.

[136] Dans le même sens, les mots « employeur » et « salariés » utilisés à l'art. 59 indiquent que ces éléments sont des éléments dont la présence est essentielle à l'application de la disposition. Notre Cour a affirmé que, dans le contexte du *Code*, « il est de l'intention du législateur que la négociation et la convention collective qui en résulte

framework: an employer, his undertaking and the association of employees connected with that employer's undertaking" (*Bibeault*, at p. 1101). In the case of the genuine and definitive closure of a business, two of these requirements, the employer and the undertaking, cease to exist. The elimination of these essential components of the collective bargaining process means that s. 59 of the *Code* cannot apply to the facts in this appeal. There can be no changed conditions of employment where there is, simply put, no employer, no undertaking, and therefore no employment.

(4) An Arbitrator Cannot Provide an Appropriate Remedy Under Section 59 in the Case of Business Closure

[137] Section 59 cannot apply in the context of a business closure as there is no appropriate remedy available to the arbitrator. The objectives underlying arbitration are speed and fairness (Morin and Blouin, at p. 27). Arbitrators typically encourage solutions that are consistent with the parties' practices in order to strengthen their continued relationship. The goal of the arbitrator, in responding to a breached obligation, is to return the parties to the situation prevailing before the breach (Morin and Blouin, at pp. 547-48).

[138] The purpose of s. 59 of the *Code* is to maintain the balance between the employer and employees with a view to their continuing employment relationship. Where there is a breach of s. 59, then, the arbitrator must provide a remedy that restores the *status quo ante*. Since employers in Quebec have the right to close their business, an arbitrator cannot order an employer to reopen a store. While it is true that an arbitrator has the power to award damages under s. 100.12 of the *Code*, such a remedy would be inconsistent with the purpose of s. 59, since it would not restore the balance between the parties or facilitate the conclusion of a collective agreement.

se réalisent dans le cadre tripartite suivant : un employeur, son entreprise et l'association des salariés se rattachant à l'entreprise de cet employeur » (*Bibeault*, p. 1101). Dans les cas où il y a fermeture réelle et définitive d'une entreprise, deux de ces conditions — l'employeur et l'entreprise — cessent d'exister. L'absence de ces éléments essentiels du processus de négociation collective signifie que l'art. 59 du *Code* ne peut s'appliquer aux faits du présent pourvoi. Pour dire les choses simplement, on ne saurait parler de modifications des conditions de travail dans un cas où il n'y a ni employeur, ni entreprise et, partant, pas de travail.

(4) Un arbitre ne peut accorder de réparation appropriée en vertu de l'art. 59 en cas de fermeture d'entreprise

[137] L'article 59 ne peut pas s'appliquer en cas de fermeture d'entreprise, car l'arbitre ne dispose d'aucune mesure de réparation appropriée qu'il pourrait accorder à cet égard. Les objectifs qui sous-tendent le recours à l'arbitrage sont la célérité et l'équité (Morin et Blouin, p. 27). Les arbitres proposent habituellement des solutions qui sont conformes aux pratiques des parties, en vue de renforcer leur relation continue. Lorsqu'il y a manquement à une obligation, l'objectif de l'arbitre est de rétablir la situation qui existait entre les parties avant ce manquement (Morin et Blouin, p. 547-548).

[138] L'article 59 du *Code* a pour objet de maintenir l'équilibre entre l'employeur et les salariés dans la perspective d'une relation d'emploi continue. Lorsqu'il survient un manquement à cette disposition, l'arbitre doit alors façonner une réparation qui rétablisse le *statu quo ante*, la situation antérieure. Étant donné que, au Québec, les employeurs ont le droit de fermer leur entreprise, un arbitre ne peut ordonner à un employeur de rouvrir un magasin. Bien qu'il soit vrai qu'un arbitre a le pouvoir d'accorder des dommages-intérêts en vertu de l'art. 100.12 du *Code*, une telle réparation serait incompatible avec l'objet de l'art. 59, puisqu'elle n'aurait pas pour effet de restaurer l'équilibre entre les parties ou de faciliter la conclusion d'une convention collective.

[139] Arbitrators may award damages to compensate for harm that cannot be compensated for by an award in kind (Morin and Blouin, at p. 555). Wal-Mart has already compensated employees of the Jonquière store for the loss of their jobs. There is no further compensable harm that would arise from a termination of the union certification process in breach of s. 59. In our view, an arbitrator cannot be expected to award a remedy under s. 100.12 that is severed from the breach it seeks to repair.

[140] Our colleague notes that the employer's exercise of its right to close its business cannot immunize it from the adverse financial consequences of such action (paras. 68-69). But this is plainly not the case here: upon closure of the Jonquière store, Wal-Mart paid its employees severance pay in an amount equal to two weeks of work *per* year of service. Since s. 59 does not apply to the business closure situation, it gives rise to no additional financial consequences for Wal-Mart. This does not mean that there is "no remedy *anywhere* under the Code . . . on proof that the termination was for anti-union reasons" (*Plourde*, at para. 51 (emphasis in original)). The remedy is simply to be pursued under ss. 12 to 14 of the *Code*, not s. 59. That the union's previous attempt to pursue Wal-Mart under ss. 12 to 14 of the *Code* failed (*Boutin*) does not entitle it to an alternate pathway under s. 59.

VII. Conclusion

[141] In light of our conclusion that s. 59 does not apply to the facts on this appeal, it is not necessary to pursue a substantive analysis of the union's s. 59 claim.

[142] The appeal should therefore be dismissed, with costs payable to the respondent.

[139] Les arbitres peuvent accorder des dommages-intérêts pour dédommager quelqu'un d'un préjudice qui ne peut être réparé par voie d'exécution en nature (Morin et Blouin, p. 555). Wal-Mart a déjà dédommagé les salariés du magasin de Jonquière de la perte de leur emploi. Il n'existe aucun autre préjudice indemnisable qui découlerait de la cessation, en violation de l'art. 59, du processus d'accréditation syndicale. À notre avis, un arbitre ne saurait accorder, en vertu de l'art. 100.12, une réparation dissociée du manquement qu'elle est censée corriger.

[140] Notre collègue souligne que l'exercice par l'employeur de son droit de fermer son entreprise ne peut l'immuniser contre les conséquences financières négatives d'une telle mesure (par. 68-69). Toutefois, nous ne sommes manifestement pas en présence d'un tel cas : à la fermeture du magasin de Jonquière, Wal-Mart a versé à ses employés une indemnité de départ d'un montant équivalent à deux semaines de travail par année de service. Étant donné que l'art. 59 ne s'applique pas aux situations de fermeture d'entreprise, il n'entraîne aucune conséquence financière additionnelle pour Wal-Mart. Cela ne veut pas dire que « le Code n'offr[e] *aucun* recours [. . .] s'il [est] établi que les congédiements procédaient de raisons anti-syndicales » (*Plourde*, par. 51 (en italique dans l'original)). La solution consiste simplement à demander réparation en vertu des art. 12 à 14 du *Code*, et non de l'art. 59. Le fait que la tentative antérieure du syndicat de poursuivre Wal-Mart en application des art. 12 à 14 du *Code* (*Boutin*) a échoué ne lui donne pas droit à une autre voie de recours, cette fois fondée sur l'art. 59.

VII. Conclusion

[141] Vu notre conclusion que l'art. 59 ne s'applique pas aux faits du présent pourvoi, il n'est pas nécessaire d'analyser sur le fond la demande présentée par le syndicat en vertu de l'art. 59.

[142] Le pourvoi devrait donc être rejeté, avec dépens en faveur de l'intimée.

APPENDIX

Labour Code, CQLR, c. C-27

12. No employer, or person acting for an employer or an association of employers, shall in any manner seek to dominate, hinder or finance the formation or the activities of any association of employees, or to participate therein.

No association of employees, or person acting on behalf of any such organization, shall belong to an association of employers or seek to dominate, hinder or finance the formation or activities of any such association, or to participate therein.

13. No person shall use intimidation or threats to induce anyone to become, refrain from becoming or cease to be a member of an association of employees or an employers' association.

14. No employer nor any person acting for an employer or an employers' association may refuse to employ any person because that person exercises a right arising from this Code, or endeavour by intimidation, discrimination or reprisals, threat of dismissal or other threat, or by the imposition of a sanction or by any other means, to compel an employee to refrain from or to cease exercising a right arising from this Code.

This section shall not have the effect of preventing an employer from suspending, dismissing or transferring an employee for a good and sufficient reason, proof whereof shall devolve upon the said employer.

59. From the filing of a petition for certification and until the right to lock out or to strike is exercised or an arbitration award is handed down, no employer may change the conditions of employment of his employees without the written consent of each petitioning association and, where such is the case, certified association.

The same rule applies on the expiration of the collective agreement until the right to lock out or to strike is exercised or an arbitration award is handed down.

The parties may stipulate in a collective agreement that the conditions of employment contained therein shall continue to apply until a new agreement is signed.

ANNEXE

Code du travail, RIRQ, ch. C-27

12. Aucun employeur, ni aucune personne agissant pour un employeur ou une association d'employeurs, ne cherchera d'aucune manière à dominer, entraver ou financer la formation ou les activités d'une association de salariés, ni à y participer.

Aucune association de salariés, ni aucune personne agissant pour le compte d'une telle organisation n'adhèrera à une association d'employeurs, ni ne cherchera à dominer, entraver ou financer la formation ou les activités d'une telle association ni à y participer.

13. Nul ne doit user d'intimidation ou de menaces pour amener quiconque à devenir membre, à s'abstenir de devenir membre ou à cesser d'être membre d'une association de salariés ou d'employeurs.

14. Aucun employeur, ni aucune personne agissant pour un employeur ou une association d'employeurs ne doit refuser d'employer une personne à cause de l'exercice par cette personne d'un droit qui lui résulte du présent code, ni chercher par intimidation, mesures discriminatoires ou de représailles, menace de renvoi ou autre menace, ou par l'imposition d'une sanction ou par quelque autre moyen à contraindre un salarié à s'abstenir ou à cesser d'exercer un droit qui lui résulte du présent code.

Le présent article n'a pas pour effet d'empêcher un employeur de suspendre, congédier ou déplacer un salarié pour une cause juste et suffisante dont la preuve lui incombe.

59. À compter du dépôt d'une requête en accréditation et tant que le droit au lock-out ou à la grève n'est pas exercé ou qu'une sentence arbitrale n'est pas intervenue, un employeur ne doit pas modifier les conditions de travail de ses salariés sans le consentement écrit de chaque association requérante et, le cas échéant, de l'association accréditée.

Il en est de même à compter de l'expiration de la convention collective et tant que le droit au lock-out ou à la grève n'est pas exercé ou qu'une sentence arbitrale n'est pas intervenue.

Les parties peuvent prévoir dans une convention collective que les conditions de travail contenues dans cette dernière vont continuer de s'appliquer jusqu'à la signature d'une nouvelle convention.

100.12. In the exercise of his duties the arbitrator may

(a) interpret and apply any Act or regulation to the extent necessary to settle a grievance;

(b) fix the terms and conditions of reimbursement of an overpayment by an employer to an employee;

(c) order the payment of interest at the legal rate, from the filing of the grievance, on any amount due under an award he has made.

There must be added to that amount an indemnity computed by applying to that amount, from the same date, a percentage equal to the amount by which the rate of interest fixed according to section 28 of the Tax Administration Act (chapter A 6.002) exceeds the legal rate of interest;

(d) upon request of a party, fix the amount due under an award he has made;

(e) correct at any time a decision in which there is an error in writing or calculation or any other clerical error;

(f) in disciplinary matters, confirm, amend or set aside the decision of the employer and, if such is the case, substitute therefor the decision he deems fair and reasonable, taking into account the circumstances concerning the matter. However, where the collective agreement provides for a specific sanction for the fault alleged against the employee in the case submitted to arbitration, the arbitrator shall only confirm or set aside the decision of the employer, or, if such is the case, amend it to bring it into conformity with the sanction provided for in the collective agreement;

(g) render any other decision, including a provisional order, intended to protect the rights of the parties.

Appeal allowed with costs throughout, Rothstein and Wagner JJ. dissenting.

Solicitors for the appellant: Philion Leblanc Beaudry, Québec.

Solicitors for the respondent: Heenan Blaikie, Montréal.

Solicitors for the intervenor Conseil du patronat du Québec inc.: Fasken Martineau DuMoulin,

100.12. Dans l'exercice de ses fonctions l'arbitre peut :

a) interpréter et appliquer une loi ou un règlement dans la mesure où il est nécessaire de le faire pour décider d'un grief;

b) fixer les modalités de remboursement d'une somme qu'un employeur a versée en trop à un salarié;

c) ordonner le paiement d'un intérêt au taux légal à compter du dépôt du grief, sur les sommes dues en vertu de sa sentence.

Il doit être ajouté à ce montant une indemnité calculée en appliquant à ce montant, à compter de la même date, un pourcentage égal à l'excédent du taux d'intérêt fixé suivant l'article 28 de la Loi sur l'administration fiscale (chapitre A-6.002) sur le taux légal d'intérêt;

d) fixer, à la demande d'une partie, le montant dû en vertu d'une sentence qu'il a rendue;

e) corriger en tout temps une décision entachée d'erreur d'écriture ou de calcul, ou de quelque autre erreur matérielle;

f) en matière disciplinaire, confirmer, modifier ou annuler la décision de l'employeur et, le cas échéant, y substituer la décision qui lui paraît juste et raisonnable, compte tenu de toutes les circonstances de l'affaire. Toutefois, lorsque la convention collective prévoit une sanction déterminée pour la faute reprochée au salarié dans le cas soumis à l'arbitrage, l'arbitre ne peut que confirmer ou annuler la décision de l'employeur ou, le cas échéant, la modifier pour la rendre conforme à la sanction prévue à la convention collective;

g) rendre toute autre décision, y compris une ordonnance provisoire, propre à sauvegarder les droits des parties.

Pourvoi accueilli avec dépens devant toutes les cours, les juges Rothstein et Wagner sont dissidents.

Procureurs de l'appelante : Philion Leblanc Beaudry, Québec.

Procureurs de l'intimée : Heenan Blaikie, Montréal.

Procureurs de l'intervenant le Conseil du patronat du Québec inc. : Fasken Martineau DuMoulin,

Montréal; Conseil du patronat du Québec inc., Montréal.

Solicitors for the intervener the Alliance of Manufacturers & Exporters Canada: Baker & McKenzie, Toronto.

Solicitors for the intervener the Canadian Association of Counsel to Employers: Stewart McKelvey, St. John's; McMillan, Ottawa.

Solicitors for the intervener Confédération des syndicats nationaux: Laroche Martin, Québec.

Montréal; Conseil du patronat du Québec inc., Montréal.

Procureurs de l'intervenante l'Alliance des manufacturiers et des exportateurs du Canada : Baker & McKenzie, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des avocats d'employeurs : Stewart McKelvey, St. John's; McMillan, Ottawa.

Procureurs de l'intervenante la Confédération des syndicats nationaux : Laroche Martin, Québec.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Vincent Quesnelle *Respondent*

and

**Attorney General of Alberta,
Canadian Association of Chiefs of Police,
Criminal Lawyers' Association
of Ontario and Barbra Schlifer
Commemorative Clinic** *Interveners*

INDEXED AS: R. v. QUESNELLE

2014 SCC 46

File No.: 35390.

2014: March 20; 2014: July 9.

Present: McLachlin C.J. and LeBel, Abella, Rothstein, Moldaver, Karakatsanis and Wagner JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Evidence — Disclosure — Whether police occurrence reports prepared in the investigation of unrelated incidents involving a complainant or witness are “records” within the meaning of s. 278.1 of the Criminal Code, such that they are subject to the Mills regime — Whether the exemption for investigatory and prosecutorial records applies to all police occurrence reports or only those made in relation to the offence in question — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 278.1 to 278.91.

Q was charged with sexually assaulting two complainants. Before trial, Q made an application seeking disclosure of certain police occurrence reports which involved a complainant but which were not made in the course of the investigation of the charges against Q. The trial judge ruled that the occurrence reports at issue were “records” under the *Mills* regime, specifically s. 278.1 of the *Criminal Code*. As such, Q applied for disclosure of the occurrence reports pursuant to s. 278.3 of the *Code*. The trial judge dismissed the application and Q was ultimately convicted. The Court of Appeal allowed Q’s appeal on the basis that the police occurrence reports were not “records” under the *Mills* regime and should

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Vincent Quesnelle *Intimé*

et

**Procureur général de l’Alberta,
Association canadienne des chefs de police,
Criminal Lawyers’ Association
of Ontario et Barbra Schlifer
Commemorative Clinic** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : R. c. QUESNELLE

2014 CSC 46

N° du greffe : 35390.

2014 : 20 mars; 2014 : 9 juillet.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges LeBel, Abella, Rothstein, Moldaver, Karakatsanis et Wagner.

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

Droit criminel — Preuve — Communication — Le rapport de police dressé dans le cadre d’une enquête relative à des incidents sans lien auxquels est mêlé le plaignant ou un témoin constitue-t-il un « dossier » au sens de l’art. 278.1 du Code criminel de sorte qu’il soit soumis au régime de l’arrêt Mills? — L’exception prévue pour le dossier d’enquête ou de poursuite vaut-elle à l’égard de tous les rapports de police ou seulement à l’égard de ceux établis relativement à l’infraction en cause? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 278.1 à 278.91.

Q a été accusé d’avoir agressé sexuellement les deux plaignantes. Avant le début du procès, il a demandé la communication de certains rapports de police qui avaient trait à l’une d’elles, mais qui n’avaient pas été produits dans le cadre de l’enquête ayant mené aux accusations portées contre lui. La juge du procès a statué que ces rapports constituaient des « dossiers » suivant le régime de l’arrêt *Mills*, plus précisément l’art. 278.1 du *Code criminel*. Q a donc demandé leur communication en application de l’art. 278.3 du *Code*. La juge a rejeté la demande, et Q a finalement été déclaré coupable. La Cour d’appel a accueilli l’appel de Q au motif que les rapports de police ne constituaient pas des « dossiers » pour les

have been part of regular Crown disclosure under *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326. The Court of Appeal therefore ordered a new trial.

Held: The appeal is allowed, the order for a new trial is set aside, and the conviction is restored with the sentence appeal remitted to the Court of Appeal.

Sections 278.1 to 278.91 of the *Criminal Code*, known as the *Mills* regime, permit disclosure of private records relating to complainants and witnesses in cases involving particular sexual offences only where a record is likely relevant and its disclosure is necessary in the interests of justice. The regime reflects Parliament's intention to accommodate and reconcile the right of the accused to make full answer and defence with the privacy and equality rights of complainants in sexual offence cases. While it governs the disclosure of "records" in sexual offence trials, the regime does not displace the Crown's duty to make reasonable inquiries and obtain potentially relevant material in accordance with *R. v. McNeil*, 2009 SCC 3, [2009] 1 S.C.R. 66.

Whether a document counts as a "record" depends first on whether the document contains personal information for which there is a reasonable expectation of privacy, and second on whether it falls into the exemption for investigatory and prosecutorial documents. Section 278.1 provides an illustrative list of some types of records that generally give rise to a reasonable expectation of privacy, but other documents will still be covered if they attract a reasonable expectation of privacy. Trial judges will usually assess reasonable expectations on the basis of the type of document at issue. Police occurrence reports prepared in the investigation of previous incidents involving a complainant or witness other than the offence being prosecuted count as "records" and are subject to the *Mills* regime.

Given the sensitive nature of the information frequently contained in such police occurrence reports, and the impact that their disclosure can have on the privacy interests of complainants and witnesses, there will generally be a reasonable expectation of privacy in such reports. Police occurrence reports may contain highly sensitive material including unproven allegations and statements of complainants. They may reveal family

besoins du régime de l'arrêt *Mills* et que le ministère public aurait dû les communiquer conformément à la procédure habituelle suivant l'arrêt *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326. Elle a donc ordonné un nouveau procès.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli. L'ordonnance à l'effet de tenir un nouveau procès est annulée, la déclaration de culpabilité est rétablie et l'appel de la peine est renvoyé à la Cour d'appel.

Dans le cas de certaines infractions à caractère sexuel, les art. 278.1 à 278.91 du *Code criminel* — le « régime de l'arrêt *Mills* » — permettent la communication d'un dossier personnel se rapportant au plaignant ou à un témoin seulement lorsque le dossier est vraisemblablement pertinent et que sa communication sert les intérêts de la justice. Le régime traduit l'intention du législateur de concilier le droit de l'accusé à une défense pleine et entière et les droits à la vie privée et à l'égalité du plaignant dans une affaire d'infraction à caractère sexuel. Même si le régime s'applique à la communication d'un « dossier » dans un procès pour infraction à caractère sexuel, l'obligation faite au ministère public d'effectuer des vérifications raisonnables et d'obtenir les renseignements et les éléments de preuve susceptibles d'être pertinents demeure, conformément à *R. c. McNeil*, 2009 CSC 3, [2009] 1 R.C.S. 66.

Un document constitue un « dossier » lorsque, premièrement, il contient des renseignements personnels pour lesquels il existe une attente raisonnable en matière de protection de la vie privée et que, deuxièmement, il ne tombe pas sous le coup de l'exception prévue à l'égard du dossier d'enquête ou de poursuite. L'article 278.1 énumère des exemples de dossiers qui confèrent généralement une attente raisonnable en matière de protection de la vie privée; d'autres documents seront toutefois protégés s'ils suscitent une telle attente. Le juge du procès se prononce habituellement sur l'existence d'une telle attente en fonction de la nature du document en cause. Le rapport de police dressé à l'occasion de l'enquête relative à un incident antérieur auquel a été mêlé le plaignant ou un témoin, et non à l'infraction qui fait l'objet de la procédure, constitue un « dossier » et est soumis au régime de l'arrêt *Mills*.

Vu la nature délicate des renseignements souvent contenus et les conséquences que peut avoir leur communication sur le droit du plaignant ou du témoin à la vie privée, le rapport de police confère généralement une attente raisonnable en matière de protection de la vie privée. Il peut contenir des renseignements de nature très délicate tels que des allégations dont le bien-fondé n'a pas été établi et des déclarations du plaignant. Il peut

status, health information, and other personal details. Most significantly, they can reveal previous instances where the witness or complainant has been the victim of criminal activity, including previous sexual assaults. Disclosure of this information engages complainants' and witnesses' "informational privacy", the right to control how their information is shared. Disclosure of this information to the accused is particularly likely to engage the dignity interests of complainants and witnesses, and to discourage victims of sexual offences from coming forward. The fact that this information has already been obtained by police does not destroy the affected person's interest in keeping the information private from others. People are entitled to provide information to police with confidence that the police will only disclose it for good reason.

The exemption for investigatory and prosecutorial records contained in s. 278.1 does not strip the protection of the *Mills* regime from police occurrence reports. In light of the text of the provision in both languages, as well as its purpose, context, and the consequences of concluding otherwise, the trial judge was correct in deciding that the exemption applies only to records made in relation to the offence in question, and not to police occurrence reports made in the course of unrelated investigations.

Cases Cited

Referred to: *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326; *R. v. McNeil*, 2009 SCC 3, [2009] 1 S.C.R. 66; *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411; *R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R. 668; *R. v. Esau*, [1997] 2 S.C.R. 777; *R. v. Ewan-chuk*, [1999] 1 S.C.R. 330; *R. v. Osolin*, [1993] 4 S.C.R. 595; *R. v. Patrick*, 2009 SCC 17, [2009] 1 S.C.R. 579; *R. v. Edwards*, [1996] 1 S.C.R. 128; *R. v. Tessling*, 2004 SCC 67, [2004] 3 S.C.R. 432; *R. v. Buhay*, 2003 SCC 30, [2003] 1 S.C.R. 631; *R. v. Dinh*, 2001 ABPC 48, 42 C.R. (5th) 318; *R. v. Dymont*, [1988] 2 S.C.R. 417; *Escher v. Brazil* (2009), Inter-Am. Ct. H.R. (Ser. C) No. 200; *R. v. Fiddler*, 2012 ONSC 2539, 258 C.R.R. (2d) 193; *R. v. McAdam* (2008), 172 C.R.R. (2d) 27; *R. v. Daoust*, 2004 SCC 6, [2004] 1 S.C.R. 217.

Statutes and Regulations Cited

Act to amend the Criminal Code (production of records in sexual offence proceedings), S.C. 1997, c. 30, preamble.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 8.
Constitution Act, 1867, s. 133.
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 193(1), 278.1 to 278.91, 278.2(2), (3), 278.3, 278.5, 278.7.

révéler l'état matrimonial, des renseignements médicaux et d'autres données personnelles. Mais surtout, il peut dévoiler l'existence d'un incident antérieur où le témoin ou le plaignant a été victime d'un acte criminel, y compris une agression sexuelle. La communication de telles données met en jeu le « droit au respect du caractère privé des renseignements personnels » du plaignant ou du témoin, soit le droit de ce dernier de décider lui-même des modalités de leur partage. Leur communication à l'accusé est particulièrement susceptible de porter atteinte à la dignité du plaignant ou du témoin et de décourager une victime d'agression sexuelle de dénoncer son agresseur. Le fait que la police détient déjà les renseignements ne saurait écarter le droit de l'intéressé à ce que leur confidentialité soit assurée. Les gens qui fournissent des renseignements à la police s'attendent à ce que celle-ci ne les communique à autrui que pour un motif valable.

L'exception prévue par l'art. 278.1 à l'égard du dossier d'enquête ou de poursuite ne soustrait pas le rapport de police à la protection du régime de l'arrêt *Mills*. Au vu du libellé de la disposition dans les deux langues, ainsi que de son objet, de son contexte et des conséquences d'une conclusion différente, la juge du procès statue à bon droit que l'exception s'applique seulement aux rapports établis relativement à l'infraction en cause, et non à ceux rédigés dans le cadre d'enquêtes sans lien avec celle-ci.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326; *R. c. McNeil*, 2009 CSC 3, [2009] 1 R.C.S. 66; *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411; *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668; *R. c. Esau*, [1997] 2 R.C.S. 777; *R. c. Ewan-chuk*, [1999] 1 R.C.S. 330; *R. c. Osolin*, [1993] 4 R.C.S. 595; *R. c. Patrick*, 2009 CSC 17, [2009] 1 R.C.S. 579; *R. c. Edwards*, [1996] 1 R.C.S. 128; *R. c. Tessling*, 2004 CSC 67, [2004] 3 R.C.S. 432; *R. c. Buhay*, 2003 CSC 30, [2003] 1 R.C.S. 631; *R. c. Dinh*, 2001 ABPC 48, 42 C.R. (5th) 318; *R. c. Dymont*, [1988] 2 R.C.S. 417; *Escher c. Brazil* (2009), Inter-Am. Ct. H.R. (Ser. C) No. 200; *R. c. Fiddler*, 2012 ONSC 2539, 258 C.R.R. (2d) 193; *R. c. McAdam* (2008), 172 C.R.R. (2d) 27; *R. c. Daoust*, 2004 CSC 6, [2004] 1 R.C.S. 217.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 8.
Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 193(1), 278.1 à 278.91, 278.2(2), (3), 278.3, 278.5, 278.7.
Loi constitutionnelle de 1867, art. 133.
Loi modifiant le Code criminel (communication de dossiers dans les cas d'infraction d'ordre sexuel), L.C. 1997, ch. 30, préambule.

Municipal Freedom of Information and Protection of Privacy Act, R.S.O. 1990, c. M.56.

Authors Cited

- Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. 134, No. 122, 2nd Sess., 35th Parl., February 4, 1997, p. 7664.
- Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. 134, No. 150, 2nd Sess., 35th Parl., April 7, 1997, pp. 9361-62.
- Gotell, Lise. “When Privacy is Not Enough: Sexual Assault Complainants, Sexual History Evidence and the Disclosure of Personal Records” (2006), 43 *Alta. L. Rev.* 743.
- Keen, Peter Carmichael. “*Gebrekirstos*: Fallout from *Quesnelle*” (2013), 4 C.R. (7th) 56.
- Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2008.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Rosenberg, Sharpe and MacFarland JJ.A.), 2013 ONCA 180, 114 O.R. (3d) 779, 303 O.A.C. 18, 1 C.R. (7th) 394, 297 C.C.C. (3d) 414, [2013] O.J. No. 1365 (QL), 2013 CarswellOnt 3337, setting aside the accused’s convictions for sexual assault and assault and ordering a new trial. Appeal allowed and convictions restored.

Milan Rupic, for the appellant.

Najma Jamaldin and *Paul Genua*, for the respondent.

Maureen J. McGuire, for the intervener the Attorney General of Alberta.

Philip Wright, *Vincent Westwick* and *Christiane Huneault*, for the intervener the Canadian Association of Chiefs of Police.

Jonathan Dawe and *Michael Dineen*, for the intervener the Criminal Lawyers’ Association of Ontario.

Susan Chapman and *Joanna Birenbaum*, for the intervener the Barbra Schliker Commemorative Clinic.

Loi sur l’accès à l’information municipale et la protection de la vie privée, L.R.O. 1990, ch. M.56.

Doctrine et autres documents cités

- Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. 134, n° 122, 2^e sess., 35^e lég., 4 février 1997, p. 7664.
- Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. 134, n° 150, 2^e sess., 35^e lég., 7 avril 1997, p. 9361-9362.
- Gotell, Lise. « When Privacy is Not Enough : Sexual Assault Complainants, Sexual History Evidence and the Disclosure of Personal Records » (2006), 43 *Alta. L. Rev.* 743.
- Keen, Peter Carmichael. « *Gebrekirstos* : Fallout from *Quesnelle* » (2013), 4 C.R. (7th) 56.
- Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed. Markham, Ont. : LexisNexis, 2008.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de l’Ontario (les juges Rosenberg, Sharpe et MacFarland), 2013 ONCA 180, 114 O.R. (3d) 779, 303 O.A.C. 18, 1 C.R. (7th) 394, 297 C.C.C. (3d) 414, [2013] O.J. No. 1365 (QL), 2013 CarswellOnt 3337, qui a annulé les déclarations de culpabilité d’agression sexuelle et de voies de fait prononcées contre l’accusé et a ordonné la tenue d’un nouveau procès. Pourvoi accueilli et déclarations de culpabilité rétablies.

Milan Rupic, pour l’appelante.

Najma Jamaldin et *Paul Genua*, pour l’intimé.

Maureen J. McGuire, pour l’intervenant le procureur général de l’Alberta.

Philip Wright, *Vincent Westwick* et *Christiane Huneault*, pour l’intervenante l’Association canadienne des chefs de police.

Jonathan Dawe et *Michael Dineen*, pour l’intervenante Criminal Lawyers’ Association of Ontario.

Susan Chapman et *Joanna Birenbaum*, pour l’intervenante Barbra Schliker Commemorative Clinic.

The judgment of the Court was delivered by

KARAKATSANIS J. —

I. Overview

[1] In sexual offence cases, the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, limits the disclosure of private records relating to complainants and witnesses. The relevant provisions, ss. 278.1 to 278.91, known as the *Mills* regime, permit disclosure only where a record is likely relevant and its disclosure is necessary in the interests of justice. The regime applies to “records” that contain personal information for which there is a reasonable expectation of privacy, unless they are made by persons responsible for the investigation or prosecution of the offence. The issue on appeal is whether these provisions apply to police occurrence reports prepared in the investigation of previous incidents involving a complainant or witness and not the offence being prosecuted. The question is whether these unrelated police occurrence reports count as “records” as defined in s. 278.1, such that the statutory disclosure limits apply.

[2] I conclude that the *Mills* regime applies to police occurrence reports that are not directly related to the charges against the accused. Privacy is not an all or nothing right. Individuals involved in a criminal investigation do not forfeit their privacy interest for all future purposes; they reasonably expect that personal information in police reports will not be disclosed in unrelated matters. Moreover, while the regime exempts investigatory and prosecutorial records, that exemption applies only to records made in relation to the particular offence in question.

[3] Accordingly, I agree with the trial judge that the unrelated police occurrence reports at issue

Version française du jugement de la Cour rendu par

LA JUGE KARAKATSANIS —

I. Aperçu

[1] Dans les affaires d’infraction d’ordre sexuel, le *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, limite la communication d’un dossier personnel se rapportant au plaignant ou à un témoin. Les dispositions pertinentes, soit les art. 278.1 à 278.91 — le « régime de l’arrêt *Mills* » — ne permettent la communication que lorsque le dossier est vraisemblablement pertinent et que sa communication sert les intérêts de la justice. Le régime s’applique au « dossier » qui contient des renseignements personnels pour lesquels il existe une attente raisonnable en matière de protection de la vie privée, sauf s’il est produit par un responsable de l’enquête ou de la poursuite relativement à l’infraction qui fait l’objet de la procédure. Le pourvoi porte sur la question de savoir si ces dispositions s’appliquent au rapport de police dressé à l’occasion de l’enquête relative à des incidents auxquels a été mêlé le plaignant ou un témoin, et non à l’infraction qui fait l’objet de la procédure. Il nous faut décider si ce rapport de police sans lien avec l’infraction constitue un « dossier » au sens de l’art. 278.1, de telle sorte qu’il soit assujéti aux restrictions légales de communication.

[2] J’arrive à la conclusion que le régime de l’arrêt *Mills* s’applique au rapport de police qui n’est pas directement lié à l’accusation portée contre l’accusé. Le droit à la vie privée n’est pas un droit de nature absolue. La personne qui est visée par une enquête criminelle ne renonce pas à son droit à la vie privée pour toutes les circonstances ultérieures; elle s’attend raisonnablement à ce que ses renseignements personnels consignés dans le rapport de police ne fassent pas l’objet d’une communication dans une autre affaire. De plus, même si le régime prévoit une exception pour les dossiers d’enquête et de poursuite, cette exception ne vaut que pour les dossiers constitués relativement à l’infraction en cause.

[3] Par conséquent, je conviens avec le juge du procès que chacun des rapports de police considérés

were “records” within the definition of s. 278.1 and thus subject to the *Mills* regime. The trial judge was entitled to conclude that the reports should not be disclosed. I would allow the appeal, set aside the order for a new trial, and restore the conviction, remitting the sentence appeal to the Court of Appeal.

II. Facts

[4] The respondent, Vincent Quesnelle, was charged with sexually assaulting two complainants, T.R. and L.I. Prior to trial, CBC Radio aired a documentary about the complainant T.R. (a street sex worker), during which the lead investigator in this case indicated that she had obtained and reviewed four or five police occurrence reports which involved T.R. but were not made in the course of the investigation that resulted in the charges against the respondent. The detective did not include the reports in the investigatory file.

[5] The police create occurrence reports to document incidents to which they respond, including disturbances, requests for assistance, reports of alleged crimes and even medical emergencies or car accidents. The reports contain police officers’ recollections and notes concerning the facts of the incident.

III. Judicial History

A. *Ontario Superior Court of Justice*

[6] Before trial, the respondent made an application seeking disclosure of the police occurrence reports that had been reviewed by the detective. The trial judge, Thorburn J., ruled that the occurrence reports at issue were “records” under the *Mills* regime for two reasons: 2009 CanLII 73645. First, occurrence reports contain personal information in which there is a reasonable expectation of privacy. Second, the reports do not fall under the exception to the *Mills* regime in s. 278.1 because they are not “records made by persons responsible for the investigation or prosecution of the offence”: that section excludes only police records made in relation to the

en l’espèce constitue un « dossier » au sens de l’art. 278.1, de sorte qu’il tombe sous le coup du régime de l’arrêt *Mills*. La juge du procès était en droit de conclure que les rapports ne devaient pas être communiqués. Je suis d’avis d’accueillir le pourvoi, d’annuler l’ordonnance à l’effet de tenir un nouveau procès, de rétablir la déclaration de culpabilité et de renvoyer l’appel de la peine à la Cour d’appel.

II. Faits

[4] L’intimé, Vincent Quesnelle, a été accusé d’avoir agressé sexuellement les deux plaignantes, T.R. et L.I. Avant le procès, la chaîne CBC Radio a présenté un documentaire sur la plaignante T.R., une prostituée travaillant dans la rue. L’enquêteuse principale au dossier y affirmait avoir obtenu et examiné quatre ou cinq rapports de police qui avaient trait à T.R., mais qui n’avaient pas été produits dans le cadre de l’enquête ayant débouché sur les accusations portées contre l’intimé. L’enquêteuse n’a pas versé les rapports au dossier d’enquête.

[5] Les policiers rédigent un rapport afin de documenter une intervention par suite, notamment, d’une infraction à la paix publique, d’une demande d’aide, du signalement d’un crime, voire d’une urgence médicale ou d’un accident de la route. Ils y consignent le déroulement de l’intervention et des précisions sur les faits en cause.

III. Historique judiciaire

A. *Cour supérieure de justice de l’Ontario*

[6] Avant le début du procès, l’intimé a demandé la communication des rapports de police dont l’enquêteuse avait pris connaissance. Appelée à présider le procès, la juge Thorburn a conclu que ces rapports constituaient des « dossiers » suivant le régime de l’arrêt *Mills*, et ce, pour deux raisons (2009 CanLII 73645). Premièrement, ils contenaient des renseignements personnels qui conféraient une attente raisonnable en matière de vie privée. Deuxièmement, ils ne tombaient pas sous le coup de l’exception prévue à l’art. 278.1, car ils ne constituaient pas des « dossier[s] qui [sont] produit[s] par un responsable de l’enquête ou de

case being prosecuted. Under the *Mills* regime, a “record” may only be disclosed to the accused if the trial judge is satisfied that it is likely relevant to an issue at trial and disclosure is necessary in the interests of justice.

[7] Since the records fell within the *Mills* regime, the respondent applied for disclosure of the occurrence reports pursuant to s. 278.3 of the *Code*. He argued that the records were likely relevant to assess the complainant’s credibility. The defence chose not to rely on the documentary in making this application. He did not want to alert the complainant — who was a party to the application — to his theory of the relevance of the occurrence reports. The trial judge ruled against the respondent because there was no evidentiary basis on which to conclude that the documents requested were likely relevant or that their production was necessary in the interests of justice: 2010 ONSC 175 (CanLII).

[8] The respondent was ultimately convicted and sentenced to six and a half years in jail, less credit for time served: 2010 ONSC 3713 (CanLII).

B. *Ontario Court of Appeal, 2013 ONCA 180, 114 O.R. (3d) 779*

[9] The respondent appealed his conviction and sentence to the Ontario Court of Appeal. He argued that the police occurrence reports were not “records” under the *Mills* regime, and therefore should have been part of regular Crown disclosure under *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326.

[10] The Court of Appeal allowed his appeal on this basis and ordered a new trial. First, MacFarland J.A. concluded that complainants and witnesses who give information to the police have no reasonable expectation of privacy in police documents

la poursuite relativement à l’infraction qui fait l’objet de la procédure ». Seuls échappent à l’application du régime les rapports établis relativement à l’infraction faisant l’objet de la poursuite. Conformément au régime de l’arrêt *Mills*, un « dossier » ne peut être communiqué à l’accusé que si le juge du procès est convaincu qu’il est vraisemblablement pertinent quant à un point en litige et que sa communication sert les intérêts de la justice.

[7] Comme les rapports étaient assujettis au régime de l’arrêt *Mills*, l’intimé a demandé leur communication en application de l’art. 278.3 du *Code*. Il a prétendu qu’ils étaient vraisemblablement pertinents pour l’appréciation de la crédibilité de la plaignante. La défense a choisi de ne pas faire mention du documentaire, car elle ne voulait pas attirer l’attention de la plaignante — qui était constituée partie à la demande — sur les raisons pour lesquelles elle jugeait les rapports pertinents. La juge du procès a rejeté la demande parce qu’aucun fondement probant ne permettait de conclure que les documents étaient vraisemblablement pertinents ou que leur communication servait les intérêts de la justice (2010 ONSC 175 (CanLII)).

[8] L’intimé a finalement été reconnu coupable et condamné à six ans et demi d’emprisonnement, moins le temps crédité pour la détention (2010 ONSC 3713 (CanLII)).

B. *Cour d’appel de l’Ontario, 2013 ONCA 180, 114 O.R. (3d) 779*

[9] L’intimé a interjeté appel de la déclaration de culpabilité et de la peine devant la Cour d’appel de l’Ontario. Il a prétendu que les rapports de police n’étaient pas des « dossiers » pour les besoins du régime de l’arrêt *Mills*, de sorte que le ministère public aurait dû les communiquer conformément à la procédure habituelle suivant l’arrêt *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326.

[10] La Cour d’appel accueille l’appel pour ce motif et ordonne la tenue d’un nouveau procès. La juge MacFarland estime en premier lieu que le plaignant ou le témoin qui donne des renseignements à la police n’a aucune attente raisonnable en matière

recording that information. Second, she concluded that s. 278.1 exempts all records that are prepared by the investigating police service, whether or not the records are related to the case being prosecuted. Thus the police occurrence reports at issue were not subject to the *Mills* regime. The court reasoned that the police occurrence reports reviewed by Detective Leaver were fruits of the investigation, and ordered their disclosure.

IV. Analysis

A. *The Principles Governing Crown Disclosure*

(1) Disclosure in Criminal Cases Generally

[11] The Crown has a broad duty to disclose relevant evidence and information to persons charged with criminal offences. *Stinchcombe*, at pp. 336-40, provides that the Crown is obliged to disclose all relevant, non-privileged information in its possession or control so as to allow the accused to make full answer and defence. For purposes of this “first party” disclosure, “the Crown” does not refer to all Crown entities, federal and provincial: “the Crown” is the prosecuting Crown. All other Crown entities, including police, are “third parties”. With the exception of the police duty to supply the Crown with the fruits of the investigation, records in the hands of third parties, including other Crown entities, are generally not subject to the *Stinchcombe* disclosure rules.

[12] In *R. v. McNeil*, 2009 SCC 3, [2009] 1 S.C.R. 66, this Court recognized that the Crown cannot merely be a passive recipient of disclosure material. Instead, the Crown has a duty to make reasonable inquiries when put on notice of material in the hands of police or other Crown entities that is potentially relevant to the prosecution or the defence. This Court also recognized that police have a duty to disclose,

de vie privée à l’égard des documents de police qui consistent ces renseignements. En deuxième lieu, elle conclut que l’exception prévue à l’art. 278.1 vise tous les dossiers produits par le service de police chargé de l’enquête, qu’ils se rapportent ou non à la poursuite. Elle estime donc que les rapports en cause ne sont pas assujettis au régime de l’arrêt *Mills*. La Cour d’appel explique que les rapports examinés par l’enquêteuse Leaver représentent les fruits de l’enquête et elle ordonne leur communication.

IV. Analyse

A. *Les principes applicables à l’obligation de communication du ministère public*

(1) Communication dans les affaires criminelles en général

[11] Le ministère public a l’obligation générale de communiquer les éléments de preuve et les renseignements pertinents à la personne qui est accusée d’une infraction criminelle. Selon l’arrêt *Stinchcombe*, p. 336-340, il est tenu de communiquer tout renseignement pertinent non protégé qui est en sa possession ou sous son contrôle afin de permettre à l’accusé de présenter une défense pleine et entière. Pour les besoins de la communication par la « partie principale », « le ministère public » ne s’entend pas de toutes les composantes de l’État fédéral ou provincial, mais seulement du poursuivant. Toutes les autres composantes de l’État, y compris la police, sont des « tiers ». Exception faite de l’obligation qui incombe à la police de transmettre au ministère public les fruits de l’enquête, les dossiers en la possession de tiers, y compris d’autres composantes de l’État, ne sont habituellement pas assujettis aux règles établies dans l’arrêt *Stinchcombe* en matière de communication.

[12] Dans l’arrêt *R. c. McNeil*, 2009 CSC 3, [2009] 1 R.C.S. 66, notre Cour reconnaît que le ministère public ne peut se contenter de recevoir passivement des renseignements. Des vérifications raisonnables lui incombent lorsqu’il apprend que la police ou d’autres composantes de l’État ont en leur possession des éléments susceptibles d’être utiles à la poursuite ou à la défense. Notre Cour reconnaît

without prompting, “all material pertaining to its investigation of the accused” (para. 14) as well as other information “obviously relevant to the accused’s case” (para. 59).

[13] In *R. v. O’Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411, at paras. 15-34, this Court established a separate disclosure regime for records in the hands of “third parties” that are “likely relevant” to an issue at trial. Under *O’Connor*, an application is made to the court and the judge determines whether production should be compelled in accordance with a two-stage test. At the first stage, the applicant has an onus to establish the likely relevance of the record. At the second stage, the judge examines the record and determines whether, and to what extent, it should be produced for the accused: in the case of relevant information, privacy interests yield to the right to a full answer and defence.

(2) Disclosure in Sexual Offence Cases — the Mills Regime

[14] Beginning in the late 1980s, it became commonplace in sexual offence trials for defence counsel to seek the private records of complainants in order to attack the complainant through invasive (and often inappropriate) credibility probing: *House of Commons Debates*, vol. 134, No. 122, 2nd Sess., 35th Parl., February 4, 1997. The *Mills* regime, enacted in 1997, was a response to these practices. The provisions of the *Mills* regime are set out in the Appendix. The central idea, according to the preamble to the legislation enacting the regime, is that

while production to the court and to the accused of personal information regarding any person may be necessary in order for an accused to make a full answer and defence, that production may breach the person’s right to privacy and equality and therefore the determination as to whether to order production should be subject to careful scrutiny;

(*An Act to amend the Criminal Code (production of records in sexual offence proceedings)*, S.C. 1997, c. 30)

aussi l’obligation de la police de communiquer, sans qu’il soit nécessaire de lui en faire la demande, « tous les renseignements se rapportant à son enquête sur l’accusé » (par. 14), ainsi que les autres renseignements qui « se rapportent manifestement à la poursuite engagée contre l’accusé » (par. 59).

[13] Dans l’arrêt *R. c. O’Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411, par. 15-34, notre Cour établit un régime de communication distinct pour les dossiers qui se trouvent en la possession de « tiers » et qui sont « vraisemblablement pertinents » quant à un point en litige. Le tribunal saisi statue sur la demande de communication à l’issue d’une analyse à deux volets. Le requérant doit d’abord prouver que les renseignements contenus dans le dossier sont d’une pertinence vraisemblable. Le tribunal examine ensuite le dossier pour déterminer s’il doit être communiqué à l’accusé — et, le cas échéant, dans quelle mesure il doit l’être; lorsque les renseignements sont pertinents, le droit à la vie privée cède le pas au droit à une défense pleine et entière.

(2) Communication dans une affaire d’infraction d’ordre sexuel — le régime de l’arrêt Mills

[14] Dès la fin des années 1980, lors d’un procès pour infraction d’ordre sexuel, il était courant que l’avocat de la défense demande l’accès aux dossiers privés du plaignant afin de miner sa crédibilité de manière attentatoire (et souvent inappropriée) (*Débats de la Chambre des communes*, vol. 134, n° 122, 2^e sess., 35^e lég., 4 février 1997). Adopté en 1997, le régime de l’arrêt *Mills* est venu encadrer cette pratique. Les dispositions qui y correspondent sont reproduites en annexe. Selon le préambule de la loi qui crée le régime, l’idée maîtresse est la suivante :

... si la communication de renseignements personnels au tribunal et à l’accusé peut être nécessaire à une défense pleine et entière de l’accusé, elle peut aussi constituer une atteinte au droit à la vie privée et à l’égalité de la personne qu’ils concernent et [. . .], de ce fait, la décision de l’accorder ne devrait être rendue qu’avec prudence,

(*Loi modifiant le Code criminel (communication de dossiers dans les cas d’infraction d’ordre sexuel)*, L.C. 1997, ch. 30)

The regime reflects Parliament's intention to accommodate and reconcile the right of the accused to make full answer and defence with the privacy and equality rights of complainants in sexual offence cases. In the words of Professor Lise Gotell, the regime was created in order to "to limit what it is that a woman/child complainant must be forced to reveal at trial as the price of her access to the criminal justice system" ("When Privacy is not Enough: Sexual Assault Complainants, Sexual History Evidence, and the Disclosure of Personal Records" (2006), 43 *Alta. L. Rev.* 743, at p. 745). That approach was upheld by this Court in *R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R. 668, and its constitutionality is not challenged in this appeal.

[15] The *Mills* regime governs the disclosure of records containing private information of witnesses and complainants in certain sexual offence prosecutions (*Criminal Code*, 278.1 to 278.91). It establishes a two-part process through which accused persons may apply for disclosure of such records. First, a record — whether in the hands of the Crown, the police, or a third party (s. 278.2(2)) — will only be produced to the court where the trial judge is satisfied that the record is *likely* relevant to an issue at trial or to the competence of a witness to testify, and that disclosure to the court is necessary in the interests of justice: s. 278.5. Second, after reviewing the record, the judge may only order disclosure to the accused if the record is likely relevant and disclosure is in the interests of justice: s. 278.7.

[16] Once the Crown obtains a record and determines that it is covered by the *Mills* regime, it must give notice to the accused: *Criminal Code*, s. 278.2(3). While the Crown may not disclose the contents of the record, it should in appropriate circumstances give an assessment of the likely relevance of a record in its possession, as well as indicate the basis of its relevance. At a minimum, the Crown should advise if it intends to use any information contained in records protected by *Mills* as part of its case against an accused. The Crown's assessment that the record is relevant for a specific

Le régime traduit l'intention du législateur de concilier le droit de l'accusé à une défense pleine et entière et les droits à l'égalité et à la vie privée du plaignant dans les affaires d'infraction à caractère sexuel. Pour reprendre les termes employés par la professeure Lise Gotell, le régime a vu le jour afin [TRADUCTION] « de limiter ce que le plaignant — femme ou enfant — doit être contraint de révéler au procès pour se prévaloir du système de justice pénale » (« When Privacy is not Enough : Sexual Assault Complainants, Sexual History Evidence, and the Disclosure of Personal Records » (2006), 43 *Alta. L. Rev.* 743, p. 745). Notre Cour confirme cette approche dans l'arrêt *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668, et sa constitutionnalité n'est pas contestée dans le pourvoi.

[15] Le régime de l'arrêt *Mills* régit la communication à l'accusé d'un dossier qui renferme des renseignements personnels sur un témoin ou sur le plaignant dans les instances relatives à certaines infractions d'ordre sexuel (*Code criminel*, art. 278.1 à 278.91). Il établit une démarche à deux volets. Premièrement, le dossier — qu'il soit en la possession du ministère public, de la police ou d'un tiers (par. 278.2(2)) — n'est communiqué au tribunal que si le juge du procès est convaincu qu'il est *vraisemblablement* pertinent quant à un point en litige ou à l'habileté d'un témoin à témoigner, et que si la communication du dossier sert les intérêts de la justice (art. 278.5). Deuxièmement, après examen du dossier, le juge n'ordonne sa communication à l'accusé que s'il est vraisemblablement pertinent et que sa communication sert les intérêts de la justice (art. 278.7).

[16] Lorsqu'il obtient un dossier puis détermine qu'il relève du régime de l'arrêt *Mills*, le ministère public doit en informer l'accusé (*Code criminel*, par. 278.2(3)). Bien qu'il ne puisse communiquer le contenu du dossier, il doit, lorsque les circonstances s'y prêtent, déterminer si le dossier qu'il a en sa possession est vraisemblablement pertinent ou non et, dans l'affirmative, indiquer ce en quoi il est pertinent. Il doit à tout le moins faire connaître son intention d'invoquer contre l'accusé des renseignements contenus dans un dossier relevant du régime de l'arrêt *Mills*. La conclusion du ministère

reason will likely establish a basis for the judge to order production to the court.

[17] The mere fact that a police occurrence report concerns a complainant or witness is not enough to make the report relevant to an otherwise unrelated prosecution. The *Mills* provisions echo this Court's frequent warnings against relying on myths and stereotypes about sexual assault complainants in assessing the relevance of evidence in the context of sexual assault trials. For example, the fact that a complainant has reported sexual violence in the recent or distant past, provides sexual services for money, or suffers from addiction is not, without more, enough to render a police occurrence report "relevant": see, e.g., *R. v. Esau*, [1997] 2 S.C.R. 777, at para. 82 (*per* McLachlin J., dissenting); *R. v. Ewanchuk*, [1999] 1 S.C.R. 330, at paras. 86-97 (*per* L'Heureux-Dubé J.); *R. v. Osolin*, [1993] 4 S.C.R. 595, at pp. 670-72 (*per* Cory J.). However, occurrence reports which raise legitimate questions about the credibility of the complainant or a witness, or some other issue at trial, will be treated as relevant.

(3) The *McNeil* Duties and the *Mills* Notice Obligation

[18] The Crown's *McNeil* duty to make reasonable inquiries and the corresponding police duty to supply relevant information and evidence to the Crown apply notwithstanding the *Mills* regime. The *Mills* regime governs the *disclosure* of "records" in sexual offence trials, but does not displace the Crown's duty to make reasonable inquiries and *obtain* potentially relevant material (or the police duty to pass on material to the Crown) under *McNeil*. As an officer of the court and Minister of Justice, the Crown is duty-bound to seek justice, not convictions, and to avoid wrongful convictions, in the prosecutions of all offences, including sexual offences. The *Mills* regime simply replaces the

public selon laquelle le dossier est pertinent pour un motif précis servira vraisemblablement d'assise à la décision du juge d'ordonner sa communication au tribunal.

[17] Le simple fait que le rapport de police concerne un plaignant ou un témoin ne suffit pas à le rendre pertinent dans le cadre d'une poursuite par ailleurs sans lien. L'adoption des dispositions qui constituent le régime de l'arrêt *Mills* fait suite aux mises en garde répétées de notre Cour contre le recours à des mythes et à des stéréotypes sur les personnes qui portent plainte pour agression sexuelle lorsqu'il s'agit de statuer sur la pertinence d'un élément de preuve dans le cadre d'un procès pour agression sexuelle. Par exemple, le fait que le plaignant a signalé un acte de violence sexuelle dans un passé récent ou lointain, qu'il offre des services sexuels contre de l'argent ou qu'il souffre d'une dépendance ne suffit pas à lui seul à rendre un rapport de police « pertinent » (voir p. ex. *R. c. Esau*, [1997] 2 R.C.S. 777, par. 82 (la juge McLachlin, dissidente); *R. c. Ewanchuk*, [1999] 1 R.C.S. 330, par. 86-97 (la juge L'Heureux-Dubé); *R. c. Osolin*, [1993] 4 R.C.S. 595, p. 670-672 (le juge Cory)). Cependant, le rapport qui soulève des questions légitimes au sujet de la crédibilité du plaignant ou d'un témoin, ou quelque autre question au procès, est tenu pour pertinent.

(3) Les devoirs imposés par l'arrêt *McNeil* et l'obligation d'informer issue de l'arrêt *Mills*

[18] Malgré le régime de l'arrêt *Mills*, demeurent l'obligation que fait *McNeil* au ministère public d'effectuer des vérifications raisonnables ainsi que l'obligation correspondante de la police de transmettre au ministère public les renseignements et les éléments de preuve pertinents. Le régime s'applique à la *communication* d'un « dossier » dans le cadre d'un procès pour infraction d'ordre sexuel, mais il ne soustrait pas le ministère public à l'obligation de faire des vérifications raisonnables et d'*obtenir* les éléments susceptibles d'être pertinents (non plus que la police à l'obligation de transmettre les renseignements au ministère public) suivant l'arrêt *McNeil*. En qualité d'officier de justice et de

obligation to *produce* relevant records directly with an obligation to *give notice* of their existence: *Criminal Code*, s. 278.2(3).

B. *Are Unrelated Police Occurrence Reports “Records”?*

[19] The issue in this appeal is whether police occurrence reports prepared in the investigation of unrelated incidents involving a complainant or witness are “records” within the meaning of s. 278.1 of the *Criminal Code*, such that they are subject to the *Mills* regime. Section 278.1 defines “records” as follows:

278.1 For the purposes of sections 278.2 to 278.9, “record” means any form of record that contains personal information for which there is a reasonable expectation of privacy and includes, without limiting the generality of the foregoing, medical, psychiatric, therapeutic, counselling, education, employment, child welfare, adoption and social services records, personal journals and diaries, and records containing personal information the production or disclosure of which is protected by any other Act of Parliament or a provincial legislature, but does not include records made by persons responsible for the investigation or prosecution of the offence.

[20] The determination of whether a document counts as a “record” involves two inquiries. First, does the document contain personal information for which there is a reasonable expectation of privacy? Second, does it fall into the exemption for investigatory and prosecutorial documents? I consider these questions in turn.

ministre de la Justice, le ministère public doit rechercher l’accomplissement de la justice, et non l’obtention de déclarations de culpabilité, et il doit éviter les erreurs judiciaires dans toutes les poursuites, y compris celles pour infractions d’ordre sexuel. Le régime de l’arrêt *Mills* remplace simplement l’obligation de *communiquer* les dossiers pertinents par celle d’*informer* l’accusé de leur existence (*Code criminel*, par. 278.2(3)).

B. *Un rapport de police sans lien avec l’affaire constitue-t-il un « dossier »?*

[19] La question en litige dans le pourvoi est celle de savoir si le rapport de police dressé dans le cadre de l’enquête relative à des incidents sans lien auxquels est mêlé le plaignant ou un témoin constitue un « dossier » au sens de l’art. 278.1 du *Code criminel* de sorte qu’il soit soumis au régime de l’arrêt *Mills*. Voici comment cet article définit le « dossier » :

278.1 Pour l’application des articles 278.2 à 278.9, « dossier » s’entend de toute forme de document contenant des renseignements personnels pour lesquels il existe une attente raisonnable en matière de protection de la vie privée, notamment : le dossier médical, psychiatrique ou thérapeutique, le dossier tenu par les services d’aide à l’enfance, les services sociaux ou les services de consultation, le dossier relatif aux antécédents professionnels et à l’adoption, le journal intime et le document contenant des renseignements personnels et protégés par une autre loi fédérale ou une loi provinciale. N’est pas visé par la présente définition le dossier qui est produit par un responsable de l’enquête ou de la poursuite relativement à l’infraction qui fait l’objet de la procédure.

[20] Déterminer si un document constitue un « dossier » appelle deux questions. Premièrement, le document contient-il des renseignements personnels pour lesquels il existe une attente raisonnable en matière de protection de la vie privée? Deuxièmement, tombe-t-il sous le coup de l’exception prévue à l’égard des dossiers d’enquête et de poursuite? J’examine ces questions à tour de rôle.

- (1) Documents Attracting a Reasonable Expectation of Privacy
- (a) *Section 278.1 Requires a Categorical Approach*

[21] Under the first step of the *Mills* regime, the trial judge makes a preliminary determination of whether a document is a “record” covered by the regime, without seeing the specific document. Only if the judge decides that the document is likely relevant to an issue at trial or to the competence of a witness to testify and that production to the court is necessary in the interests of justice will the judge then have the opportunity to view and assess the particular document. Therefore, the judge will usually determine whether a record “contains personal information for which there is a reasonable expectation of privacy”, on the basis of the *type* of document at issue.

[22] The definition of “record” is broad and non-exhaustive. Section 278.1 provides an illustrative list of some of the types of records that usually give rise to a reasonable expectation of privacy. However, documents that do not fall into the listed categories will still be covered by the *Mills* regime if they contain information that gives rise to a reasonable expectation of privacy.

[23] The question here is whether the trial judge committed a reversible error at the preliminary stage by holding that police occurrence reports relating to the complainant were “records” because they generally contain information that gives rise to a reasonable expectation of privacy. The Court of Appeal concluded that the trial judge erred because the definition of “record” under s. 278.1 contemplates the types of personal information disclosed in the context of a “trust-like, confidential or therapeutic relationship” and which an individual would “seek to withhold from the state” (paras. 32-33). In my view, such a restricted approach is not warranted. The trial judge was right to treat the reports as “records” under the *Mills* regime because

- (1) Documents conférant une attente raisonnable en matière de protection de la vie privée
- a) *L'article 278.1 commande une approche fondée sur la nature du document*

[21] À la première étape de l'application du régime de l'arrêt *Mills*, le juge du procès décide à titre préliminaire si le document constitue un « dossier » auquel s'applique le régime, mais sans l'avoir sous les yeux. Ce n'est que s'il estime que le document est vraisemblablement pertinent quant à un point en litige ou à l'habileté d'un témoin à témoigner et que sa communication sert les intérêts de la justice qu'il pourra l'examiner. Le juge détermine donc habituellement si un dossier « cont[ie]nt des renseignements personnels pour lesquels il existe une attente raisonnable en matière de protection de la vie privée » en fonction de la *nature* du document en cause.

[22] La définition de « dossier » est large et non exhaustive. L'article 278.1 énumère des exemples de dossiers qui confèrent habituellement une attente raisonnable en matière de protection de la vie privée. Cependant, les documents qui ne sont pas visés par ces exemples relèvent tout de même du régime de l'arrêt *Mills* s'ils contiennent des renseignements qui confèrent une attente raisonnable en matière de protection de la vie privée.

[23] Il nous faut décider en l'espèce si, à l'étape préliminaire, la juge du procès commet une erreur justifiant l'annulation de sa décision lorsqu'elle conclut que le rapport de police ayant trait au plaignant constitue un « dossier » parce qu'il contient généralement des renseignements qui confèrent une attente raisonnable en matière de protection de la vie privée. La Cour d'appel conclut que la juge fait erreur, car selon la définition qui figure à l'art. 278.1, le « dossier » vise les renseignements personnels communiqués dans le cadre d'une [TRANSDUCTION] « relation confidentielle, thérapeutique ou fondée sur la confiance » et que l'intéressé « ne voudrait pas révéler à l'État » (par. 32-33). À mon sens, une interprétation aussi stricte n'est pas

the reports generally contain information in which there is a reasonable expectation of privacy.

(b) *Reasonable Expectation of Privacy*

[24] In order for a document to constitute a “record” and therefore fall within the *Mills* regime it must be a “record that contains personal information for which there is a reasonable expectation of privacy”: s. 278.1.

[25] The appellant submits that police occurrence reports will often contain deeply personal and potentially embarrassing information, and that witnesses and complainants retain a privacy interest in the reports. The subject of an occurrence report will not expect the report to be disclosed to impeach his or her credibility in an unrelated case.

[26] The respondent agrees with the Court of Appeal that police occurrence reports do not “implicate the types of privacy interests envisioned in s. 278.1 or in *Mills*” (R.F., at para. 58, citing Court of Appeal reasons, at para. 41). The Court of Appeal observed that the complainant cannot have a subjective expectation of privacy in previous complaints to police: she will know, at the time of making a complaint to police, that the information she discloses will end up in a public trial. Moreover, the victim of an attack does not speak to police in the context of a trust-like, confidential, or therapeutic relationship.

(i) General Principles

[27] The assessment of whether there is a reasonable expectation of privacy for purposes of s. 278.1 of the *Criminal Code* draws on the jurisprudence applying s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*: see *Mills*, at para. 99. That

justifiée. La juge du procès a raison de voir dans le rapport de police un « dossier » emportant l’application du régime de l’arrêt *Mills*, car le rapport contient généralement des renseignements pour lesquels il existe une attente raisonnable en matière de protection de la vie privée.

b) *Attente raisonnable en matière de protection de la vie privée*

[24] Pour qu’un document constitue un « dossier » et relève du régime de l’arrêt *Mills*, il doit s’agir d’un « document contenant des renseignements personnels pour lesquels il existe une attente raisonnable en matière de protection de la vie privée » (art. 278.1).

[25] L’appelant soutient qu’un rapport de police renferme souvent des renseignements extrêmement personnels et susceptibles d’être embarrassants, et que le témoin ou le plaignant conserve son droit à la vie privée en liaison avec un tel document. La personne concernée par un rapport ne s’attend pas à ce qu’il soit communiqué et serve à miner sa crédibilité dans une autre affaire.

[26] L’intimé convient avec la Cour d’appel que le rapport ne [TRADUCTION] « met pas en jeu un droit à la vie privée de la nature de ceux envisagés à l’art. 278.1 ou dans l’arrêt *Mills* » (m.i., par. 58, citant les motifs de la Cour d’appel, par. 41). La Cour d’appel fait remarquer que la plaignante ne peut avoir d’attente subjective en matière de protection de la vie privée à l’égard de plaintes antérieures; elle sait, au moment où elle porte plainte à la police, que les renseignements qu’elle donne seront révélés lors du procès. En outre, la victime d’une agression ne s’adresse pas à la police dans le contexte d’une relation confidentielle, thérapeutique ou fondée sur la confiance.

(i) Principes généraux

[27] L’examen qui vise à déterminer s’il existe une attente raisonnable en matière de protection de la vie privée aux fins de l’art. 278.1 du *Code criminel* prend appui sur la jurisprudence relative à l’application de l’art. 8 de la *Charte canadienne*

jurisprudence establishes that expectations of privacy must be assessed in light of the “totality of the circumstances” (*R. v. Patrick*, 2009 SCC 17, [2009] 1 S.C.R. 579, at para. 26; *R. v. Edwards*, [1996] 1 S.C.R. 128, at para. 45; *R. v. Tessling*, 2004 SCC 67, [2004] 3 S.C.R. 432, at para. 19). The circumstances (or nature of the relationship) in which information is shared are not determinative: the reasonable expectation of privacy is not limited to trust-like, confidential, or therapeutic relationships.

[28] Unlike much of the jurisprudence under s. 8 of the *Charter*, the analysis of the reasonable expectation of privacy in this case does not concern the right to be free from unreasonable intrusion by the state. Rather, the question is whether it is reasonable to expect that the state will keep information that it has legitimately acquired private from *other* private individuals.

[29] A reasonable expectation of privacy is not an all or nothing concept: *Mills*, at para. 108. A person may have a reasonable expectation that the state will not have access to her hotel room, even if she fully expects hotel staff to enter the premises: *R. v. Buhay*, 2003 SCC 30, [2003] 1 S.C.R. 631, at para. 22, discussing *R. v. Dinh*, 2001 ABPC 48, 42 C.R. (5th) 318. Equally, a person may divulge information to an individual or an organization with the expectation that it be used only for a specific purpose: *R. v. Dymont*, [1988] 2 S.C.R. 417, at pp. 429-30. The same principle applies to disclosure to the police.

[30] In this case, the question is whether the subjects of police occurrence reports could reasonably expect the police to safeguard their private information, unless and until disclosure is justified. After describing the information contained in the reports, I will discuss the privacy interests engaged by that information. Finally, I will address the implications arising from the fact that the reports are in the hands of police.

des droits et libertés (voir *Mills*, par. 99). Selon cette jurisprudence, l’existence d’une telle attente s’établit en fonction de « l’ensemble des circonstances » (*R. c. Patrick*, 2009 CSC 17, [2009] 1 R.C.S. 579, par. 26; *R. c. Edwards*, [1996] 1 R.C.S. 128, par. 45; *R. c. Tessling*, 2004 CSC 67, [2004] 3 R.C.S. 432, par. 19). Les circonstances dans lesquelles l’information est partagée ne sont pas décisives, non plus que la nature de la relation entre les intéressés : ce ne sont pas que les relations confidentielles, thérapeutiques ou fondées sur la confiance qui confèrent une attente raisonnable en matière de protection de la vie privée.

[28] Contrairement à celle qui sous-tend bon nombre des arrêts de jurisprudence relatifs à l’application de l’art. 8 de la *Charte*, l’analyse de l’attente raisonnable en matière de protection de la vie privée ne vise pas en l’espèce le droit d’être protégé contre une atteinte abusive de la part de l’État. La question est plutôt de savoir s’il est raisonnable de s’attendre à ce que celui-ci s’abstienne de communiquer à d’autres particuliers des renseignements qu’il a légitimement obtenus.

[29] L’existence ou l’inexistence d’une attente raisonnable en matière de protection de la vie privée n’est pas absolue (*Mills*, par. 108). Une personne peut s’attendre raisonnablement à ce que l’État n’entre pas dans sa chambre d’hôtel, alors qu’elle sait bien que le personnel de l’hôtel y pénétrera (*R. c. Buhay*, 2003 CSC 30, [2003] 1 R.C.S. 631, par. 22, où la Cour examine *R. c. Dinh*, 2001 ABPC 48, 42 C.R. (5th) 318). De même, une personne peut donner des renseignements à une autre personne ou à une organisation en pensant qu’ils ne seront utilisés qu’à une fin précise (*R. c. Dymont*, [1988] 2 R.C.S. 417, p. 429-430). Il en va de même des renseignements fournis aux policiers.

[30] Il nous faut en l’espèce décider si une personne visée par un rapport de police peut raisonnablement s’attendre à ce que la police protège ses renseignements personnels, sauf si cette dernière est justifiée de les communiquer. Après la teneur du rapport, je me penche ci-après sur le droit à la vie privée que mettent en jeu ces renseignements. J’examinerai ensuite, en dernier lieu, les conséquences de la possession du rapport par la police.

(ii) The Information in Police Occurrence Reports

[31] Police occurrence reports contain information disclosed to police by the persons concerned, by third parties, or obtained by police through search, seizure, surveillance, or information sharing.

[32] This Court observed in *McNeil*, at para. 19:

Criminal investigative files may contain highly sensitive material including: outlines of unproven allegations; statements of complainants or witnesses — at times concerning very personal matters . . .

[33] Police occurrence reports may reveal family status, health information (including statements concerning mental health or the use of drugs and alcohol), and details about housing and employment. They may reveal personal conflicts or details about relationships between individuals. See P. C. Keen, “*Gebrekirstos*: Fallout from *Quesnelle*” (2013), 4 C.R. (7th) 56, at pp. 60-61. Moreover, they very often reveal the extent of an individual’s engagement with the criminal justice system. Most significantly, they can reveal previous instances where the witness or complainant has been the victim of criminal activity, including previous sexual assaults.

(iii) The Price of Disclosure

[34] The disclosure of the information described above engages complainants’ and witnesses’ “[i]nformational privacy”, “the claim of individuals, groups, or institutions to determine for themselves when, how, and to what extent information about them is communicated to others” (*Tessling*, at para. 23, quoting A. F. Westin, *Privacy and Freedom* (1970), at p. 7). As L’Heureux-Dubé J. observed in *O’Connor*, at para. 119:

(ii) Les renseignements contenus dans le rapport de police

[31] Le rapport de police consigne les renseignements fournis aux policiers par la personne concernée ou par un tiers, ou ceux obtenus au moyen d’une fouille, d’une perquisition, d’une saisie, d’une opération de surveillance ou d’un échange de renseignements.

[32] Dans *McNeil*, la Cour fait remarquer ce qui suit au par. 19 :

En effet, les dossiers d’enquête criminelle peuvent contenir des renseignements de nature très délicate tels que des exposés sur des allégations dont le bien-fondé n’a pas été établi, des déclarations de plaignants ou de témoins — parfois à propos de questions très personnelles . . .

[33] Un rapport de police peut révéler l’état matrimonial d’une personne, des renseignements médicaux à son sujet (y compris des déclarations sur sa santé mentale ou sa consommation de drogues ou d’alcool), ainsi que des précisions sur son logement et son emploi. Il peut faire état de conflits personnels ou donner des précisions sur les liens qui unissent des particuliers. Voir P. C. Keen, « *Gebrekirstos* : Fallout from *Quesnelle* » (2013), 4 C.R. (7th) 56, p. 60-61. De plus, il dévoile bien souvent les démêlés de l’intéressé avec le système de justice criminelle. Mais surtout, il peut révéler l’existence d’incidents antérieurs où le témoin ou le plaignant a été victime d’un acte criminel, y compris une agression sexuelle.

(iii) Le prix de la communication

[34] La communication de telles données met en jeu le [TRADUCTION] « droit au respect du caractère privé des renseignements personnels » des plaignants et des témoins, soit [TRADUCTION] « le droit revendiqué par des particuliers, des groupes ou des institutions de déterminer eux-mêmes le moment, la manière et la mesure dans lesquels des renseignements les concernant sont communiqués » (*Tessling*, par. 23, citant A. F. Westin, *Privacy and Freedom* (1970), p. 7). Comme le fait observer la juge L’Heureux-Dubé dans *O’Connor*, par. 119 :

Although it may appear trite to say so, I underline that when a private document or record is revealed and the reasonable expectation of privacy therein is thereby displaced, the invasion is not with respect to the particular document or record in question. Rather, it is an invasion of the dignity and self-worth of the individual, who enjoys the right to privacy as an essential aspect of his or her liberty in a free and democratic society.

The disclosure of police occurrence reports that contain intimate personal information — such as details of previous allegations of sexual assault — may do particularly serious violence to the dignity and self-worth of an affected person.

[35] The *Mills* regime regulates disclosure in the context of a criminal trial: information that is disclosed will often be exposed in court. Significantly, even where the information is not used in the trial, it will certainly be seen by the accused, who will often be known to the affected person, and whose use of the information is not subject to the legal oversight of the *Charter* or privacy legislation that applies when such information is given to law enforcement. Consequently, disclosure may involve a more serious violation of the complainant's dignity than disclosure to the state.

[36] There are tangible harms associated with disclosure of personal information in the context of prosecutions for sexual offences, particularly when information about the complainant is disclosed to the person accused of sexually assaulting her. In the preamble to the legislation enacting the *Mills* regime, Parliament recognized “that the compelled production of personal information may deter complainants of sexual offences from reporting the offence to the police”. Victims of sexual offences will be less likely to come forward if they know that doing so will entail disclosure of their past interactions with police to the very person who they claim has wronged them.

Quoiqu'il puisse paraître banal de le dire, je souligne que, lorsqu'un document ou un dossier privé est communiqué, écartant ainsi l'attente raisonnable relativement à son caractère privé, l'intrusion ne se rapporte pas au document ou au dossier particulier en question. Il s'agit plutôt d'une atteinte à la dignité et à la valeur personnelle de l'individu, qui jouit du droit à la protection de sa vie privée, aspect essentiel de sa liberté dans une société libre et démocratique.

La communication d'un rapport contenant des renseignements intimes et personnels, telles des précisions sur des allégations antérieures d'agression sexuelle, est particulièrement susceptible de porter gravement atteinte à la dignité et à la valeur personnelle de l'intéressé.

[35] Le régime de l'arrêt *Mills* encadre la communication dans le contexte d'un procès au pénal : les renseignements communiqués seront souvent exposés devant le tribunal. Il importe de signaler que même les données qui ne sont pas utilisées au procès sont certainement portées à la connaissance de l'accusé, qui est souvent une personne que connaît l'intéressé et qui, lorsqu'il utilise ces renseignements, n'est assujéti ni à la *Charte*, ni aux règles d'une loi sur la protection de la vie privée applicables à la transmission de tels renseignements aux autorités chargées de l'application de la loi. Cette communication peut donc porter plus gravement atteinte à la dignité du plaignant que la communication de renseignements à l'État.

[36] Certains préjudices tangibles sont associés à la communication de renseignements personnels dans le cadre d'une poursuite pour infraction d'ordre sexuel, surtout lorsque les renseignements sur le plaignant sont communiqués à la personne accusée de l'avoir agressé. Dans le préambule de la loi qui crée le régime de l'arrêt *Mills*, le législateur reconnaît « que l'obligation de communiquer des renseignements personnels peut avoir un effet dissuasif sur la dénonciation d'agressions sexuelles ». Les victimes d'agressions sexuelles qui sauront que, si elles portent plainte, leurs démêlés antérieurs avec la police seront communiqués à la personne accusée de les avoir agressées seront moins susceptibles de dénoncer leur agresseur.

(iv) The Effect of Third Party Disclosure on Expectations of Privacy

[37] It bears repeating that privacy is not an all or nothing concept; rather, “[p]rivacy interests in modern society include the reasonable expectation that private information will remain confidential to the persons to whom and restricted to the purposes for which it was divulged” (*Mills*, at para. 108). Consequently, the fact that information about a person has been disclosed to a third party does not destroy that person’s privacy interests. Because the contents of occurrence reports will be disclosed under *certain* circumstances does not mean that there is not a reasonable expectation of privacy in those records.

[38] The Court of Appeal erred in concluding that the complainant could not have a reasonable expectation of privacy because the information was disclosed outside the context of a “trust-like, confidential or therapeutic relationship”. While such relationships may give rise to heightened privacy interests, their absence is not dispositive. Whether a person is entitled to expect that their information will be kept private is a contextual inquiry.

[39] Where an individual voluntarily discloses sensitive information to police, or where police uncover such information in the course of an investigation, it is reasonable to expect that the information will be used for the purpose for which it was obtained: the investigation and prosecution of a particular crime. Similarly, it is reasonable to expect individual police officers to share lawfully gathered information with other law enforcement officials, provided the use is consistent with the purposes for which it was gathered.

[40] However, when the government divulges sensitive information to private individuals this may

(iv) Les conséquences de la communication de renseignements à un tiers sur l’attente en matière de protection de la vie privée

[37] Il convient de rappeler que le droit à la vie privée n’est pas un droit de nature absolue. « Dans une société moderne, le droit à la protection de la vie privée comporte l’attente raisonnable que les renseignements privés ne resteront connus que des personnes à qui ils ont été divulgués et qu’ils ne seront utilisés que dans le but pour lequel ils ont été divulgués » (*Mills*, par. 108). Par conséquent, la communication à un tiers de renseignements sur une personne ne supprime pas le droit au respect de la vie privée de celle-ci. La communication du contenu d’un rapport de police dans *certaines* circonstances n’écarte pas l’attente raisonnable en matière de protection de la vie privée que confère ce document.

[38] La Cour d’appel a tort de conclure que la plaignante ne pouvait avoir d’attente raisonnable en matière de protection de la vie privée parce que les renseignements n’ont pas été communiqués dans le contexte d’une [TRADUCTION] « relation confidentielle, thérapeutique ou fondée sur la confiance ». L’existence d’une telle relation peut certes accroître la portée du droit à la protection de la vie privée, mais son inexistence n’est pas décisive. L’analyse qui permet de déterminer si une personne est en droit de s’attendre à ce que des renseignements la concernant demeurent privés est de nature contextuelle.

[39] Lorsqu’un particulier communique de son gré des renseignements délicats à la police ou que celle-ci les découvre au cours d’une enquête, il est raisonnable qu’il s’attende à ce que les renseignements servent dans le but pour lequel ils ont été obtenus, à savoir l’enquête et la poursuite relatives à un acte criminel. De même, il est raisonnable qu’il s’attende à ce que les policiers partagent des renseignements légalement obtenus avec d’autres responsables de l’application de la loi, à condition que leur utilisation soit compatible avec les fins de leur obtention.

[40] Cependant, l’État qui communique des renseignements délicats à un particulier peut porter

violate reasonable expectations of privacy. For example, if police were to publicly broadcast a wiretap recording this would clearly constitute an interference with privacy (see *Escher v. Brazil*, Inter-American Court of Human Rights, judgment of July 6, 2009, series C, No. 200, at paras. 157-58) as well as a violation of s. 193(1) of the *Criminal Code*. To indiscriminately publicize the contents of police occurrence reports would result in similar interference.

[41] That is not to say that all disclosures of personal information by the police unreasonably intrude upon privacy. Where private information becomes part of a criminal case, the disclosure of that information to the court, the accused, and to the public is reasonable and unavoidable. For example, police occurrence reports made in the course of the investigation of the offence being prosecuted must be disclosed under *Stinchcombe*.

[42] But what of police occurrence reports that were made in connection with separate incidents, rather than as part of the investigation into the offence being prosecuted? There will certainly be times when the disclosure of such records is necessary to ensure a fair trial. Consequently, the *Mills* regime gives trial judges the power to disclose records under such circumstances. The judge must balance the privacy of complainants and witnesses against ensuring the disclosure necessary to make full answer and defence. However, the fact that a record might be disclosed under appropriate circumstances does not nullify the expectation of privacy in that record in general.

[43] People provide information to police in order to protect themselves and others. They are entitled to do so with confidence that the police will only disclose it for good reason. The fact that the information is in the hands of the police should not nullify their interest in keeping that information private from other individuals.

atteinte à l'attente raisonnable en matière de protection de la vie privée. Par exemple, il y aurait manifestement atteinte à la vie privée si la police diffusait publiquement l'enregistrement d'une conversation par suite d'écoute électronique (voir *Escher c. Brazil*, Cour interaméricaine des Droits de l'Homme, jugement du 6 juillet 2009, série C, n° 200, par. 157-158), ainsi que violation du par. 193(1) du *Code criminel*. Publier indistinctement les données contenues dans un rapport de police entraînerait une atteinte semblable.

[41] Néanmoins, la police ne porte pas déraisonnablement atteinte au droit à la vie privée chaque fois qu'elle communique des renseignements personnels. La communication au tribunal, à l'accusé et au public des renseignements personnels qui sont versés au dossier d'une instance criminelle est à la fois raisonnable et inévitable. Par exemple, le rapport de police dressé lors de l'enquête sur l'infraction qui fait l'objet de la procédure doit être communiqué suivant les règles de l'arrêt *Stinchcombe*.

[42] Mais qu'en est-il du rapport de police dressé relativement à un incident distinct, et non dans le cadre de l'enquête sur l'infraction qui fait l'objet de la procédure? Il peut certainement arriver que sa communication soit nécessaire à l'équité du procès. Dans ce cas, le régime de l'arrêt *Mills* confère donc au juge du procès le pouvoir de le communiquer. Le juge doit alors mettre en balance le droit du plaignant ou du témoin à sa vie privée avec la nécessité de la communication pour la défense pleine et entière de l'accusé. Le fait qu'un dossier puisse être communiqué lorsque les circonstances le justifient ne fait toutefois pas disparaître l'attente en matière de protection de la vie privée qui s'y rattache généralement.

[43] Les gens fournissent des renseignements à la police dans le but d'assurer leur propre protection et celle d'autrui. Ils sont en droit de s'attendre à ce que la police ne les communique que pour un motif valable. La possession des renseignements par la police ne saurait écarter le droit à ce que leur confidentialité soit assurée.

(c) *Conclusion on Reasonable Expectation of Privacy*

[44] Fundamentally, the privacy analysis turns on a normative question of whether we, as a society, should expect that police occurrence reports will be kept private. Given the sensitive nature of the information frequently contained in such reports, and the impact that their disclosure can have on the privacy interests of complainants and witnesses, it seems to me that there will generally be a reasonable expectation of privacy in police occurrence reports.

(d) *Personal Information Protected by Legislation*

[45] The appellant Crown submits that police occurrence reports are “records containing personal information the production or disclosure of which is protected by any other Act of Parliament or a provincial legislature” and are therefore “records” for purposes of s. 278.1. The trial judge held that police occurrence reports “contain personal information protected by provincial legislation” (2009 CanLII 73645, at para. 18). Given my conclusion that such reports contain information in which there is a reasonable expectation of privacy, it is unnecessary to decide whether they are protected by the *Municipal Freedom of Information and Protection of Privacy Act*, R.S.O. 1990, c. M.56.

(2) The Exemption for Investigatory and Prosecutorial Records

[46] Even records that give rise to a reasonable expectation of privacy are not covered by the *Mills* regime if they fall into the exemption contained in s. 278.1:

278.1 ... “record” ... does not include records made by persons responsible for the investigation or prosecution of the offence.

278.1 ... N’est pas visé par la présente définition le dossier qui est produit par un responsable de l’enquête ou de la poursuite relativement à l’infraction qui fait l’objet de la procédure.

c) *Conclusion sur l’attente raisonnable en matière de protection de la vie privée*

[44] Fondamentalement, l’analyse relative à la protection de la vie privée se ramène à une question normative : devons-nous, en tant que société, nous attendre à ce qu’un rapport de police demeure confidentiel? Vu la nature délicate des renseignements souvent contenus dans ce document et les conséquences que peut avoir leur communication sur le droit du plaignant ou du témoin à la vie privée, le rapport me paraît conférer généralement une attente raisonnable en matière de protection de la vie privée.

d) *Renseignements personnels protégés par la loi*

[45] Le ministère public appelant prétend qu’un rapport de police constitue un « document contenant des renseignements personnels et protégés par une autre loi fédérale ou une loi provinciale » et qu’il s’agit donc d’un « dossier » au sens de l’art. 278.1. La juge du procès conclut que le rapport [TRADUCTION] « renferme des renseignements personnels protégés par une loi provinciale » (2009 CanLII 73645, par. 18). Vu ma conclusion selon laquelle ce document renferme des renseignements pour lesquels il existe une attente raisonnable en matière de protection de la vie privée, il est inutile de décider s’il bénéficie de la protection de la *Loi sur l’accès à l’information municipale et la protection de la vie privée*, L.R.O. 1990, ch. M.56.

(2) L’exception prévue pour les dossiers d’enquête et de poursuite

[46] Même le dossier qui justifie une attente raisonnable en matière de protection de la vie privée n’est pas assujéti au régime de l’arrêt *Mills* s’il est visé par l’exception prévue à l’art. 278.1 :

278.1 ... N’est pas visé par la présente définition le dossier qui est produit par un responsable de l’enquête ou de la poursuite relativement à l’infraction qui fait l’objet de la procédure

278.1 ... “record” ... does not include records made by persons responsible for the investigation or prosecution of the offence.

[47] The trial judge held that the exemption applies only to records made in relation to the offence in question, and not to police occurrence reports made in the course of unrelated investigations. Other courts have generally reached the same conclusion: see, e.g., *R. v. Fiddler*, 2012 ONSC 2539, 258 C.R.R. (2d) 193, at paras. 36-38; *R. v. McAdam* (2008), 172 C.R.R. (2d) 27 (Ont. S.C.J.).

[48] The Court of Appeal, however, held that the exemption applies to all records made by the responsible police force, whether or not they were made in relation to the offence at issue. The Court of Appeal relied on the plain wording of the English version of the provision, the view that such records are unlikely to engage privacy interests, and this Court's description of the exemption, in *Mills*, as "excluding investigatory or prosecutorial records" (para. 39, citing *Mills*, at para. 50).

[49] With respect, I do not agree with the Court of Appeal's interpretation of the exception. In light of the text of the provision in both languages, as well as its purpose, context, and the consequences of the Court of Appeal's interpretation, I conclude that the trial judge correctly interpreted the exemption to exclude only those records made in relation to the offence at issue.

(a) *The Text of the Provision*

[50] The trial judge reasoned that "[t]he words 'records made by persons responsible for the investigation or prosecution of the offence' must be limited by 'the' offence", encompassing only records made in relation to the offence at issue (2009 CanLII 73645, at para. 20). The Court of Appeal, on the other hand, emphasized that the exemption refers only to the creators of the records — the police and prosecution services — not to the purpose for which they are made. In my view the English text, read in isolation, could bear both meanings.

[51] However, the French "*le dossier qui est produit par un responsable de l'enquête ou de la poursuite relativement à l'infraction qui fait l'objet*

[47] La juge du procès conclut que l'exception s'applique seulement aux dossiers établis relativement à l'infraction en cause, et non aux rapports rédigés dans le cadre d'autres enquêtes. D'autres tribunaux arrivent généralement à la même conclusion (voir p. ex. *R. c. Fiddler*, 2012 ONSC 2539, 258 C.R.R. (2d) 193, par. 36-38; *R. c. McAdam* (2008), 172 C.R.R. (2d) 27 (C.S.J. Ont.)).

[48] La Cour d'appel conclut toutefois que l'exception vaut pour tous les dossiers produits par le service de police responsable, qu'ils se rapportent ou non à l'infraction en cause. Elle invoque à l'appui le libellé clair de la version anglaise de la disposition, l'improbabilité que ces dossiers mettent en jeu un droit à la vie privée et la définition de l'exception qu'elle reprend de l'arrêt *Mills* — « à l'exclusion des dossiers d'enquête et ceux de la poursuite » (par. 39, citant *Mills*, par. 50).

[49] En toute déférence, je ne suis pas d'accord avec cette interprétation de l'exception. Au vu du libellé de la disposition dans les deux langues, ainsi que de son objet, de son contexte et des conséquences de l'interprétation de la Cour d'appel, j'estime que la juge du procès conclut à juste titre que l'exception exclut seulement les dossiers produits relativement à l'infraction considérée.

a) *Le libellé de la disposition*

[50] La juge du procès explique que [TRADUCTION] « [I]a portée de l'énoncé "*records made by persons responsible for the investigation or prosecution of the offence*" est restreinte par l'emploi des mots "*the*" offence », de sorte que seuls sont visés les dossiers produits relativement à l'infraction en cause (2009 CanLII 73645, par. 20). En revanche, la Cour d'appel souligne que l'application de l'exception à un dossier dépend de la personne qui le produit — la police et le service des poursuites —, et non de la raison pour laquelle il est produit. À mon avis, considérée isolément, la version anglaise peut s'entendre des deux.

[51] Or, le libellé français — « le dossier qui est produit par un responsable de l'enquête ou de la poursuite relativement à l'infraction qui fait l'objet

de la procédure” can only mean that the exemption applies to records made by police or prosecutors *in relation to* the offences at issue.

[52] The Court of Appeal did not address the French version of the provision, because the Crown’s position in that court was that the French text was amenable to both interpretations. Before this Court, the Crown resiled from that position. Because the word “*relativement*” is an adverb, the expression “*relativement à l’infraction qui fait l’objet de la procédure*” must modify the expression “*qui est produit*”. The word “*relativement*” cannot modify the nouns “*enquête*” or “*poursuite*”. If the last clause of the exemption were intended to apply to “*enquête*” and “*poursuite*”, the grammatically correct phrase would be “*de l’enquête ou de la poursuite relative à l’infraction qui fait l’objet de la procédure*”.

[53] Section 133 of the *Constitution Act, 1867* establishes that Parliament enacts legislation in both French and English. This “means that both language versions of a bilingual statute or regulation are official, original and authoritative expressions of the law” (R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (5th ed. 2008), at p. 95). It is a rule of statutory interpretation that where the version in one language can bear two meanings, only one of which is consistent with the version in the other language, the shared meaning governs: *R. v. Daoust*, 2004 SCC 6, [2004] 1 S.C.R. 217, at para. 28.

(b) *The Purpose of the Exemption in Section 278.1*

[54] The *Mills* regime serves two goals: first, the regime protects the privacy of complainants and witnesses, and second, it preserves the fair trial rights of the accused.

[55] The definition of “record” in s. 278.1 serves a gatekeeping function within the regime. The reasonable expectation of privacy test sweeps in records that merit the protection afforded by the *Mills* regime. The exemption further contributes to the gatekeeping role of the section by bypassing

de la procédure » — ne peut faire bénéficier de l’exception que le dossier produit par la police ou par le poursuivant *relativement à l’infraction en cause*.

[52] La Cour d’appel ne s’est pas penchée sur la version française de la disposition parce que le ministère public a soutenu devant elle que la version française se prêtait aux deux interprétations. Le ministère public rompt aujourd’hui avec cette position. Étant donné la nature adverbiale du mot « *relativement* », l’énoncé « *relativement à l’infraction qui fait l’objet de la procédure* » se rattache nécessairement au groupe « *qui est produit* ». L’adverbe « *relativement* » ne peut se rapporter aux substantifs « *enquête* » ou « *poursuite* ». Si la dernière partie du texte établissant l’exception devait s’appliquer à l’« *enquête* » et à la « *poursuite* », la formulation correcte du point de vue grammatical serait « *de l’enquête ou de la poursuite relative à l’infraction qui fait l’objet de la procédure* ».

[53] Selon l’article 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, le législateur adopte les lois en français et en anglais, de sorte que [TRADUCTION] « les versions dans l’une et l’autre langues d’une loi ou d’un règlement bilingue sont officielles et originales et font foi du droit applicable » (R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (5^e éd. 2008), p. 95). Une règle d’interprétation législative veut que lorsque l’une des deux versions peut avoir deux sens dont un seul correspond à celui de l’autre version, il convient de retenir le sens commun (*R. c. Daoust*, 2004 CSC 6, [2004] 1 R.C.S. 217, par. 28).

b) *L’objet de l’exception prévue à l’article 278.1*

[54] Le régime de l’arrêt *Mills* a deux objectifs : d’abord, protéger la vie privée du plaignant ou du témoin et, ensuite, garantir le droit de l’accusé à un procès équitable.

[55] La définition du mot « dossier » à l’art. 278.1 balise l’application du régime. Le critère de l’attente raisonnable en matière de protection de la vie privée assimile à un dossier tout document qui justifie la protection offerte par le régime de l’arrêt *Mills*. L’exception ajoute à ce balisage en passant outre

the balancing process for records that Parliament recognized should always be produced.

[56] Records created in the investigation of the offence are presumptively relevant to an issue at trial and it is in the interests of justice for the case against the accused to be disclosed to the defence. There is no need to consider such records under the second step of *Mills* because they will always be produced anyway — the exemption is eminently logical. However, for records unrelated to the offence at issue, the balancing exercise will often have important work to do. The rationale for the exemption does not apply, and to bypass the balancing process on the grounds that the document was made by the same police force that investigated the claim would not accord with the goals of the scheme.

(c) *Incongruous Consequences of a Broad Exemption*

[57] If the s. 278.1 exemption excluded all documents made by the police force and prosecution agency — even those unrelated to the offence — the consequences would be illogical. This would mean that unrelated police occurrence reports would be treated differently depending on whether they were made by members of the investigating police force or members of a different police force. If Parliament wanted to exempt unrelated police and prosecution documents from the *Mills* regime, it is hard to see why it would have excluded only those documents made by some police departments and not others.

[58] This would mean that an accused whose case was investigated by a large police force would be more likely to get easy access to occurrence reports than if the case was investigated by a small force. For example, where the RCMP is involved in an investigation, the Court of Appeal's interpretation of the

à la mise en balance applicable aux dossiers dont le législateur reconnaît qu'ils doivent toujours être communiqués.

[56] On présume que le dossier constitué dans le cadre de l'enquête sur l'infraction se rapporte à une question en litige au procès et qu'il est dans l'intérêt de la justice que la preuve dont dispose la poursuite contre l'accusé soit communiquée à la défense. Il n'y a pas lieu d'examiner ce dossier à la deuxième étape de la démarche établie par l'arrêt *Mills* puisqu'il doit être communiqué de toute façon; l'application de l'exception est éminemment logique. Cependant, en ce qui concerne les dossiers qui sont sans lien avec l'infraction en cause, la mise en balance sera souvent déterminante. La raison d'être de l'exception ne vaut pas, et il serait contraire aux objectifs du régime de contourner cette pondération pour le seul motif que le document a été produit par le même service de police que celui qui a enquêté sur la plainte.

c) *Conséquences absurdes d'une interprétation large de l'exception*

[57] Si l'exception prévue à l'art. 278.1 soustrayait à l'application du régime *Mills* tous les documents produits par la police et le service des poursuites — même ceux qui ne sont pas liés à l'infraction —, il en résulterait des conséquences illogiques. En effet, les rapports de police sans lien avec l'affaire seraient considérés différemment selon qu'ils ont été produits par le service de police responsable de l'enquête ou par un autre service de police. Si le législateur a voulu soustraire à l'application du régime de l'arrêt *Mills* les dossiers de police et de poursuite sans lien avec l'affaire, on comprend mal qu'il ait seulement exclu les documents produits par certains services de police et pas ceux produits par d'autres.

[58] Ainsi, un accusé aurait plus facilement accès à un rapport de police lorsque l'enquête a été menée par un service de police aux attributions importantes plutôt que par un service de police aux attributions plus modestes. Par exemple, lorsque la GRC participe à une enquête, le rapport qu'elle

exemption would waive the *Mills* regime for RCMP occurrence reports from across the country.

(d) *Application of the Exemption to Other Third Party Documents in the Investigative File*

[59] I would reject the submission of the intervenor the Attorney General of Alberta that all documents in the investigative file — all of the fruits of the investigation — are covered by the exemption. This point was not addressed in the courts below, and was raised only at oral argument.

[60] The English and French versions of the provision, considered in isolation, provide some support for the intervenor's position. The terms “record” and “dossier” can refer to individual documents or to collections of documents such as case files. Consequently, on a purely textual basis, one might think that the exemption covers the investigative “record” in its entirety, as opposed to only individual “records”.

[61] However, the scheme and purpose of the regime run counter to such an interpretation. Section 278.2(2) of the *Criminal Code* provides that the *Mills* regime applies to records “in the possession or control of any person, including the prosecutor in the proceedings”. Hence the *Mills* regime operates in part as an exception to the Crown's obligation to produce the fruits of the investigation.¹ If the exemption captured all documents in the investigative file — all the fruits of the investigation — the *Mills* regime would not perform this function or protect privacy interests the regime was meant to serve. The fact that documents in the investigative file may generally be presumed to be relevant does not mean that the privacy value of those documents will always be outweighed. For example, where police obtain a highly sensitive therapeutic record without waiver, to exclude the record from the

¹ The legislative history of the *Mills* regime further confirms that it was intended to apply to third party records in the hands of the police or the Crown: see, e.g., *House of Commons Debates*, vol. 134, No. 122, 2nd Sess., 35th Parl., February 4, 1997, at p. 7664 (Gordon Kirkby); *House of Commons Debates*, vol. 134, No. 150, 2nd Sess., 35th Parl., April 7, 1997, at pp. 9361-62 (Shaughnessy Cohen).

rédige où que ce soit au pays échapperait au régime de l'arrêt *Mills*, selon l'interprétation de l'exception par la Cour d'appel.

d) *Application de l'exception aux autres documents de tiers versés au dossier d'enquête*

[59] Je rejette la thèse du procureur général de l'Alberta voulant que tous les documents versés au dossier d'enquête — la totalité des fruits de l'enquête — soient visés par l'exception. Ce point n'a pas été abordé devant les tribunaux inférieurs, et il n'a été soulevé qu'en plaidoirie devant notre Cour.

[60] Interprétées isolément, les versions française et anglaise de la disposition appuient dans une certaine mesure la thèse de l'intervenant. Les mots « dossier » et « record » peuvent renvoyer à un document individuel ou à un ensemble de documents, comme le dossier de l'enquêteur. Par conséquent, selon une interprétation purement textuelle, on pourrait penser que l'exception s'applique au « dossier » d'enquête dans sa totalité, et non aux « documents » individuels.

[61] L'économie du régime et son objet vont toutefois à l'encontre d'une telle interprétation. Le paragraphe 278.2(2) du *Code criminel* dispose que le régime de l'arrêt *Mills* s'applique aux dossiers qui sont « en la possession ou sous le contrôle du poursuivant ». Ainsi, le régime s'applique en partie de manière à soustraire le ministère public à son obligation de produire les fruits de l'enquête¹. Si l'exception visait tous les documents que contient le dossier d'enquête, soit tous les fruits de l'enquête, le régime de l'arrêt *Mills* n'aurait pas cet effet et il ne protégerait pas le droit à la vie privée comme il est censé le faire. Même si les documents versés au dossier d'enquête peuvent généralement être tenus pour pertinents, leur valeur sur le plan de la protection de la vie privée ne sera pas toujours supplantée. Par exemple, lorsque la police obtient un dossier thérapeutique de nature très délicate en

¹ L'historique législatif du régime de l'arrêt *Mills* confirme en outre l'intention du législateur qu'il s'applique au dossier d'un tiers se trouvant en la possession de la police ou du ministère public (voir p. ex. *Débats de la Chambre des communes*, vol. 134, n° 122, 2^e sess., 35^e lég., 4 février 1997, p. 7664 (Gordon Kirkby); *Débats de la Chambre des communes*, vol. 134, n° 150, 2^e sess., 35^e lég., 7 avril 1997, p. 9361-9362 (Shaughnessy Cohen)).

scrutiny of the *Mills* regime simply because it is included in the investigative file would undermine the purposes of the regime. I would therefore reject the suggestion that the exemption excludes all documents made by third parties simply because they are placed in the investigative or prosecution file.

(e) *The Effect on Trial Fairness*

[62] The respondent and the interveners the Criminal Lawyers' Association of Ontario raise concerns about the effect of an expansive interpretation of "records" in s. 278.1 on trial fairness. A broad interpretation of "records" means that the *Mills* regime applies to a larger number of documents. While this furthers Parliament's objective of protecting the privacy of complainants and witnesses, it may also impose procedural burdens on defendants and create the risk that some helpful documents would not be available to the defence. However, largely for the reasons set out in *Mills*, I do not think these concerns require a narrower reading of s. 278.1.

[63] Documents protected by the *Mills* regime are not inaccessible to the defence. Defendants can access records when the privacy infringement is proportionate, given the relevance of the record to the defence. Where the Crown plans to use information from police occurrence reports as part of its case against an accused, disclosure of that information will always be in the interests of justice. In *Mills*, this Court held that the process for accessing documents was adequate to preserve the constitutionality of the regime.

[64] The principles of fundamental justice and trial fairness do not guarantee defence counsel the right to precisely the same privileges and procedures as the Crown and the police (*Mills*, at para. 111). Nor is the right to a full answer and defence a right to pursue every conceivable tactic to be used in defending oneself against criminal

l'absence d'une renonciation, soustraire le dossier à l'application du régime de l'arrêt *Mills* simplement parce qu'il fait partie du dossier d'enquête irait à l'encontre des objectifs du régime. Je suis donc d'avis de rejeter la thèse selon laquelle l'exception soustrait à l'application du régime tous les documents produits par des tiers pour le seul motif qu'ils sont versés au dossier d'enquête ou au dossier de poursuite.

e) *L'effet sur l'équité du procès*

[62] L'intimé et l'intervenante Criminal Lawyers' Association of Ontario disent craindre l'effet sur l'équité du procès d'une interprétation large du mot « dossier » employé à l'art. 278.1. Pareille interprétation large de ce mot emporte l'application du régime de l'arrêt *Mills* à un nombre accru de documents. Même si elle va dans le sens de la réalisation de l'objectif du législateur — protéger la vie privée du plaignant ou du témoin —, elle peut aussi accroître les obligations du défendeur sur le plan procédural et présenter le risque que certains documents utiles soient mis hors de portée de la défense. Cependant, en grande partie pour les motifs exposés dans l'arrêt *Mills*, je ne pense pas que ces craintes commandent une interprétation stricte de l'art. 278.1.

[63] Les documents protégés par le régime de l'arrêt *Mills* ne sont pas rendus inaccessibles à la défense. Le défendeur peut obtenir accès au dossier lorsque l'atteinte à la vie privée est proportionnée compte tenu de l'importance du dossier pour la défense. Dans le cas où le ministère public entend utiliser contre l'accusé les renseignements contenus dans un rapport de police, la communication de ces renseignements sert toujours les intérêts de la justice. Dans *Mills*, notre Cour conclut que la démarche à accomplir pour obtenir la communication d'un dossier est garante de la constitutionnalité du régime.

[64] Les principes de justice fondamentale et l'équité du procès n'exigent pas que l'avocat de la défense bénéficie exactement des mêmes privilèges et de la même procédure que le ministère public et la police (*Mills*, par. 111). Le droit à une défense pleine et entière ne confère pas non plus à la personne accusée d'un acte criminel le droit

prosecution. The right to a full answer and defence is not without limit.

[65] Because the Crown is an officer of the court, with undivided loyalty to the administration of justice, the Crown is not in an adversarial role in relation to its disclosure obligations. The information obtained through investigation is “not the property of the Crown for use in securing a conviction but the property of the public to be used to ensure that justice is done” (*Stinchcombe*, at p. 333). The Crown has an obligation under s. 278.2(3) of the *Criminal Code*, to notify the accused of records in its possession covered by the *Mills* regime. Moreover, as discussed above, both police and Crown have common law duties aimed at ensuring proper disclosure, which apply notwithstanding the application of the *Mills* regime.

(f) *Conclusion on the Exemption*

[66] For these reasons, I conclude that s. 278.1 exempts records made in relation to the offence being prosecuted, not other records made by the same police or prosecution agencies.

V. Disposition

[67] It follows from this analysis that the police occurrence reports mentioned in the CBC radio documentary were subject to the *Mills* regime for disclosure, not *Stinchcombe*. The trial judge was right to require a *Mills* application before disclosing them to the defence, and the Court of Appeal was wrong to interfere. The trial judge’s application of the *Mills* regime was not challenged before us. Accordingly, I would allow the appeal, set aside the order for a new trial, and restore the conviction, remitting the sentence appeal to the Court of Appeal.

de recourir à toutes les tactiques possibles pour se défendre. Le droit à une défense pleine et entière connaît certaines limites.

[65] L’avocat du ministère public est un officier de justice entièrement dévoué à la bonne administration de la justice. Il n’a aucun intérêt particulier à défendre et doit se soumettre aux obligations de communication. Les renseignements issus de l’enquête « n’appartiennent pas au ministère public pour qu’il s’en serve afin d’obtenir une déclaration de culpabilité, mais sont plutôt la propriété du public qui doit être utilisée de manière à s’assurer que justice soit rendue » (*Stinchcombe*, p. 333). Le paragraphe 278.2(3) du *Code criminel* fait obligation au ministère public d’informer l’accusé des dossiers relevant du régime de l’arrêt *Mills* qu’il a en sa possession. En outre, je le rappelle, la common law impose à la police et au ministère public des obligations dont la raison d’être est d’assurer une communication suffisante et qui s’appliquent indépendamment du régime de l’arrêt *Mills*.

f) *Conclusion sur l’exception*

[66] Pour ces motifs, je conclus que l’art. 278.1 fait bénéficier d’une exception les dossiers produits relativement à l’infraction faisant l’objet de la procédure, et non les autres dossiers produits par le même service de police ou par le même service des poursuites.

V. Dispositif

[67] Il découle de l’analyse qui précède que les rapports de police mentionnés dans le documentaire diffusé à la radio par la CBC relevaient des règles de l’arrêt *Mills*, et non des règles de l’arrêt *Stinchcombe*. La juge du procès a eu raison de statuer qu’il fallait présenter une demande sur le fondement du régime de l’arrêt *Mills* pour que les rapports puissent être communiqués à la défense, et la Cour d’appel a eu tort de modifier sa décision. L’application du régime de l’arrêt *Mills* par la juge du procès n’est pas contestée devant notre Cour. Par conséquent, je suis d’avis d’accueillir le pourvoi, d’annuler l’ordonnance à l’effet de tenir un nouveau procès, de rétablir la déclaration de culpabilité et de renvoyer l’appel de la peine à la Cour d’appel.

[68] I would grant the motion to strike para. 10 of the respondent's factum, but dismiss the motion to strike para. 11. I would also grant the motion to strike the appellant's reply factum.

APPENDIX

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46

278.1 For the purposes of sections 278.2 to 278.9, "record" means any form of record that contains personal information for which there is a reasonable expectation of privacy and includes, without limiting the generality of the foregoing, medical, psychiatric, therapeutic, counselling, education, employment, child welfare, adoption and social services records, personal journals and diaries, and records containing personal information the production or disclosure of which is protected by any other Act of Parliament or a provincial legislature, but does not include records made by persons responsible for the investigation or prosecution of the offence.

278.2 (1) No record relating to a complainant or a witness shall be produced to an accused in any proceedings in respect of

(a) an offence under section 151, 152, 153, 153.1, 155, 159, 160, 170, 171, 172, 173, 210, 211, 212, 213, 271, 272 or 273,

(b) an offence under section 144, 145, 149, 156, 245 or 246 of the *Criminal Code*, chapter C-34 of the Revised Statutes of Canada, 1970, as it read immediately before January 4, 1983, or

(c) an offence under section 146, 151, 153, 155, 157, 166 or 167 of the *Criminal Code*, chapter C-34 of the Revised Statutes of Canada, 1970, as it read immediately before January 1, 1988,

or in any proceedings in respect of two or more offences that include an offence referred to in any of paragraphs (a) to (c), except in accordance with sections 278.3 to 278.91.

(2) Section 278.1, this section and sections 278.3 to 278.91 apply where a record is in the possession or

[68] Je suis d'avis d'accueillir la requête visant la radiation du par. 10 du mémoire de l'intimé, mais de rejeter la requête visant la radiation du par. 11. Je suis également d'avis d'accueillir la requête visant la radiation du mémoire en réplique de l'appelante.

ANNEXE

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46

278.1 Pour l'application des articles 278.2 à 278.9, « dossier » s'entend de toute forme de document contenant des renseignements personnels pour lesquels il existe une attente raisonnable en matière de protection de la vie privée, notamment : le dossier médical, psychiatrique ou thérapeutique, le dossier tenu par les services d'aide à l'enfance, les services sociaux ou les services de consultation, le dossier relatif aux antécédents professionnels et à l'adoption, le journal intime et le document contenant des renseignements personnels et protégés par une autre loi fédérale ou une loi provinciale. N'est pas visé par la présente définition le dossier qui est produit par un responsable de l'enquête ou de la poursuite relativement à l'infraction qui fait l'objet de la procédure.

278.2 (1) Dans les poursuites pour une infraction mentionnée ci-après, ou pour plusieurs infractions dont l'une est une infraction mentionnée ci-après, un dossier se rapportant à un plaignant ou à un témoin ne peut être communiqué à l'accusé que conformément aux articles 278.3 à 278.91 :

a) une infraction prévue aux articles 151, 152, 153, 153.1, 155, 159, 160, 170, 171, 172, 173, 210, 211, 212, 213, 271, 272 ou 273;

b) une infraction prévue aux articles 144, 145, 149, 156, 245 ou 246 du *Code criminel*, chapitre C-34 des Statuts révisés du Canada de 1970, dans sa version antérieure au 4 janvier 1983;

c) une infraction prévue aux articles 146, 151, 153, 155, 157, 166 ou 167 du *Code criminel*, chapitre C-34 des Statuts révisés du Canada de 1970, dans sa version antérieure au 1^{er} janvier 1988.

(2) L'article 278.1, le présent article et les articles 278.3 à 278.91 s'appliquent même si le dossier est

control of any person, including the prosecutor in the proceedings, unless, in the case of a record in the possession or control of the prosecutor, the complainant or witness to whom the record relates has expressly waived the application of those sections.

(3) In the case of a record in respect of which this section applies that is in the possession or control of the prosecutor, the prosecutor shall notify the accused that the record is in the prosecutor's possession but, in doing so, the prosecutor shall not disclose the record's contents.

278.3 (1) An accused who seeks production of a record referred to in subsection 278.2(1) must make an application to the judge before whom the accused is to be, or is being, tried.

(2) For greater certainty, an application under subsection (1) may not be made to a judge or justice presiding at any other proceedings, including a preliminary inquiry.

(3) An application must be made in writing and set out

(a) particulars identifying the record that the accused seeks to have produced and the name of the person who has possession or control of the record; and

(b) the grounds on which the accused relies to establish that the record is likely relevant to an issue at trial or to the competence of a witness to testify.

(4) Any one or more of the following assertions by the accused are not sufficient on their own to establish that the record is likely relevant to an issue at trial or to the competence of a witness to testify:

(a) that the record exists;

(b) that the record relates to medical or psychiatric treatment, therapy or counselling that the complainant or witness has received or is receiving;

(c) that the record relates to the incident that is the subject-matter of the proceedings;

(d) that the record may disclose a prior inconsistent statement of the complainant or witness;

(e) that the record may relate to the credibility of the complainant or witness;

en la possession ou sous le contrôle du poursuivant, sauf si le plaignant ou le témoin auquel il se rapporte a expressément renoncé à l'application de ces articles.

(3) Le poursuivant qui a en sa possession ou sous son contrôle un dossier auquel s'applique le présent article doit en informer l'accusé mais il ne peut, ce faisant, communiquer le contenu du dossier.

278.3 (1) L'accusé qui veut obtenir la communication d'un dossier doit en faire la demande au juge qui préside ou présidera son procès.

(2) Il demeure entendu que la demande visée au paragraphe (1) ne peut être faite au juge ou juge de paix qui préside une autre procédure, y compris une enquête préliminaire.

(3) La demande de communication est formulée par écrit et donne :

a) les précisions utiles pour reconnaître le dossier en cause et le nom de la personne qui l'a en sa possession ou sous son contrôle;

b) les motifs qu'invoque l'accusé pour démontrer que le dossier est vraisemblablement pertinent quant à un point en litige ou à l'habileté d'un témoin à témoigner.

(4) Les affirmations ci-après, individuellement ou collectivement, ne suffisent pas en soi à démontrer que le dossier est vraisemblablement pertinent quant à un point en litige ou à l'habileté d'un témoin à témoigner :

a) le dossier existe;

b) le dossier se rapporte à un traitement médical ou psychiatrique ou une thérapie suivis par le plaignant ou le témoin ou à des services de consultation auxquels il a recours ou a eu recours;

c) le dossier porte sur l'événement qui fait l'objet du litige;

d) le dossier est susceptible de contenir une déclaration antérieure incompatible faite par le plaignant ou le témoin;

e) le dossier pourrait se rapporter à la crédibilité du plaignant ou du témoin;

(f) that the record may relate to the reliability of the testimony of the complainant or witness merely because the complainant or witness has received or is receiving psychiatric treatment, therapy or counselling;

(g) that the record may reveal allegations of sexual abuse of the complainant by a person other than the accused;

(h) that the record relates to the sexual activity of the complainant with any person, including the accused;

(i) that the record relates to the presence or absence of a recent complaint;

(j) that the record relates to the complainant's sexual reputation; or

(k) that the record was made close in time to a complaint or to the activity that forms the subject-matter of the charge against the accused.

(5) The accused shall serve the application on the prosecutor, on the person who has possession or control of the record, on the complainant or witness, as the case may be, and on any other person to whom, to the knowledge of the accused, the record relates, at least seven days before the hearing referred to in subsection 278.4(1) or any shorter interval that the judge may allow in the interests of justice. The accused shall also serve a subpoena issued under Part XXII in Form 16.1 on the person who has possession or control of the record at the same time as the application is served.

(6) The judge may at any time order that the application be served on any person to whom the judge considers the record may relate.

278.4 (1) The judge shall hold a hearing *in camera* to determine whether to order the person who has possession or control of the record to produce it to the court for review by the judge.

(2) The person who has possession or control of the record, the complainant or witness, as the case may be, and any other person to whom the record relates may appear and make submissions at the hearing, but they are not compellable as witnesses at the hearing.

(3) No order for costs may be made against a person referred to in subsection (2) in respect of their participation in the hearing.

f) le dossier pourrait se rapporter à la véracité du témoignage du plaignant ou du témoin étant donné que celui-ci suit ou a suivi un traitement psychiatrique ou une thérapie, ou a recours ou a eu recours à des services de consultation;

g) le dossier est susceptible de contenir des allégations quant à des abus sexuels commis contre le plaignant par d'autres personnes que l'accusé;

h) le dossier se rapporte à l'activité sexuelle du plaignant avec l'accusé ou un tiers;

i) le dossier se rapporte à l'existence ou à l'absence d'une plainte spontanée;

j) le dossier se rapporte à la réputation sexuelle du plaignant;

k) le dossier a été produit peu après la plainte ou l'événement qui fait l'objet du litige.

(5) L'accusé signifie la demande au poursuivant, à la personne qui a le dossier en sa possession ou sous son contrôle, au plaignant ou au témoin, selon le cas, et à toute autre personne à laquelle, à sa connaissance, le dossier se rapporte, au moins sept jours avant l'audience prévue au paragraphe 278.4(1) ou dans le délai inférieur autorisé par le juge dans l'intérêt de la justice. Dans le cas de la personne qui a le dossier en sa possession ou sous son contrôle, une assignation à comparaître, rédigée selon la formule 16.1, doit lui être signifiée, conformément à la partie XXII, en même temps que la demande.

(6) Le juge peut ordonner à tout moment que la demande soit signifiée à toute personne à laquelle, à son avis, le dossier se rapporte.

278.4 (1) Le juge tient une audience à huis clos pour décider si le dossier devrait être communiqué au tribunal pour que lui-même puisse l'examiner.

(2) La personne qui a le dossier en sa possession ou sous son contrôle, le plaignant ou le témoin, selon le cas, et toute autre personne à laquelle le dossier se rapporte peuvent comparaître et présenter leurs arguments à l'audience mais ne peuvent être contraints à témoigner.

(3) Aucune ordonnance de dépens ne peut être rendue contre une personne visée au paragraphe (2) en raison de sa participation à l'audience.

278.5 (1) The judge may order the person who has possession or control of the record to produce the record or part of the record to the court for review by the judge if, after the hearing referred to in subsection 278.4(1), the judge is satisfied that

- (a) the application was made in accordance with subsections 278.3(2) to (6);
- (b) the accused has established that the record is likely relevant to an issue at trial or to the competence of a witness to testify; and
- (c) the production of the record is necessary in the interests of justice.

(2) In determining whether to order the production of the record or part of the record for review pursuant to subsection (1), the judge shall consider the salutary and deleterious effects of the determination on the accused's right to make a full answer and defence and on the right to privacy and equality of the complainant or witness, as the case may be, and any other person to whom the record relates. In particular, the judge shall take the following factors into account:

- (a) the extent to which the record is necessary for the accused to make a full answer and defence;
- (b) the probative value of the record;
- (c) the nature and extent of the reasonable expectation of privacy with respect to the record;
- (d) whether production of the record is based on a discriminatory belief or bias;
- (e) the potential prejudice to the personal dignity and right to privacy of any person to whom the record relates;
- (f) society's interest in encouraging the reporting of sexual offences;
- (g) society's interest in encouraging the obtaining of treatment by complainants of sexual offences; and
- (h) the effect of the determination on the integrity of the trial process.

278.6 (1) Where the judge has ordered the production of the record or part of the record for review, the judge

278.5 (1) Le juge peut ordonner à la personne qui a le dossier en sa possession ou sous son contrôle de le communiquer, en tout ou en partie, au tribunal pour examen par lui-même si, après l'audience, il est convaincu de ce qui suit :

- a) la demande répond aux exigences formulées aux paragraphes 278.3(2) à (6);
- b) l'accusé a démontré que le dossier est vraisemblablement pertinent quant à un point en litige ou à l'habileté d'un témoin à témoigner;
- c) la communication du dossier sert les intérêts de la justice.

(2) Pour décider s'il doit rendre l'ordonnance prévue au paragraphe (1), le juge prend en considération les effets bénéfiques et préjudiciables qu'entraînera sa décision, d'une part, sur le droit de l'accusé à une défense pleine et entière et, d'autre part, sur le droit à la vie privée et à l'égalité du plaignant ou du témoin, selon le cas, et de toute autre personne à laquelle le dossier se rapporte et, en particulier, tient compte des facteurs suivants :

- a) la mesure dans laquelle le dossier est nécessaire pour permettre à l'accusé de présenter une défense pleine et entière;
- b) sa valeur probante;
- c) la nature et la portée de l'attente raisonnable au respect de son caractère privé;
- d) la question de savoir si sa communication reposerait sur une croyance ou un préjugé discriminatoire;
- e) le préjudice possible à la dignité ou à la vie privée de toute personne à laquelle il se rapporte;
- f) l'intérêt qu'a la société à ce que les infractions d'ordre sexuel soient signalées;
- g) l'intérêt qu'a la société à ce que les plaignants, dans les cas d'infraction d'ordre sexuel, suivent des traitements;
- h) l'effet de la décision sur l'intégrité du processus judiciaire.

278.6 (1) Dans les cas où il a rendu l'ordonnance visée au paragraphe 278.5(1), le juge examine le dossier

shall review it in the absence of the parties in order to determine whether the record or part of the record should be produced to the accused.

(2) The judge may hold a hearing *in camera* if the judge considers that it will assist in making the determination.

(3) Subsections 278.4(2) and (3) apply in the case of a hearing under subsection (2).

278.7 (1) Where the judge is satisfied that the record or part of the record is likely relevant to an issue at trial or to the competence of a witness to testify and its production is necessary in the interests of justice, the judge may order that the record or part of the record that is likely relevant be produced to the accused, subject to any conditions that may be imposed pursuant to subsection (3).

(2) In determining whether to order the production of the record or part of the record to the accused, the judge shall consider the salutary and deleterious effects of the determination on the accused's right to make a full answer and defence and on the right to privacy and equality of the complainant or witness, as the case may be, and any other person to whom the record relates and, in particular, shall take the factors specified in paragraphs 278.5(2)(a) to (h) into account.

(3) Where the judge orders the production of the record or part of the record to the accused, the judge may impose conditions on the production to protect the interests of justice and, to the greatest extent possible, the privacy and equality interests of the complainant or witness, as the case may be, and any other person to whom the record relates, including, for example, the following conditions:

- (a) that the record be edited as directed by the judge;
- (b) that a copy of the record, rather than the original, be produced;
- (c) that the accused and counsel for the accused not disclose the contents of the record to any other person, except with the approval of the court;
- (d) that the record be viewed only at the offices of the court;
- (e) that no copies of the record be made or that restrictions be imposed on the number of copies of the record that may be made; and

ou la partie en cause en l'absence des parties pour décider si le dossier devrait, en tout ou en partie, être communiqué à l'accusé.

(2) Le juge peut tenir une audience à huis clos s'il l'estime utile pour en arriver à la décision visée au paragraphe (1).

(3) Les paragraphes 278.4(2) et (3) s'appliquent à toute audience tenue en vertu du paragraphe (2).

278.7 (1) S'il est convaincu que le dossier est en tout ou en partie vraisemblablement pertinent quant à un point en litige ou à l'habileté d'un témoin à témoigner et que sa communication sert les intérêts de la justice, le juge peut ordonner que le dossier — ou la partie de celui-ci qui est vraisemblablement pertinente — soit, aux conditions qu'il fixe éventuellement en vertu du paragraphe (3), communiqué à l'accusé.

(2) Pour décider s'il doit rendre l'ordonnance prévue au paragraphe (1), le juge prend en considération les effets bénéfiques et préjudiciables qu'entraînera sa décision, d'une part, sur le droit de l'accusé à une défense pleine et entière et, d'autre part, sur le droit à la vie privée et à l'égalité du plaignant ou du témoin, selon le cas, et de toute autre personne à laquelle le dossier se rapporte et, en particulier, tient compte des facteurs mentionnés aux alinéas 278.5(2)a) à h).

(3) Le juge peut assortir l'ordonnance de communication des conditions qu'il estime indiquées pour protéger l'intérêt de la justice et, dans la mesure du possible, les intérêts en matière de droit à la vie privée et d'égalité du plaignant ou du témoin, selon le cas, et de toute personne à laquelle le dossier se rapporte, notamment :

- a) établissement, selon ses instructions, d'une version révisée du dossier;
- b) communication d'une copie, plutôt que de l'original, du dossier;
- c) interdiction pour l'accusé et son avocat de divulguer le contenu du dossier à quiconque, sauf autorisation du tribunal;
- d) interdiction d'examiner le contenu du dossier en dehors du greffe du tribunal;
- e) interdiction de la production d'une copie du dossier ou restriction quant au nombre de copies qui peuvent en être faites;

(f) that information regarding any person named in the record, such as their address, telephone number and place of employment, be severed from the record.

(4) Where the judge orders the production of the record or part of the record to the accused, the judge shall direct that a copy of the record or part of the record be provided to the prosecutor, unless the judge determines that it is not in the interests of justice to do so.

(5) The record or part of the record that is produced to the accused pursuant to an order under subsection (1) shall not be used in any other proceedings.

(6) Where the judge refuses to order the production of the record or part of the record to the accused, the record or part of the record shall, unless a court orders otherwise, be kept in a sealed package by the court until the later of the expiration of the time for any appeal and the completion of any appeal in the proceedings against the accused, whereupon the record or part of the record shall be returned to the person lawfully entitled to possession or control of it.

278.8 (1) The judge shall provide reasons for ordering or refusing to order the production of the record or part of the record pursuant to subsection 278.5(1) or 278.7(1).

(2) The reasons referred to in subsection (1) shall be entered in the record of the proceedings or, where the proceedings are not recorded, shall be provided in writing.

278.9 (1) No person shall publish in any document, or broadcast or transmit in any way, any of the following:

(a) the contents of an application made under section 278.3;

(b) any evidence taken, information given or submissions made at a hearing under subsection 278.4(1) or 278.6(2); or

(c) the determination of the judge pursuant to subsection 278.5(1) or 278.7(1) and the reasons provided pursuant to section 278.8, unless the judge, after taking into account the interests of justice and the right to privacy of the person to whom the record relates, orders that the determination may be published.

(2) Every person who contravenes subsection (1) is guilty of an offence punishable on summary conviction.

f) suppression de renseignements sur toute personne dont le nom figure dans le dossier, tels l'adresse, le numéro de téléphone et le lieu de travail.

(4) Dans les cas où il ordonne la communication d'un dossier en tout ou en partie à l'accusé, le juge ordonne qu'une copie du dossier ou de la partie soit donnée au poursuivant, sauf s'il estime que cette mesure serait contraire aux intérêts de la justice.

(5) Les dossiers — ou parties de dossier — communiqués à l'accusé dans le cadre du paragraphe (1) ne peuvent être utilisés dans une autre procédure.

(6) Sauf ordre contraire d'un tribunal, tout dossier — ou toute partie d'un dossier — dont le juge refuse la communication à l'accusé est scellé et reste en la possession du tribunal jusqu'à l'épuisement des voies de recours dans la procédure contre l'accusé; une fois les voies de recours épuisées, le dossier — ou la partie — est remis à la personne qui a droit à la possession légitime de celui-ci.

278.8 (1) Le juge est tenu de motiver sa décision de rendre ou refuser de rendre l'ordonnance prévue aux paragraphes 278.5(1) ou 278.7(1).

(2) Les motifs de la décision sont à porter dans le procès-verbal des débats ou, à défaut, à donner par écrit.

278.9 (1) Il est interdit de publier ou de diffuser de quelque façon que ce soit :

a) le contenu de la demande présentée en application de l'article 278.3;

b) tout ce qui a été dit ou présenté en preuve à l'occasion de toute audience tenue en vertu du paragraphe 278.4(1) ou 278.6(2);

c) la décision rendue sur la demande dans le cadre des paragraphes 278.5(1) ou 278.7(1) et les motifs mentionnés à l'article 278.8, sauf si le juge rend une ordonnance autorisant la publication ou diffusion après avoir pris en considération l'intérêt de la justice et le droit à la vie privée de la personne à laquelle le dossier se rapporte.

(2) Quiconque contrevient au paragraphe (1) commet une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire.

278.91 For the purposes of sections 675 and 676, a determination to make or refuse to make an order pursuant to subsection 278.5(1) or 278.7(1) is deemed to be a question of law.

Appeal allowed.

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

Solicitors for the respondent: Najma Jamaldin, Toronto; Paul Genua, Toronto.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Alberta: Attorney General of Alberta, Edmonton.

Solicitor for the intervener the Canadian Association of Chiefs of Police: Ottawa Police Service, Ottawa.

Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association of Ontario: Dawe & Dineen, Toronto.

Solicitors for the intervener the Barbra Schlifer Commemorative Clinic: Ursel Phillips Fellows Hopkinson, Toronto.

278.91 Pour l'application des articles 675 et 676, la décision rendue en application des paragraphes 278.5(1) ou 278.7(1) est réputée constituer une question de droit.

Pourvoi accueilli.

Procureur de l'appelante : Procureur général de l'Ontario, Toronto.

Procureurs de l'intimé : Najma Jamaldin, Toronto; Paul Genua, Toronto.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Alberta : Procureur général de l'Alberta, Edmonton.

Procureur de l'intervenante l'Association canadienne des chefs de police : Service de police d'Ottawa, Ottawa.

Procureurs de l'intervenante Criminal Lawyers' Association of Ontario : Dawe & Dineen, Toronto.

Procureurs de l'intervenante Barbra Schlifer Commemorative Clinic : Ursel Phillips Fellows Hopkinson, Toronto.

James Peter Sipos *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

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

INDEXED AS: R. v. SIPOS

2014 SCC 47

File No.: 35310.

2014: April 15; 2014: July 10.

Present: LeBel, Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis and Wagner JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ONTARIO

Criminal law — Appeals — Dangerous offenders — Courts — Curative powers — Fresh evidence — Trial judge declaring accused to be dangerous offender without considering long-term offender designation — Whether trial judge committed error of law — Whether Court of Appeal erred by using curative powers and upholding dangerous offender designation — Role of fresh evidence in dangerous offender designation appeals — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 753, 759.

In 1996, a jury convicted the accused of multiple sexual offences and physical assaults. In 1998, the accused was declared a dangerous offender and given an indeterminate sentence. Between the time of the convictions and the decision on the dangerous offender proceeding, the *Criminal Code* was amended to add a new designation of long-term offenders. The sentencing judge did not consider a long-term offender designation before declaring the accused to be a dangerous offender. In 2012, the Court of Appeal heard an appeal from the sentence. The accused filed fresh evidence consisting of a risk assessment created in 2010 and information about his performance in sexual offender programs while in custody. A psychiatrist opined that the accused continued to meet the standard for being found a dangerous offender

James Peter Sipos *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

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

RÉPERTORIÉ : R. c. SIPOS

2014 CSC 47

N° du greffe : 35310.

2014 : 15 avril; 2014 : 10 juillet.

Présents : Les juges LeBel, Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis et Wagner.

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

Droit criminel — Appels — Délinquants dangereux — Cours — Pouvoirs réparateurs — Nouveaux éléments de preuve — Accusé déclaré délinquant dangereux par le juge du procès sans qu’il soit tenu compte de la possibilité d’une déclaration de délinquant à contrôler — Le juge du procès a-t-il commis une erreur de droit? — La Cour d’appel a-t-elle commis une erreur en appliquant ses pouvoirs réparateurs et en confirmant la déclaration de délinquant dangereux? — Quel rôle doivent jouer les nouveaux éléments de preuve dans le cadre de l’appel d’une déclaration de délinquant dangereux? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 753, 759.

En 1996, un jury a déclaré l’accusé coupable de multiples infractions de nature sexuelle et d’agressions physiques. En 1998, l’accusé a été déclaré délinquant dangereux et s’est vu infliger une peine de détention d’une durée indéterminée. Entre les prononcés de culpabilité et la décision sur le statut de délinquant dangereux, le *Code criminel* a été modifié pour y ajouter la possibilité de déclarer un délinquant « délinquant à contrôler ». Le juge chargé de statuer sur la peine n’a pas tenu compte de cette possibilité avant de déclarer l’accusé délinquant dangereux. En 2012, la Cour d’appel a été saisie d’un appel relatif à la peine. L’accusé a déposé de nouveaux éléments de preuve, soit des renseignements concernant sa performance dans le cadre des programmes de traitement des délinquants sexuels qu’il avait suivis durant

but also that some factors suggested suitability for release in 2016 with 10 years long-term supervision. The Court of Appeal admitted the fresh evidence. It held that the sentencing judge committed a legal error by not considering the long-term offender provisions. However, it applied its curative powers and upheld the dangerous offender designation.

Held: The appeal should be dismissed.

An offender may appeal a dangerous offender designation on any ground of law or fact or mixed law and fact. Appellate review is concerned with legal errors and whether the designation was reasonable. An appellate court may exercise its curative power despite a legal error if there is no reasonable possibility that the verdict would have been different had the error not been made. On dangerous offender appeals, the test set out in *Palmer v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 759, governs the admissibility of fresh evidence. Fresh evidence addressing events between the time of sentencing and the time of the appeal raises competing values. Changes cannot be ignored but routinely deciding sentence appeals on the basis of after-the-fact developments could jeopardize the integrity of the criminal process by undermining its finality and could surpass the appropriate bounds of appellate review. The appellate process should be both responsive to the demands of justice and respectful of the limits of appellate review.

Fresh evidence generally has little role to play when determining whether the curative power should be exercised. In dangerous offender appeals, an appellate court may use its curative power only where there is no reasonable possibility that the result would have been different had the error not been made. The exercise is necessarily focused on the record before the sentencing judge because the question concerns what that judge might have done had he or she applied correct legal principles. The appellate court must consider whether the legal error may have resulted in exclusion of evidence that ought to have been admitted or otherwise affected the evidentiary

sa détention, ainsi qu'une évaluation du risque préparée en 2010. Un psychiatre a exprimé l'opinion que l'accusé satisfaisait toujours à la norme applicable pour être déclaré délinquant dangereux, mais aussi que, selon certains facteurs, il y avait une possibilité qu'il puisse être remis en liberté vers 2016, s'il faisait ensuite l'objet d'une surveillance de longue durée de 10 ans. La Cour d'appel a admis les nouveaux éléments de preuve et a conclu que le juge qui a prononcé la peine a commis une erreur de droit en ne tenant pas compte des dispositions sur les délinquants à contrôler. Cependant, elle a exercé ses pouvoirs réparateurs et confirmé la déclaration de délinquant dangereux.

Arrêt : L'appel est rejeté.

Un délinquant peut interjeter appel d'une déclaration de délinquant dangereux sur toute question de droit ou de fait ou toute question mixte de droit et de fait. Le contrôle en appel porte sur les erreurs de droit et vise à déterminer si la déclaration de délinquant dangereux était raisonnable. Une cour d'appel peut exercer son pouvoir réparateur même en présence d'une erreur de droit s'il n'existe aucune possibilité raisonnable que le verdict eût été différent si l'erreur n'avait pas été commise. Dans le contexte de l'appel d'une déclaration de délinquant dangereux, c'est le test énoncé dans *Palmer c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 759, qui régit l'admissibilité des nouveaux éléments de preuve. L'introduction de nouveaux éléments de preuve portant sur des événements survenus entre le prononcé de la peine et l'appel met en présence des valeurs opposées. Il n'est pas possible de faire abstraction des changements, mais trancher régulièrement des appels de sentence sur le fondement d'événements survenus après le fait pourrait à la fois menacer l'intégrité du processus criminel — en compromettant son caractère définitif — et outrepasser les limites appropriées du contrôle en appel. Le processus d'appel doit répondre aux exigences de la justice tout en respectant les limites auxquelles doit être assujéti le contrôle en appel.

Les nouveaux éléments de preuve jouent généralement un rôle négligeable lorsqu'il s'agit de décider si le pouvoir réparateur devrait être exercé. La cour d'appel peut utiliser ce pouvoir pour rejeter l'appel interjeté à l'égard d'une déclaration de délinquant dangereux seulement s'il n'y a aucune possibilité raisonnable que le résultat eût été différent si l'erreur n'avait pas été commise. Cet exercice est nécessairement axé sur le dossier dont était saisi le juge ayant statué sur la peine, car il s'agit de déterminer ce que celui-ci aurait fait s'il avait appliqué les bons principes juridiques. La cour d'appel doit se demander si cette erreur de droit a pu entraîner

record or the judge's assessment of it. Fresh evidence meeting the *Palmer* test might be admitted but where new evidence has nothing to do with the possible impact of the legal error on the sentencing decision, it should not be considered.

In this case, the fresh evidence has nothing to do with the impact of the legal error made by the sentencing judge. The sentencing judge's only realistic option was a dangerous offender designation. There is no suggestion that the failure to consider a long-term offender designation affected the evidentiary record. The correct focus is on the possible impact of the error on the sentencing judge's decision, not on the accused's current prospects for control in the community.

On the other hand, an offender may appeal a dangerous offender designation on the basis that it is unreasonable. There is a wider role for fresh evidence in appellate review on this basis. The appellate court may review the sentence in light of the whole record, including admissible fresh evidence. In dangerous offender appeals, appellate courts are frequently confronted with evidence about an offender's rehabilitation efforts and prospects. Appellate courts generally take a very cautious approach to intervening solely on the basis of evidence of this nature but in exceptional and proper cases, in which the evidence is sufficiently compelling, they may intervene on the basis of after-the-fact evidence. The focus is still on the impact of the new evidence on the sentencing proceeding, viewed in the context of the whole record.

The accused's fresh evidence indicates a reasonable possibility of eventual control of the risk in the community if he were released from incarceration in about 2016 with a further period of 10 years long-term supervision, subject to many qualifications. However, viewed in light of the full record before the sentencing judge, the fresh evidence falls considerably short of showing that the dangerous offender designation was unreasonable. Placing ourselves in the position of the sentencing judge with the added information from the fresh evidence, there is no reasonable possibility that the result of the dangerous

l'exclusion d'éléments de preuve qui auraient dû être admis, ou pu par ailleurs influencer sur l'état du dossier de preuve ou l'appréciation de celui-ci par le juge. Les nouveaux éléments de preuve qui satisfont au test de l'arrêt *Palmer* pourraient être admis, mais lorsque les nouveaux éléments de preuve n'ont rien à voir avec l'incidence possible de l'erreur de droit sur la peine, ils ne devraient pas être pris en considération.

En l'espèce, les nouveaux éléments de preuve n'ont rien à voir avec l'incidence de l'erreur de droit commise par le juge ayant prononcé la peine, dont la seule option réaliste consistait à déclarer l'appelant délinquant dangereux. Rien ne donne à penser que l'omission d'envisager la possibilité d'une déclaration de délinquant à contrôler a eu quelque incidence sur le dossier de preuve. L'élément central reste l'incidence possible de l'erreur sur la décision du juge chargé de déterminer la peine, et non pas les perspectives actuelles de contrôle du délinquant au sein de la collectivité.

Par contre, un délinquant peut interjeter appel d'une déclaration portant qu'il est un délinquant dangereux au motif que cette décision est déraisonnable. Les nouveaux éléments de preuve ont un rôle plus important à jouer lorsque la cour d'appel effectue un contrôle sur ce fondement. La cour d'appel peut examiner la peine au regard de l'ensemble du dossier, notamment de nouveaux éléments de preuve admissibles. Dans un appel interjeté à l'égard d'une déclaration de délinquant dangereux, les cours d'appel sont souvent saisies d'éléments de preuve relatifs aux efforts et aux perspectives de réadaptation du délinquant. Les cours d'appel adoptent généralement une approche très prudente lorsqu'elles sont appelées à intervenir sur le seul fondement d'éléments de preuve de cette nature. Cela dit, dans des cas exceptionnels où il convient de le faire et où la preuve est suffisamment convaincante, elles peuvent intervenir sur le fondement d'éléments de preuve relatifs à des événements survenus après le fait. Là encore, l'accent est mis sur l'incidence de la nouvelle preuve sur la procédure de détermination de la peine, eu égard à l'ensemble du dossier.

Sous de nombreuses réserves, les nouveaux éléments de preuve produits par l'accusé indiquent qu'il y avait une possibilité raisonnable de contrôle du risque au sein de la collectivité s'il était remis en liberté vers 2016 et était assujéti à une ordonnance de surveillance de longue durée de 10 ans. Cependant, examinés à la lumière de l'ensemble du dossier dont disposait le juge chargé de déterminer la peine, les nouveaux éléments de preuve sont loin d'établir que la déclaration de délinquant dangereux était déraisonnable. Il n'y a aucune possibilité raisonnable que le résultat de la procédure relative au

offender proceedings would have been different. The evidence does not show that the dangerous offender designation was unreasonable and this is not a case that demands appellate intervention.

Cases Cited

Referred to: *R. v. Johnson*, 2003 SCC 46, [2003] 2 S.C.R. 357; *R. v. Currie*, [1997] 2 S.C.R. 260; *R. v. M. (C.A.)*, [1996] 1 S.C.R. 500; *R. v. Shropshire*, [1995] 4 S.C.R. 227; *R. v. McDonnell*, [1997] 1 S.C.R. 948; *R. v. Lévesque*, 2000 SCC 47, [2000] 2 S.C.R. 487; *Palmer v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 759; *R. v. Angelillo*, 2006 SCC 55, [2006] 2 S.C.R. 728; *R. v. Hamilton* (2004), 72 O.R. (3d) 1; *R. v. Smith* (2005), 376 A.R. 389; *R. v. Riley* (1996), 150 N.S.R. (2d) 390; *R. v. Faid* (1984), 52 A.R. 338; *R. v. Jimmie*, 2009 BCCA 215, 270 B.C.A.C. 301; *R. v. Halliday*, 2012 ONCA 351 (CanLII); *R. v. N.A.S.*, 2007 MBCA 97, 220 Man. R. (2d) 43; *R. v. Martin*, 2012 QCCA 2223 (CanLII); *R. v. Williamson*, 2003 BCCA 673, 191 B.C.A.C. 208; *R. v. Ferguson* (2005), 207 O.A.C. 380; *R. v. B.J.M.*, 2007 ONCA 221 (CanLII); *R. v. T.L.*, 2008 ONCA 766 (CanLII); *R. v. Mason* (2001), 147 O.A.C. 388; *R. v. Henry*, 2002 BCCA 575, 174 B.C.A.C. 238; *R. v. Armistead*, 2003 BCCA 699, 192 B.C.A.C. 227.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 675(1)(b), 683(1), 687, Part XXIV, 752, 753 [ad. 1997, c. 17, s. 4], 753.1(1) [*idem*], 759(1), (3)(a), (7).
Tackling Violent Crime Act, S.C. 2008, c. 6.

Authors Cited

Ruby, Clayton C., Gerald J. Chan and Nader R. Hasan.
Sentencing, 8th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2012.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Doherty, Watt and Pepall JJ.A.), 2012 ONCA 751, 298 O.A.C. 233, 297 C.C.C. (3d) 22, [2012] O.J. No. 5212 (QL), 2012 CarswellOnt 13907, affirming a sentencing decision of Lofchik J. (1998), 54 O.T.C. 241, [1998] O.J. No. 985 (QL), 1998 CarswellOnt 1219. Appeal dismissed.

Michael Dineen and Jonathan Dawe, for the appellant.

statut de délinquant dangereux eût été différent si le juge chargé de prononcer la peine avait été saisi de ce complément d'information. La preuve n'établit pas que la déclaration de délinquant dangereux était déraisonnable et la présente cause n'est pas de celles qui justifient une intervention en appel.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *R. c. Johnson*, 2003 CSC 46, [2003] 2 R.C.S. 357; *R. c. Currie*, [1997] 2 R.C.S. 260; *R. c. M. (C.A.)*, [1996] 1 R.C.S. 500; *R. c. Shropshire*, [1995] 4 R.C.S. 227; *R. c. McDonnell*, [1997] 1 R.C.S. 948; *R. c. Lévesque*, 2000 CSC 47, [2000] 2 R.C.S. 487; *Palmer c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 759; *R. c. Angelillo*, 2006 CSC 55, [2006] 2 R.C.S. 728; *R. c. Hamilton* (2004), 72 O.R. (3d) 1; *R. c. Smith* (2005), 376 A.R. 389; *R. c. Riley* (1996), 150 N.S.R. (2d) 390; *R. c. Faid* (1984), 52 A.R. 338; *R. c. Jimmie*, 2009 BCCA 215, 270 B.C.A.C. 301; *R. c. Halliday*, 2012 ONCA 351 (CanLII); *R. c. N.A.S.*, 2007 MBCA 97, 220 Man. R. (2d) 43; *R. c. Martin*, 2012 QCCA 2223 (CanLII); *R. c. Williamson*, 2003 BCCA 673, 191 B.C.A.C. 208; *R. c. Ferguson* (2005), 207 O.A.C. 380; *R. c. B.J.M.*, 2007 ONCA 221 (CanLII); *R. c. T.L.*, 2008 ONCA 766 (CanLII); *R. c. Mason* (2001), 147 O.A.C. 388; *R. c. Henry*, 2002 BCCA 575, 174 B.C.A.C. 238; *R. c. Armistead*, 2003 BCCA 699, 192 B.C.A.C. 227.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C 46, art. 675(1)(b), 683(1), 687, partie XXIV, 752, 753 [aj. 1997, ch. 17, art. 4], 753.1(1) [*idem*], 759(1), (3)(a), (7).
Loi sur la lutte contre les crimes violents, L.C. 2008, ch. 6.

Doctrine et autres documents cités

Ruby, Clayton C., Gerald J. Chan and Nader R. Hasan.
Sentencing, 8th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2012.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Doherty, Watt et Pepall), 2012 ONCA 751, 298 O.A.C. 233, 297 C.C.C. (3d) 22, [2012] O.J. No. 5212 (QL), 2012 CarswellOnt 13907, qui a confirmé une décision du juge Lofchik relative à la détermination de la peine (1998), 54 O.T.C. 241, [1998] O.J. No. 985 (QL), 1998 CarswellOnt 1219. Pourvoi rejeté.

Michael Dineen et Jonathan Dawe, pour l'appellant.

Roger A. Pinnock, for the respondent.

Nader R. Hasan and Gerald Chan, for the interveners.

The judgment of the Court was delivered by

CROMWELL J. —

I. Introduction

[1] This appeal poses two related questions about appellate review of a dangerous offender designation. The first is whether the sentencing judge’s legal error in the course of imposing the designation on the appellant, Mr. Sipos, was “harmless” in the sense that it had no impact on the ultimate decision. A related question concerns the role on the appeal of fresh evidence about the offender’s current treatment and prospects.

[2] The Ontario Court of Appeal held that an error is harmless if there is no reasonable possibility that the sentencing judge’s decision would have been different had he not made the legal error. Where there is fresh evidence, this standard is applied as if the sentencing judge had access to it at the time of the original sentencing. Approaching the matter in this way, the Court of Appeal dismissed Mr. Sipos’ appeal. The Court of Appeal rejected Mr. Sipos’ position that the appeal should be allowed if the fresh evidence raises any reasonable possibility that the outcome of a new dangerous offender proceeding could be different from the original one.

[3] Mr. Sipos appeals by leave of the Court. He submits that the Court of Appeal was wrong in two respects. First, he says that the Court of Appeal was wrong to dismiss his appeal in light of the fresh evidence suggesting that there is a reasonable possibility that a new dangerous offender hearing might

Roger A. Pinnock, pour l’intimée.

Nader R. Hasan et Gerald Chan, pour l’intervenante.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE CROMWELL —

I. Introduction

[1] Le présent pourvoi porte sur deux questions connexes relatives au contrôle en appel d’une déclaration selon laquelle un délinquant est un délinquant dangereux. Tout d’abord, il s’agit de savoir si l’erreur de droit commise par le juge qui a déclaré M. Sipos, l’appelant, délinquant dangereux était « inoffensive », en ce sens qu’elle n’a pas eu d’incidence sur la décision finale. Ensuite, il s’agit de trancher la question connexe du rôle qu’il faut accorder en appel à de nouveaux éléments de preuve relatifs au traitement actuel du délinquant et à ses perspectives d’avenir.

[2] La Cour d’appel de l’Ontario a jugé qu’une erreur de droit est inoffensive s’il n’existe pas de possibilité raisonnable que la décision du juge qui a prononcé la peine ait été différente s’il n’avait pas commis l’erreur en question. En présence de nouveaux éléments de preuve, cette norme s’applique comme si le juge qui a prononcé la peine y avait eu accès au moment où il a rendu cette décision. En appliquant cette approche, la Cour d’appel n’a pas fait droit à l’appel de M. Sipos. Elle a rejeté l’argument de ce dernier selon lequel l’appel devrait être accueilli si les nouveaux éléments de preuve soulèvent une possibilité raisonnable que l’issue d’une nouvelle procédure sur le statut de délinquant dangereux puisse être différente de celle de la première procédure.

[3] M. Sipos a interjeté appel devant la Cour sur autorisation. Il fait valoir que la Cour d’appel a eu tort de rejeter son appel compte tenu des nouveaux éléments de preuve qui suggèrent qu’il existe une possibilité raisonnable qu’une nouvelle procédure sur le statut de délinquant dangereux puisse aboutir

produce a different result from that reached at the original hearing. He further submits that the Court of Appeal erred by holding that the record in this case met the high standard required to conclude that the sentencing judge's legal error was harmless. The appellant's submissions are best considered by addressing the role of fresh evidence when the Court of Appeal is asked to use its curative powers in relation to dangerous offender appeals and by reviewing whether the Court of Appeal erred in using those curative powers in this case.

[4] I agree with the result reached by the Court of Appeal and would dismiss the appeal. However, as I will explain, I take a somewhat narrower view of the role of fresh evidence in relation to the question of whether the sentencing judge's legal error was harmless.

II. Overview of the Facts and Proceedings

A. *Procedural History*

[5] The appeal has followed a long and complicated path before arriving here. This is a result of the intersection of developments in the legislation and case law coupled with very long delays in moving the appeal forward. I say this not to attribute fault to anyone, but to underline the unusual circumstances before us. The result is that the Court of Appeal in 2012 had before it a dangerous offender designation made in 1998, roughly 14 years earlier, and fresh evidence created in 2010, roughly 12 years after the conclusion of the proceedings before the sentencing judge.

[6] The beginning of the most relevant part of the story takes us back to April of 1996. Lofchik J. sitting with a jury convicted Mr. Sipos of multiple sexual offences and physical assaults against three

à un résultat différent de celui auquel en est venu le juge lors de la première procédure. Il soutient en outre que la Cour d'appel a commis une erreur en statuant que le dossier, en l'espèce, satisfait à la norme exigeante à laquelle il faut satisfaire pour conclure que l'erreur de droit commise par le juge qui a prononcé la peine était inoffensive. Pour traiter au mieux des arguments de l'appelant, il convient, d'une part, de se pencher sur le rôle des nouveaux éléments de preuve lorsque la Cour d'appel est appelée à utiliser ses pouvoirs réparateurs dans le cadre de l'appel d'une déclaration de délinquant dangereux et, d'autre part, d'examiner si la Cour d'appel a commis une erreur dans l'utilisation de ces pouvoirs réparateurs en l'espèce.

[4] Je souscris à la conclusion de la Cour d'appel et je suis d'avis de rejeter le pourvoi. Cela dit, comme je l'expliquerai, j'accorde un rôle quelque peu plus ténu qu'elle aux nouveaux éléments de preuve lorsqu'il s'agit de déterminer si l'erreur de droit commise par le juge qui a prononcé la peine est inoffensive.

II. Aperçu des faits et de l'historique judiciaire

A. *Historique judiciaire*

[5] Le pourvoi a parcouru un chemin long et semé d'embûches avant d'aboutir ici. Cette situation est le résultat d'un ensemble de modifications législatives et d'évolutions jurisprudentielles, combinées à de très longs délais durant le processus d'appel. Par ces propos, je ne cherche pas à attribuer une faute à qui que ce soit, mais plutôt à souligner combien les circonstances de l'affaire dont nous sommes saisis sont inhabituelles. En 2012, la Cour d'appel s'est ainsi trouvée à statuer sur une déclaration selon laquelle l'appelant était un délinquant dangereux datant de 1998, quelque 14 ans plus tôt, et sur de nouveaux éléments de preuve créés en 2010, soit approximativement 12 ans après la fin des procédures qui se sont déroulées devant le juge chargé de statuer sur la peine.

[6] Le début de la portion la plus pertinente de l'histoire nous reporte à avril 1996. Le juge Lofchik, qui siégeait alors avec un jury, a déclaré M. Sipos coupable de multiples infractions de nature sexuelle

women committed from the mid-1970s to the mid-1980s. The convictions included attempted buggery, indecent assault, rape, sexual assault, assault causing bodily harm and common assault. Mr. Sipos also had a considerable record of other offences of violence against women between the late 1970s and the mid-1980s.

[7] Nearly two years after his conviction at trial, that is, in March of 1998, the judge found that Mr. Sipos was a dangerous offender and imposed an indeterminate sentence ([1998] O.J. No. 985 (QL)).

[8] Between the time of the convictions and the ultimate decision nearly two years later on the dangerous offender proceeding, new legislation that is important to the case intervened. The *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, was amended to add a new designation of long-term offenders (S.C. 1997, c. 17, s. 4). These new provisions were in force at the time Mr. Sipos was found to be a dangerous offender but the judge did not consider them in reaching his decision. There are many differences in both substance and procedure between the two designations. But the main one is that in order to be found to be a long-term offender, the judge must be satisfied that “there is a reasonable possibility of eventual control of the risk in the community”: s. 753.1(1)(c).

[9] Mr. Sipos appealed from the convictions and sentence, but indicated that his sentence appeal was contingent on his convictions appeal being at least partially successful. The Court of Appeal dismissed the convictions appeal and did not deal with the sentence appeal (2001 CanLII 8541). The judgment of the Court of Appeal was delivered in May of 2001 but, as noted, Mr. Sipos’ sentence appeal remained outstanding and undecided.

et d’agressions physiques contre trois femmes, infractions qui ont été perpétrées du milieu des années 70 au milieu des années 80. Les déclarations de culpabilité concernaient des infractions de tentative de sodomie, d’attentat à la pudeur, de viol, d’agression sexuelle, d’agression causant des lésions corporelles et de voies de fait simples. M. Sipos avait aussi un lourd casier judiciaire, ayant été trouvé coupable d’autres infractions de violence à l’endroit de femmes entre la fin des années 70 et le milieu des années 80.

[7] Près de deux ans après avoir été déclaré coupable à son procès, soit en mars 1998, M. Sipos a été déclaré délinquant dangereux et s’est vu infliger une peine de détention d’une durée indéterminée ([1998] O.J. No. 985 (QL)).

[8] Entre les prononcés de culpabilité et la décision finale par laquelle l’accusé a été déclaré délinquant dangereux, il s’est écoulé deux ans. Dans l’intervalle, de nouvelles dispositions législatives, importantes pour la présente cause, ont été adoptées. Le *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, a été modifié pour y ajouter la possibilité de déclarer un délinquant « délinquant à contrôler » (L.C. 1997, ch. 17, art. 4). Ces nouvelles dispositions étaient en vigueur au moment où M. Sipos a été déclaré délinquant dangereux, mais le juge n’en a pas tenu compte pour rendre sa décision. Il existe de nombreuses différences tant sur le plan du fond que sur celui de la procédure entre les deux déclarations. La distinction principale entre ces deux régimes est cependant celle voulant que, pour conclure qu’un inculpé est un délinquant à contrôler, le juge doit être convaincu qu’il « existe une possibilité réelle que ce risque puisse être maîtrisé au sein de la collectivité » : al. 753.1(1)c).

[9] M. Sipos a interjeté appel des déclarations de culpabilité et de la peine, mais il a indiqué que l’appel concernant sa peine était conditionnel au succès au moins partiel de celui sur les déclarations de culpabilité. La Cour d’appel a rejeté ce premier appel et ne s’est pas penchée sur l’appel de la peine (2001 CanLII 8541). Ce jugement a été rendu en mai 2001, mais, comme il a été souligné, l’appel de M. Sipos sur la peine est resté pendant et n’a fait l’objet d’aucune décision.

[10] The next relevant event came about five years after Mr. Sipos' dangerous offender designation. In 2003, this Court released its decision in *R. v. Johnson*, 2003 SCC 46, [2003] 2 S.C.R. 357. It decided that in dangerous offender proceedings that occurred after the new long-term offender provisions came into force — in other words, in cases like Mr. Sipos' — judges must consider the option of a long-term offender designation, which may lead to a determinate sentence followed by long-term community supervision, before declaring a defendant to be a dangerous offender and imposing an indeterminate sentence. Failure to do this is a legal error, often referred to as a “*Johnson* error”.

[11] As noted, the judge in 1998 did not consider the recently enacted long-term offender provisions and, with the benefit of hindsight, this constituted a legal error in light of the 2003 judgment in *Johnson*. On the basis of this error and other considerations, the Court of Appeal granted leave to reopen Mr. Sipos' unresolved sentence appeal (2008 ONCA 325, 235 O.A.C. 277). But it took more than four years for this occur, so that the appeal was reopened only in late April of 2008.

[12] There was a further long delay: the appeal on the merits was not heard for more than four years, in August of 2012 (2012 ONCA 751, 298 O.A.C. 233). With the Crown's consent, Mr. Sipos filed fresh evidence in the appeal proceedings. The fresh evidence consisted of a risk assessment, prepared by Dr. Jeff McMaster in 2010, and information about his performance in sexual offender maintenance programs while in custody.

[13] This is how the Court of Appeal came to address in 2012 a dangerous offender designation that had been made roughly 14 years earlier and had

[10] L'événement pertinent suivant a eu lieu environ cinq ans après la déclaration selon laquelle M. Sipos était un délinquant dangereux. En 2003, la Cour a rendu sa décision dans *R. c. Johnson*, 2003 CSC 46, [2003] 2 R.C.S. 357. Elle y a décidé que les procédures relatives aux délinquants dangereux qui se sont déroulées après l'entrée en vigueur des dispositions sur les délinquants à contrôler — autrement dit, dans les causes comme celle de M. Sipos —, les juges doivent examiner la possibilité de déclarer le délinquant « délinquant à contrôler » — ce qui peut donner lieu au prononcé d'une peine d'incarcération d'une durée déterminée suivie d'une longue période de vie supervisée dans la collectivité — avant de le déclarer délinquant dangereux et de lui infliger une peine d'une durée indéterminée. Ne pas le faire constitue une erreur de droit, souvent appelée l'« erreur *Johnson* ».

[11] Comme nous l'avons mentionné, en 1998, le juge n'a pas tenu compte des dispositions adoptées depuis peu portant sur les délinquants à contrôler. Or, avec le recul, vu la décision de 2003 dans *Johnson*, nous devons convenir qu'il a ainsi commis une erreur de droit. Compte tenu de cette erreur et d'autres considérations, la Cour d'appel a donné l'autorisation de rouvrir l'appel non tranché interjeté par M. Sipos quant à la peine qui lui avait été infligée (2008 ONCA 325, 235 O.A.C. 277). Il s'est toutefois écoulé plus de quatre ans avant que cela ne se fasse et l'appel n'a été rouvert qu'à la fin du mois d'avril 2008.

[12] Il y a eu un autre long délai : l'appel sur le fond n'a été entendu que plus de quatre ans plus tard, soit en août 2012 (2012 ONCA 751, 298 O.A.C. 233). Avec le consentement du ministère public, M. Sipos a déposé de nouveaux éléments de preuve durant les procédures d'appel, soit des renseignements concernant sa performance dans le cadre des programmes de traitement des délinquants sexuels qu'il avait suivis durant sa détention, ainsi qu'une évaluation du risque préparée par le D^r Jeff McMaster en 2010.

[13] C'est ainsi que la Cour d'appel en est venue à se pencher, en 2012, sur une décision ayant déclaré un délinquant « délinquant dangereux » rendue

evidence before it that was created in 2010, roughly 12 years after the designation.

B. Judgment of the Court of Appeal

[14] The Court of Appeal concluded that, in light of *Johnson*, there was clearly a legal error in not considering the long-term offender option before designating Mr. Sipos as a dangerous offender. The Court of Appeal noted, however, that this error does not automatically compel a new dangerous offender hearing. Rather, the appellate court has a curative power: it may dismiss the appeal if persuaded that there is no reasonable possibility that the sentence would have been different had the legal error not been made (see *Johnson*, at paras. 47-50).

[15] Putting aside the fresh evidence, the Court of Appeal concluded that there was no such reasonable possibility, noting that Mr. Sipos did not contend otherwise. The sentencing judge, in comprehensive reasons, found that the evidence before him did not support the view that, at some determinate point in the future, the risk that Mr. Sipos posed to society could be reduced to an acceptable level if he were to be allowed to live in the community. The sentencing judge's analysis of the evidence would have inevitably led him to reject a long-term offender designation for the same reasons that he rejected the determinate sentence option: sentencing judge's reasons, at paras. 199-207; Court of Appeal reasons, at para. 29.

[16] The question then arose as to how the Court of Appeal should use the new evidence in considering whether to exercise this curative power. The new evidence suggests that there is *now* a possibility that the risk that Mr. Sipos poses can be controlled in the community by 2016 with appropriate supervision. The Court of Appeal held that, while the new evidence must be considered, appellate review is fundamentally an error-correcting exercise that

quelque 14 ans plus tôt et qu'elle a dû se pencher, à cette fin, sur des éléments de preuve créés en 2010, soit environ 12 ans après la déclaration en question.

B. Jugement de la Cour d'appel

[14] La Cour d'appel a conclu que, à la lumière de la décision dans *Johnson*, ne pas avoir tenu compte de l'option d'une déclaration comme délinquant à contrôler avant de désigner M. Sipos délinquant dangereux avait manifestement constitué une erreur de droit. Toutefois, la Cour d'appel a souligné que cette erreur n'entraînait pas automatiquement la tenue d'une nouvelle audience sur le statut de délinquant dangereux. En effet, le tribunal d'appel dispose plutôt d'un pouvoir réparateur : il peut rejeter l'appel s'il est convaincu qu'il n'existe aucune possibilité raisonnable que la peine ait été différente si l'erreur de droit n'avait pas été commise (voir *Johnson*, par. 47-50).

[15] Mettant de côté dans un premier temps les nouveaux éléments de preuve, la Cour d'appel a conclu qu'il n'existait aucune possibilité raisonnable de ce type, soulignant au passage que M. Sipos ne prétendait pas le contraire. Dans des motifs très étoffés, le juge qui a statué sur la peine a conclu que la preuve portée à sa connaissance ne permettait pas d'étayer le point de vue selon lequel, à un moment déterminé dans le futur, le risque que pose M. Sipos pour la société pourrait être réduit à un niveau acceptable s'il était autorisé à vivre dans la collectivité. Cette analyse l'aurait inévitablement mené à rejeter la possibilité de déclarer M. Sipos délinquant à contrôler pour les mêmes motifs qu'il a rejetés celle de prononcer une peine d'une durée déterminée : motifs du juge qui a statué sur la peine, par. 199-207; motifs de la Cour d'appel, par. 29.

[16] La Cour d'appel avait ensuite à déterminer comment elle devait utiliser les nouveaux éléments de preuve pour décider s'il convenait d'exercer son pouvoir réparateur. Ces nouveaux éléments de preuve suggèrent qu'il existe *maintenant* une possibilité que le risque que pose M. Sipos puisse être maîtrisé au sein de la collectivité, à compter de 2016, s'il faisait l'objet d'une surveillance adéquate. La Cour d'appel a jugé que, bien qu'il faille

looks backward to the decision under appeal, in order to determine whether the court below fell into reversible error when it made the decision being reviewed. It held that the possibility that a different decision might be made if a new dangerous offender hearing were held now is irrelevant. The question on appeal was whether, having regard to the evidence before the sentencing judge, and the fresh evidence admitted on appeal, there was any reasonable possibility that the result of the dangerous offender hearing would have been any different had the judge considered the long-term offender provisions.

[17] The Court of Appeal answered this question in the negative. The court noted that the new evidence from Dr. McMaster consisted of his assessment as of 2010 and pertained to whether Mr. Sipos could meet the criteria for a long-term offender. Even on Dr. McMaster's "best case" scenario, his potential release into the community was at least some 18 years away in 1998 (para. 34). Considering the report in light of the other evidence before the sentencing judge, the Court of Appeal concluded that Dr. McMaster's risk assessment did not cast any doubt on the sentencing judge's conclusion that as of 1998, an indeterminate sentence was appropriate.

III. Analysis

[18] Before returning to the two issues in detail, it will be helpful to place them in their proper legal framework. That, in turn, requires a brief review of the difference between long-term offender and dangerous offender status, this Court's decision in *Johnson*, the nature of appellate review and the

tenir compte des nouveaux éléments de preuve, le contrôle en appel est fondamentalement un exercice de correction d'erreurs qui jette un regard rétrospectif sur la décision portée en appel, de manière à décider si le tribunal d'instance inférieure a commis une erreur susceptible de révision lorsqu'il a rendu la décision qui fait l'objet du contrôle. La Cour d'appel a conclu que la possibilité qu'une décision différente puisse être rendue si une nouvelle audience était tenue aujourd'hui sur le statut de délinquant dangereux était sans pertinence. En appel, la question qui devait être tranchée était celle de savoir si, eu égard à la preuve dont était saisi le juge qui a prononcé la peine et aux nouveaux éléments de preuve admis en appel, il existait une possibilité raisonnable que l'issue de l'audience sur le statut de délinquant dangereux ait pu être différente si le juge avait tenu compte des dispositions sur les délinquants à contrôler.

[17] La Cour d'appel a répondu à cette question par la négative. Elle a souligné que le rapport du D^r McMaster déposé comme nouvel élément de preuve consignait son évaluation, en date de 2010, et portait sur la question de savoir si M. Sipos satisfaisait au test pour être déclaré délinquant à contrôler. Or, même selon le [TRADUCTION] « scénario "le plus optimiste" » du D^r McMaster, la possible remise de M. Sipos dans la collectivité n'était, en 1998, pas envisageable avant au moins environ 18 ans (par. 34). Après avoir examiné le rapport conjointement avec le reste de la preuve dont disposait le juge chargé de statuer sur la peine, la Cour d'appel a conclu que l'évaluation du risque du D^r McMaster ne soulevait aucun doute quant à la conclusion du juge selon laquelle, en 1998, il était approprié d'infliger une peine de détention d'une durée indéterminée.

III. Analyse

[18] Avant d'examiner en détail les deux questions en litige, il est utile de les replacer dans le contexte légal approprié. Cela suppose qu'il faille, au préalable, mener un bref examen de la différence entre le statut de délinquant à contrôler et celui de délinquant dangereux, de la décision de la Cour

powers of the court of appeal on dangerous offender appeals.

A. *Legal Framework*

(1) The Two Regimes

[19] The dangerous offender and long-term offender provisions found in Part XXIV of the *Criminal Code* are both examples of preventive sanctions. While they may only come into play once the offender has been convicted of offences of a certain degree of seriousness, their focus is on imposing special measures on the offender in order to address an elevated risk of future offending. A dangerous offender may be sentenced to an indeterminate sentence of imprisonment; this is preventive detention in its clearest and most extreme form. A long-term offender may be sentenced for the underlying offence and, in addition, to a long-term supervision order not to exceed 10 years. This is a preventive sanction that is finite in length and built on supervision in the community.

[20] For the purposes of this appeal, s. 753(1)(b) is the relevant provision in relation to Mr. Sipos' designation as a dangerous offender. Before the designation may be imposed, the offence for which the offender has been convicted must be a "serious personal injury offence". Serious personal injury offences include offences involving the use or attempted use of violence for which the offender may be sentenced to imprisonment for at least 10 years and a number of specified sexual offences: s. 752. There is no question that Mr. Sipos' convictions qualify. The remaining elements required for the designation are both retrospective and prospective. The offender must be shown to have failed in the past "to control his or her sexual impulses" and, in the future, that there is "a likelihood of causing injury, pain or other evil to other persons through failure in the future to control his or her sexual impulses": s. 753(1)(b).

dans *Johnson*, de la nature du contrôle en appel et des pouvoirs d'une cour d'appel dans des instances sur le statut de délinquant dangereux.

A. *Le cadre législatif*

(1) Les deux régimes

[19] Les dispositions de la partie XXIV du *Code criminel* sur les délinquants dangereux et les délinquants à contrôler créent deux exemples de sanctions préventives. Même si elles n'entrent en jeu qu'une fois que le délinquant a été déclaré coupable d'infractions d'une certaine gravité, elles visent surtout à imposer des mesures spéciales au délinquant de manière à parer le risque élevé de récidives. Un délinquant dangereux peut être condamné à une peine d'emprisonnement d'une durée indéterminée; il s'agit de la forme extrême et la plus manifeste de détention préventive. Un délinquant à contrôler peut, pour sa part, être condamné pour l'infraction qu'il a commise et, en plus, faire l'objet d'une ordonnance enjoignant qu'il soit soumis à une surveillance de longue durée, d'une période maximale de 10 ans. Cette sanction préventive est limitée dans le temps et conçue en fonction d'une surveillance dans la collectivité.

[20] Aux fins du présent appel, l'al. 753(1)(b) est la disposition pertinente en ce qui a trait à la déclaration selon laquelle M. Sipos est un délinquant dangereux. Pour qu'une telle déclaration soit prononcée, l'infraction commise doit constituer « des sévices graves à la personne ». Ce type d'infractions comprend celles qui supposent l'emploi ou la tentative d'emploi de la violence pour lesquelles le délinquant est passible d'une peine d'emprisonnement d'au moins 10 ans ainsi qu'un certain nombre d'infractions de nature sexuelle : art. 752. Il ne fait aucun doute que les infractions pour lesquelles M. Sipos a été déclaré coupable sont du nombre. Les autres éléments exigés pour qu'il y ait déclaration sont à la fois rétrospectifs et prospectifs. Il faut que le délinquant ait démontré dans le passé son incapacité « à contrôler ses impulsions sexuelles » et qu'il « laisse prévoir que vraisemblablement il causera à l'avenir de ce fait des sévices ou autres maux à d'autres personnes » : al. 753(1)(b).

[21] The long-term offender provisions permit the court to impose a sentence for the offence for which the offender has been convicted *and* order that he or she be subject to long-term supervision for a period that does not exceed 10 years: s. 753.1(3). In order to make a long-term offender designation, the court must be satisfied that it would be appropriate to impose a sentence of imprisonment of at least two years for the offence for which the offender has been convicted, that there is a substantial risk that the offender will reoffend, and that there is a reasonable possibility of eventual control of the risk in the community: s. 753.1(1).

(2) Johnson and the “Johnson Error”

[22] The two regimes must be considered together. At the time of the sentencing judge’s decision, the version of s. 753 in force was the same as the one interpreted by this Court in *Johnson*. The Court held that if a sentencing judge is satisfied that the long-term offender provisions are sufficient to reduce the risk to the life, safety or physical or mental well-being of other persons to an acceptable level, the judge “cannot properly declare an offender dangerous and thereupon impose an indeterminate sentence, even if all of the statutory criteria have been satisfied”: *Johnson*, at para. 40. Failure to consider these options became known as the “Johnson error”. There is no dispute between the parties that the sentencing judge made it in this case and it has not been suggested that the 2008 amendments to the provisions (S.C. 2008, c. 6) affect that conclusion in this case.

(3) Dangerous Offender Appeals

[23] A person who has been found to be a dangerous offender may appeal to the court of appeal on any ground of law or fact or mixed law and fact: s. 759(1). The appellate court has the statutory power to dismiss the appeal or to allow it. If the court allows the appeal, it may find that the offender is not

[21] Les dispositions sur les délinquants à contrôler permettent à la cour d’infliger une peine pour l’infraction dont le délinquant a été déclaré coupable *et* d’ordonner que ce dernier soit soumis à une surveillance de longue durée pour une période maximale de 10 ans : par. 753.1(3). Avant de rendre une ordonnance déclarant que le délinquant est un délinquant à contrôler, le tribunal doit être convaincu qu’il y a lieu de lui infliger une peine minimale d’emprisonnement de deux ans pour l’infraction dont il a été déclaré coupable, qu’il présente un risque élevé de récidive et qu’il existe une possibilité réelle que ce risque puisse être maîtrisé au sein de la collectivité : par. 753.1(1).

(2) Johnson et l’« erreur Johnson »

[22] Les deux régimes doivent être examinés conjointement. La version de l’art. 753 qui était en vigueur au moment où le juge chargé de prononcer la peine a rendu sa décision était la même que celle qui a été interprétée par la Cour dans *Johnson*. La Cour y avait conclu que le juge qui est convaincu que les dispositions applicables aux délinquants à contrôler permettent d’abaisser à un niveau acceptable le risque pour la vie, la sécurité ou le bien-être physique ou mental de qui que ce soit « ne peut à bon droit déclarer qu’un délinquant est un délinquant dangereux et lui infliger de ce fait une peine de détention d’une durée indéterminée, même lorsque sont réunies toutes les conditions légales pour le faire » : *Johnson*, par. 40. Le fait de ne pas examiner ces options constitue ce qu’on a appelé l’« erreur Johnson ». Les parties ne contestent pas que le juge qui a prononcé la peine a commis une telle erreur en l’espèce et elles n’ont pas laissé entendre que les modifications législatives de 2008 (L.C. 2008, ch. 6) changeaient quoi que ce soit à cette conclusion dans la présente affaire.

(3) Appel interjeté par le délinquant dangereux

[23] Le délinquant déclaré délinquant dangereux peut interjeter appel à la cour d’appel sur toute question de droit ou de fait ou toute question mixte de droit et de fait : par. 759(1). La cour d’appel a le pouvoir légal de rejeter l’appel ou d’y faire droit. Si elle admet l’appel, elle peut soit déclarer que le

a dangerous offender or a long-term offender, make an order that the trial court could make or order a new hearing: s. 759(3)(a). There is no explicit reference to appellate review of the fitness of the designation. This Court has determined that appellate review is concerned with legal errors and whether the dangerous offender designation was reasonable: *R. v. Currie*, [1997] 2 S.C.R. 260, at para. 33.

[24] Consistent with this broad understanding of the appellate court's review of the sentence, this Court in *Johnson* interpreted the power to dismiss an appeal as including the power to do so even in the face of a legal error, provided that the error occasioned no substantial wrong or miscarriage of justice. The Court emphasized, however, that this will be so "in only the rarest of circumstances, if any": para. 50. For the court to exercise this curative power, the Crown must show that there is "no reasonable possibility that the verdict would have been any different had the error of law not been made": para. 49.

[25] It is worth pausing here to contrast appellate review of a dangerous offender designation with that of what I will refer to as "regular" sentence appeals. In indictable matters, the offender may appeal the sentence passed by the trial court unless the sentence is one fixed by law: s. 675(1)(b). On the appeal, the court of appeal is to "consider the fitness of the sentence" and may "on such evidence, if any, as it thinks fit to require or to receive", vary the sentence or dismiss the appeal: s. 687(1). This allows for appellate review for error in principle and for whether the sentence is demonstrably unfit or manifestly wrong. This is a highly deferential standard of review. As Lamer C.J. put it in *R. v. M. (C.A.)*, [1996] 1 S.C.R. 500, at para. 90:

... absent an error in principle, failure to consider a relevant factor, or an overemphasis of the appropriate factors, a court of appeal should only intervene to vary a

délinquant n'est pas un délinquant dangereux ou un délinquant à contrôler, ou rendre une ordonnance qu'aurait pu rendre le tribunal de première instance, soit ordonner la tenue d'une nouvelle audience : al. 759(3)a). On ne prévoit pas expressément le contrôle en appel de l'opportunité de la déclaration. Selon la Cour, le contrôle en appel porte sur les erreurs de droit et vise à déterminer si la déclaration de délinquant dangereux était raisonnable : *R. c. Currie*, [1997] 2 R.C.S. 260, par. 33.

[24] Conformément à cette conception large du pouvoir de contrôle en appel de la sentence, la Cour dans *Johnson* a interprété le pouvoir de rejeter l'appel comme comportant celui de le faire même en présence d'une erreur de droit, dans la mesure où l'erreur n'a donné lieu à aucun tort important ni à aucune erreur judiciaire grave. La Cour a toutefois souligné que cela « arrivera rarement, sinon jamais » : par. 50. Pour que le tribunal puisse exercer ce pouvoir réparateur, le ministère public doit établir « l'absence d'une possibilité raisonnable que le verdict eût été différent si l'erreur de droit n'avait pas été commise » : par. 49.

[25] Il convient ici de bien différencier le contrôle en appel d'une déclaration de délinquant dangereux de ce que j'appellerai l'appel « normal » d'une sentence. Dans les procédures sur acte d'accusation, le délinquant peut interjeter appel de la sentence rendue par le tribunal de première instance à moins qu'elle ne soit de celles que fixe la loi : al. 675(1)b). La cour saisie de l'appel doit « consid[é]rer [. . .] la justesse de la sentence » et peut « d'après la preuve, le cas échéant, qu'elle croit utile d'exiger ou de recevoir », modifier la sentence ou rejeter l'appel : par. 687(1). Cela permet le contrôle en appel d'une erreur de principe et de la question de savoir si la peine n'est manifestement pas indiquée ou est manifestement erronée. Il s'agit là d'une norme de contrôle commandant une très grande déférence. Comme l'a affirmé le juge en chef Lamer dans *R. c. M. (C.A.)*, [1996] 1 R.C.S. 500, par. 90 :

... sauf erreur de principe, omission de prendre en considération un facteur pertinent ou insistance trop grande sur les facteurs appropriés, une cour d'appel

sentence imposed at trial if the sentence is demonstrably unfit.

(See also *R. v. Shropshire*, [1995] 4 S.C.R. 227, at paras. 45-50; *R. v. McDonnell*, [1997] 1 S.C.R. 948, at paras. 14-17.)

[26] The Court in *Currie* held that appellate review of a dangerous offender designation is somewhat more robust. Nonetheless, this does not call for a completely fresh look on appeal at the designation (or as lawyers say, a *de novo* assessment). The appellate court must give some deference to the findings of the sentencing judge: *Currie*, at para. 33.

[27] Unlike dangerous offender appeals, there is no curative power on “regular” sentence appeals and 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. On a regular sentence appeal, the appellate court’s role is to determine the legality and fitness of the sentence imposed at trial. 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: *Criminal Code*, s. 687.

(4) Fresh Evidence on Sentence Appeals

[28] On sentence appeals in indictable offences, the court may consider “such evidence, if any, as it thinks fit to require or to receive”: s. 687(1). There is no parallel provision in relation to appeals of dangerous offender designations. However, on those appeals, the court of appeal may admit fresh evidence when it is in the interests of justice to do so: s. 759(7) and s. 683(1).

[29] The Court established in *R. v. Lévesque*, 2000 SCC 47, [2000] 2 S.C.R. 487, that while the

ne devrait intervenir pour modifier la peine infligée au procès que si elle n’est manifestement pas indiquée.

(Voir aussi *R. c. Shropshire*, [1995] 4 R.C.S. 227, par. 45-50; *R. c. McDonnell*, [1997] 1 R.C.S. 948, par. 14-17.)

[26] La Cour, dans *Currie*, a conclu que le contrôle en appel d’une déclaration de délinquant dangereux est un peu plus vigoureux. Toutefois, cela n’exige pas de la cour saisie de l’appel qu’elle pose un regard entièrement neuf sur la déclaration (ou, comme le disent les avocats, qu’elle procède à un examen *de novo*). Elle doit plutôt faire preuve d’une certaine retenue envers les conclusions du juge qui a statué sur la peine : *Currie*, par. 33.

[27] La cour saisie d’un appel « normal » de sentence — par opposition à l’appel interjeté à l’égard d’une déclaration de délinquant dangereux — ne dispose d’aucun pouvoir réparateur, et n’est pas, selon la position prédominante, autorisée à renvoyer l’affaire au juge du procès pour que celui-ci tienne une nouvelle audience de détermination de la peine. Dans un appel normal de sentence, le rôle de la cour d’appel consiste à juger de la légalité et de la justesse de la peine infligée au procès. Si la cour d’appel conclut que son intervention est justifiée, elle inflige une peine juste dans ce qui équivaut à une nouvelle audience de détermination de la peine : *Code criminel*, art. 687.

(4) Nouveaux éléments de preuve lors d’un appel de sentence

[28] Dans les appels de sentences infligées à l’égard de la perpétration d’actes criminels, la cour peut examiner « la preuve, le cas échéant, qu’elle croit utile d’exiger ou de recevoir » : par. 687(1). Il n’existe pas de disposition analogue pour les appels relatifs aux déclarations de délinquant dangereux. Cependant, dans de tels cas, la cour d’appel peut admettre une nouvelle preuve lorsqu’il est dans l’intérêt de la justice de le faire : par. 759(7) et 683(1).

[29] La Cour a établi dans *R. c. Lévesque*, 2000 CSC 47, [2000] 2 R.C.S. 487, que, bien que les

sources and types of new evidence are more flexible in relation to sentence appeals, the well-known “Palmer” test governs admissibility of fresh evidence. That test, as is well known, sets out four criteria concerned with due diligence, relevance, credibility and impact on the result: *Palmer v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 759, at p. 775. Generally, fresh evidence should not be received if it could have been obtained at trial by exercising due diligence, although this criterion is not strictly applied in criminal matters when it would be contrary to the interests of justice to do so. The evidence must be relevant in the sense that it relates to a potentially decisive issue and reasonably worthy of belief. Finally, the evidence, if accepted, must reasonably be expected to have affected the result when considered along with the trial evidence. As Charron J. explained in *R. v. Angelillo*, 2006 SCC 55, [2006] 2 S.C.R. 728, at para. 15:

In accordance with the last three of the *Palmer* criteria, an appellate court can therefore admit evidence only if it is relevant and credible and if it could reasonably be expected to have affected the result had it been adduced at trial together with the other evidence. [Emphasis added.]

[30] Fresh evidence addressing events that have occurred between the time of sentencing and the time of the appeal may raise difficult issues which bring competing values into sharp relief. On one hand, we must recognize, as Doherty J.A. put it in *R. v. Hamilton* (2004), 72 O.R. (3d) 1, at para. 166, that “[a]ppeals take time. Lives go on. Things change. These human realities cannot be ignored when the Court of Appeal is called upon to impose sentences well after the event.” However, we must equally pay attention to the institutional limitations of appellate courts and the important value of finality. Routinely deciding sentence appeals on the basis of after-the-fact developments could both jeopardize the integrity of the criminal process by undermining its finality and surpass the appropriate bounds of

sources et les genres de preuves soient assouplis lorsque l’appel concerne la sentence, l’admissibilité d’une nouvelle preuve est régie par le test bien connu de l’arrêt *Palmer*. Cet arrêt, comme on le sait, énonce quatre critères portant sur la diligence raisonnable, la pertinence, la crédibilité et l’incidence sur le résultat : *Palmer c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 759, p. 775. On ne devrait généralement pas admettre un nouvel élément de preuve qui, avec diligence raisonnable, aurait pu être obtenu en première instance — ce critère n’étant toutefois pas appliqué de manière stricte dans les affaires criminelles lorsqu’il serait contraire à l’intérêt de la justice de le faire. La preuve doit être pertinente, en ce sens qu’elle doit porter sur une question potentiellement décisive et qu’on peut raisonnablement y ajouter foi. Enfin, la preuve doit être telle que, si on l’accepte, on peut raisonnablement penser que, considérée avec les éléments produits en première instance, elle aurait influé sur le résultat. Comme l’a expliqué le juge Charron dans *R. c. Angelillo*, 2006 CSC 55, [2006] 2 R.C.S. 728, par. 15 :

Conformément aux trois derniers critères de l’arrêt *Palmer*, une cour d’appel ne peut donc admettre que des éléments de preuve qui sont pertinents, plausibles et dont on peut raisonnablement penser qu’ils auraient influé sur le résultat s’ils avaient été produits en première instance avec les autres éléments de preuve. [Je souligne.]

[30] L’introduction de nouveaux éléments de preuve portant sur des événements survenus entre le prononcé de la peine et l’appel peut soulever des problèmes complexes mettant clairement en évidence des valeurs opposées. D’une part, nous devons reconnaître, pour reprendre les termes du juge Doherty dans *R. c. Hamilton* (2004), 72 O.R. (3d) 1, par. 166, que [TRADUCTION] « [L]es appels prennent un certain temps. La vie continue. Les choses changent. La Cour d’appel ne peut faire abstraction de ces réalités humaines lorsqu’elle est appelée à infliger une peine bien après le fait. » Cependant, nous devons également tenir compte des limites institutionnelles des cours d’appel et de la valeur importante du caractère définitif des décisions. Trancher régulièrement des appels de sentence sur

appellate review: *Lévesque*, at para. 20; *R. v. Smith* (2005), 376 A.R. 389 (C.A.), at paras. 21-25.

[31] Given the almost infinite variety of circumstances that may arise, it is neither desirable nor possible to formulate any hard and fast, detailed rules about the sorts of after-the-fact evidence that should or should not be considered in all cases. The abundant appellate jurisprudence cannot be reduced to a tidy set of rules, but rather reflects the courts' attempts to balance these at times competing values in light of particular and widely varying sets of circumstances: see, e.g., *R. v. Riley* (1996), 150 N.S.R. (2d) 390 (C.A.); *R. v. Faid* (1984), 52 A.R. 338 (C.A.); *R. v. Jimmie*, 2009 BCCA 215, 270 B.C.A.C. 301; *R. v. Halliday*, 2012 ONCA 351 (CanLII); and generally, C. C. Ruby, G. J. Chan and N. R. Hasan, *Sentencing* (8th ed. 2012), at §§ 4.49 ff.; *R. v. N.A.S.*, 2007 MBCA 97, 220 Man. R. (2d) 43; *R. v. Martin*, 2012 QCCA 2223 (CanLII). At the level of principle, the approach set out in *Lévesque* and *Angelillo* strikes the balance between the competing values and, when applied thoughtfully to the particular circumstances before the court, provides sufficient flexibility to ensure that the appellate process is both responsive to the demands of justice and respectful of the proper limits of appellate review.

[32] With this legal framework in mind, I now return to the issues raised on appeal by Mr. Sipos.

B. Did the Court of Appeal Err by Using Its Curative Powers?

[33] The appellant's basic point is that the Court of Appeal's error was to limit the application of its curative power by asking whether there was a reasonable possibility that the result at the original hearing would have been different but for the legal error. Instead, the appellant submits that the

le fondement d'événements survenus après le fait pourrait à la fois menacer l'intégrité du processus criminel — en compromettant son caractère définitif — et outrepasser les limites appropriées du contrôle en appel : *Lévesque*, par. 20; *R. c. Smith* (2005), 376 A.R. 389 (C.A.), par. 21-25.

[31] Vu la diversité presque infinie des situations susceptibles de survenir, il n'est ni souhaitable ni possible de formuler des règles absolues ou détaillées quant aux types d'éléments de preuve relatifs à des événements survenus après le fait qui devraient ou ne devraient pas être pris en considération dans tous les cas. La jurisprudence abondante des cours d'appel ne saurait être réduite à un ensemble ordonné de règles, mais montre plutôt qu'elles ont essayé de mettre en balance des valeurs parfois opposées à la lumière de circonstances particulières et très variées : voir, p. ex., *R. c. Riley* (1996) 150 N.S.R. (2d) 390 (C.A.); *R. c. Faid* (1984), 52 A.R. 338 (C.A.); *R. c. Jimmie*, 2009 BCCA 215, 270 B.C.A.C. 301; *R. c. Halliday*, 2012 ONCA 351 (CanLII); et, de façon générale, C. C. Ruby, G. J. Chan et N. R. Hasan, *Sentencing* (8^e éd. 2012), §§ 4.49 et suiv.; *R. c. N.A.S.*, 2007 MBCA 97, 220 Man. R. (2d) 43; *R. c. Martin*, 2012 QCCA 2223 (CanLII). Sur le plan des principes, l'approche énoncée dans *Lévesque* et *Angelillo* établit un équilibre entre ces valeurs opposées et, lorsqu'on l'applique judicieusement aux circonstances particulières soumises aux tribunaux, elle est suffisamment souple pour faire en sorte que le processus d'appel réponde aux exigences de la justice tout en respectant les limites auxquelles doit être assujéti le contrôle en appel.

[32] En tenant compte de ce cadre juridique, je reviens maintenant aux questions soulevées par M. Sipos dans le présent pourvoi.

B. La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur dans l'utilisation de ses pouvoirs réparateurs?

[33] L'appelant soutient essentiellement que la Cour d'appel a commis une erreur lorsqu'elle a limité l'application de son pouvoir réparateur en se demandant s'il y avait une possibilité raisonnable que l'audience initiale eût abouti à un résultat différent si l'erreur de droit n'avait pas été commise.

Court of Appeal ought to have followed what he says is the usual practice on sentence appeals of considering what would be a fit sentence at the time of the appeal: A.F., at paras. 16-17. This position, in my respectful view, is fundamentally flawed.

[34] The appellant's submission in my view confuses appellate review for legal error with appellate review for the reasonableness of the designation. Whether the curative power should be exercised is part of appellate review for legal error. The question essentially involves considering what impact, if any, the legal error had on the outcome. In considering that question, fresh evidence generally has little role to play. On the other hand, whether the designation is reasonable is a more searching form of appellate review and fresh evidence that meets the *Palmer* criterion potentially has a greater role to play in that context.

(1) The Curative Power and Fresh Evidence

[35] In dangerous offender appeals, the appellate court may use its curative power to dismiss an appeal even though there was a legal error at first instance. This power may be used only where the legal error was "harmless" in the sense that there is no reasonable possibility that the result would have been different had the error not been made. It follows that a legal error does not necessarily require reconsideration of the sentence. The appellate court must consider whether the error had any impact on the result. But there is a heavy onus on the Crown: it must show that there is no reasonable possibility that the result would have been different had the error not been made.

[36] This exercise is necessarily focused on the record before the sentencing judge because the question concerns what that judge might have done had he or she applied correct legal principles. Of course,

L'appelant fait valoir que la Cour d'appel aurait plutôt dû suivre la pratique — selon lui habituelle en matière d'appels de sentence — consistant à se demander ce qui constituerait une peine juste au moment de l'appel : m.a., par. 16-17. Ce point de vue est, à mon humble avis, fondamentalement vicié.

[34] Selon moi, l'argument de l'appelant confond le contrôle en appel d'une erreur de droit et celui portant sur le caractère raisonnable d'une déclaration de délinquant dangereux. L'examen de la question de savoir si le pouvoir réparateur devrait être exercé fait partie du contrôle en appel d'une erreur de droit. Il faut alors essentiellement se demander quel effet, s'il en est, cette erreur a eu sur l'issue du procès. Les nouveaux éléments de preuve jouent généralement un rôle négligeable à cet égard. Cependant, l'examen du caractère raisonnable de la déclaration de délinquant dangereux constitue une forme plus poussée de contrôle en appel et les nouveaux éléments de preuve qui satisfont à ce critère de l'arrêt *Palmer* peuvent jouer un rôle plus important dans un tel contexte.

(1) Pouvoir réparateur et nouveaux éléments de preuve

[35] La cour d'appel peut utiliser son pouvoir réparateur pour rejeter l'appel interjeté à l'égard d'une déclaration de délinquant dangereux même s'il y a eu une erreur de droit en première instance. Ce pouvoir ne peut être utilisé que si cette erreur était « inoffensive », en ce sens qu'il n'y a aucune possibilité raisonnable que le résultat eût été différent si l'erreur n'avait pas été commise. Une erreur de droit n'exige donc pas nécessairement un réexamen de la sentence. La cour d'appel doit se demander si l'erreur a eu une incidence sur le résultat. Un lourd fardeau incombe toutefois au ministère public, soit celui d'établir qu'il n'y a aucune possibilité raisonnable que le résultat eût été différent si l'erreur n'avait pas été commise.

[36] Cet exercice est nécessairement axé sur le dossier dont était saisi le juge ayant prononcé la sentence, car il s'agit de déterminer ce que celui-ci aurait fait s'il avait appliqué les bons principes

the appellate court must also consider whether the judge's legal error may have resulted in exclusion of evidence that ought to have been admitted or otherwise affected the state of the evidentiary record or the judge's assessment of it: see, e.g., *R. v. Williamson*, 2003 BCCA 673, 191 B.C.A.C. 208; *R. v. Ferguson* (2005), 207 O.A.C. 380; *R. v. B.J.M.*, 2007 ONCA 221 (CanLII). In cases of that nature, fresh evidence meeting the *Palmer* test might be admitted so that the appellate court can properly consider the impact of the error on the outcome. But generally speaking, where proposed new evidence has nothing to do with the possible impact of the legal error on the sentencing judge's decision, it should not be considered in relation to the use of the curative power. This is nothing more than application of the second *Palmer* criterion: that the evidence be relevant in the sense that it bears upon a decisive or potentially decisive issue relating to the sentence. Evidence that is in no way linked to the legal error made by the sentencing judge is not relevant to the question of whether the curative power should be used.

[37] In this respect, I differ from the view of the Court of Appeal. It held that evidence of the offender's current rehabilitative prospects has a role to play in connection with applying the proviso. In my view, absent some connection between the fresh evidence and the sentencing judge's legal error, it does not.

[38] In this case, the fresh evidence has nothing to do with the impact of the legal error made by the sentencing judge. There is no dispute that, on the record before the sentencing judge, the only realistic option was a dangerous offender designation. There is no suggestion that the judge's failure to consider a long-term offender designation in any way affected the evidentiary record before him or that he might have weighed the evidence differently if he had considered the long-term offender option.

juridiques. Bien entendu, la cour d'appel doit également se demander si cette erreur de droit a pu entraîner l'exclusion d'éléments de preuve qui auraient dû être admis, ou pu par ailleurs influencer sur l'état du dossier de preuve ou l'appréciation de celui-ci par le juge : voir, p. ex., *R. c. Williamson*, 2003 BCCA 673, 191 B.C.A.C. 208; *R. c. Ferguson* (2005), 207 O.A.C. 380; *R. c. B.J.M.*, 2007 ONCA 221 (CanLII). Dans de tels cas, les nouveaux éléments de preuve qui satisfont aux critères de l'arrêt *Palmer* pourraient être admis pour que la cour d'appel puisse dûment évaluer l'incidence de l'erreur sur le résultat. Mais, règle générale, les nouveaux éléments de preuve proposés qui n'ont rien à voir avec l'incidence possible de l'erreur de droit sur la décision rendue par le juge chargé de déterminer la peine ne devraient pas être pris en considération en lien avec l'utilisation du pouvoir réparateur. Il s'agit simplement d'une application du deuxième critère de l'arrêt *Palmer* selon lequel la preuve doit être pertinente, en ce sens qu'elle doit porter sur une question décisive ou potentiellement décisive relativement à la peine. Une preuve qui n'est aucunement liée à l'erreur de droit commise par le juge ayant prononcé la peine n'est pas pertinente quant à savoir si le pouvoir réparateur devrait ou non être utilisé.

[37] À cet égard, je ne suis pas d'accord avec la Cour d'appel. Selon elle, la preuve relative aux perspectives actuelles de réadaptation du délinquant a un rôle à jouer en ce qui concerne l'application de la disposition réparatrice. À mon avis, ce n'est pas le cas lorsqu'il n'y a aucun lien entre les nouveaux éléments de preuve et l'erreur de droit.

[38] En l'espèce, les nouveaux éléments de preuve n'ont rien à voir avec l'incidence de l'erreur de droit commise par le juge ayant prononcé la peine. Il n'est pas contesté qu'eu égard au dossier dont disposait celui-ci, la seule option réaliste consistait à déclarer l'appelant délinquant dangereux. Rien ne donne à penser que le fait que le juge n'a pas envisagé la possibilité d'une déclaration portant que l'appelant est un délinquant à contrôler a eu quelque incidence sur le dossier de preuve dont il disposait ou qu'il aurait pu évaluer la preuve différemment s'il avait envisagé cette option.

[39] The appellant's submission amounts to this: every legal error made by the sentencing judge requires the appellate court to direct a new hearing if there is any reasonable possibility that a different sentence would now be imposed. This approach, in my view, has two flaws. First, it loses entirely the correct focus when exercising the curative power. That focus is on the possible impact of the error on the sentencing judge's decision, not on the offender's *current prospects* for control in the community. Second, losing that focus in effect creates a very low threshold for obtaining a new sentencing hearing. This, in my respectful view, turns the legal framework on its head. The appellate court would no longer be assessing the possible impact of the legal error on the result arrived at by the sentencing judge, but would be using the error to trigger a complete assessment of the current appropriateness of the sentencing judge's decision. In short, any legal error, even though it could have had no conceivable impact on the sentencing judge's decision, would require a new hearing unless the same result would almost inevitably be reached now. This approach, if adopted, would convert appellate review for legal error into sentencing by instalment.

[40] The issue for the appellate court is not, as the appellant contends, what the outcome might conceivably be today. Rather, the issue is whether the past decision would have been the same notwithstanding the error: R.F., at para. 51. I respectfully agree with Doherty J.A., writing for the Court of Appeal in this case, that on the appellant's proposed approach,

the claim is not that the appellant was wrongly sentenced to an indefinite period of incarceration because the trial judge made a legal error, but that because the judge made a legal error the appellant should have his status reassessed as of the time of the appeal.

[39] L'argument de l'appelant se résume à ceci : toute erreur de droit commise par le juge chargé de prononcer la peine oblige la cour d'appel à ordonner la tenue d'une nouvelle audience s'il existe une possibilité raisonnable qu'une sentence différente soit maintenant rendue. À mon avis, cette approche comporte deux lacunes. Premièrement, elle perd complètement de vue ce qui doit demeurer l'élément central de l'exercice du pouvoir réparateur, à savoir l'incidence possible de l'erreur sur la décision du juge chargé de déterminer la peine, et non pas les *perspectives actuelles* de contrôle du délinquant au sein de la collectivité. Deuxièmement, en perdant de vue cet élément, on crée dans les faits un critère très peu exigeant pour l'obtention d'une nouvelle audience de détermination de la peine. À mon humble avis, cela modifierait du tout au tout le cadre juridique applicable. La cour d'appel n'évaluerait plus l'incidence possible de l'erreur de droit sur le résultat auquel est arrivé le juge ayant prononcé la peine, mais utiliserait plutôt cette erreur pour déclencher un examen complet de l'opportunité actuelle de la décision rendue par le juge. En bref, toute erreur de droit — même si elle n'avait aucune incidence possible sur la décision rendue — exigerait la tenue d'une nouvelle audience, à moins que le même résultat ne soit presque inévitablement le même aujourd'hui. Adopter une telle approche transformerait le contrôle en appel des erreurs de droit en détermination par étapes de la peine.

[40] La question soumise à la cour d'appel n'est pas, comme le soutient l'appelant, de savoir ce que pourrait être l'issue du procès aujourd'hui. Il s'agit plutôt de déterminer si la décision rendue aurait été la même, n'eût été l'erreur : m.i., par. 51. J'abonde dans le sens du juge Doherty, s'exprimant au nom de la Cour d'appel en l'espèce, lorsqu'il déclare que, suivant l'approche que propose l'appelant,

[TRADUCTION] [celui-ci] ne prétend pas avoir été condamné à tort à une peine de détention pour une période indéterminée en raison d'une erreur de droit commise par le juge du procès, mais soutient plutôt que cette erreur lui donne droit à une réévaluation de son statut au moment de l'appel.

. . . Where an offender's real claim is that he has progressed to the point that his status should be re-assessed, an appeal from the original decision is not the appropriate mechanism by which to achieve that new assessment. [paras. 20 and 23]

C. Should the Dangerous Offender Designation Nonetheless Be Set Aside?

[41] As I have explained, my view is that the Court of Appeal took too expansive a view of the role of fresh evidence in relation to exercising the court's curative power. As I see it, there is no role for the fresh evidence in relation to the curative power in this appeal; the only remaining question is whether the dangerous offender designation should be set aside because it is unreasonable. This, in my respectful view, is the better lens through which to consider whether the Court of Appeal erred in its ultimate conclusion that the appeal should be dismissed. In my view, it did not.

[42] The offender may appeal a dangerous offender designation on the basis that it is unreasonable: *Currie*. There is thus potentially a wider role for fresh evidence in relation to appellate review on this basis than there is when the appellate court is considering whether or not a legal error was harmless. While the new evidence must satisfy the *Palmer* criteria, the appellate court may review the sentence in light of the whole record, including any admissible fresh evidence. However, in the case of review on this basis, the onus is on the offender.

[43] In dangerous offender appeals, the appellate courts are frequently confronted, as we are in this appeal, with evidence about the offender's rehabilitation efforts and prospects long after the initial sentencing. While the *Lévesque/Angelillo* test sets out the applicable legal framework for admitting this sort of evidence, appellate courts generally take a very cautious approach to intervening solely on the

. . . Lorsque la prétention véritable du délinquant est qu'il s'est amélioré au point d'avoir droit à une réévaluation de son statut, un appel de la décision initiale ne constitue pas le mécanisme auquel celui-ci doit recourir pour obtenir cette nouvelle évaluation. [par. 20 et 23]

C. La déclaration de délinquant dangereux devrait elle néanmoins être annulée?

[41] Comme je l'ai expliqué, la Cour d'appel a interprété trop largement le rôle joué par les nouveaux éléments de preuve en ce qui concerne l'exercice de son pouvoir réparateur. À mon avis, les nouveaux éléments de preuve n'ont aucun rôle à jouer à cet égard en l'espèce. Il ne reste alors qu'à déterminer si la déclaration de délinquant dangereux devrait être annulée parce qu'elle serait déraisonnable. C'est sous cet angle, à mon avis, qu'il convient de se demander si la Cour d'appel a commis une erreur dans sa conclusion finale selon laquelle l'appel devait être rejeté. À mon avis, elle n'a pas commis d'erreur.

[42] Le délinquant peut interjeter appel d'une déclaration portant qu'il est un délinquant dangereux au motif que cette décision est déraisonnable : *Currie*. Les nouveaux éléments de preuve ont donc peut être un rôle plus important à jouer lorsque la cour d'appel effectue un contrôle sur ce fondement que lorsqu'elle est appelée à se demander si une erreur de droit est ou non inoffensive. Bien que les nouveaux éléments de preuve doivent satisfaire aux critères de l'arrêt *Palmer*, la cour d'appel peut examiner la peine au regard de l'ensemble du dossier, notamment de tout nouvel élément de preuve admissible. Le fardeau de la preuve incombe toutefois au délinquant lors d'un contrôle effectué sur ce fondement.

[43] Dans un appel interjeté à l'égard d'une déclaration de délinquant dangereux, la cour d'appel est souvent saisie longtemps après le prononcé de la sentence initiale — comme nous le sommes en l'espèce — d'éléments de preuve relatifs aux efforts et aux perspectives de réadaptation du délinquant. Bien que le test des arrêts *Lévesque* et *Angelillo* établisse le cadre juridique applicable à l'admission

basis of evidence of this nature: see, e.g., *R. v. T.L.*, 2008 ONCA 766 (CanLII); *R. v. Mason* (2001), 147 O.A.C. 388; *Halliday*; *R. v. Henry*, 2002 BCCA 575, 174 B.C.A.C. 238; *Jimmie*. Appellate courts have also recognized that in a proper case, in which the evidence is sufficiently compelling, they may intervene on the basis of after-the-fact evidence: see, e.g., *Halliday*, at para. 17; *R. v. Armistead*, 2003 BCCA 699, 192 B.C.A.C. 227. However, evidence about the offender's post-sentencing rehabilitative efforts and prospects will only exceptionally meet the *Lévesque/Angelillo* test. Those developments are generally speaking matters for the correctional authorities to consider in the course of administering the offender's indeterminate sentence.

[44] While fresh evidence has a potentially larger role to play in this context, the focus is still to a degree retrospective. The focus is on the impact of the new evidence on the sentencing proceeding, viewed in the context of the whole record.

[45] Mr. Sipos highlights that the thrust of the sentencing judge's reasons was that "[the latter] was unpersuaded on the record before him that [he] would ever be a suitable candidate for release even if a very long determinate sentence were imposed": A.F., at para. 38 (emphasis in original). Mr. Sipos refers to the sentencing judge's conclusion that there was "no hard evidence . . . supporting the probability of a cure" during any determinate sentence that could be imposed: *ibid.*, citing the sentencing judge's reasons, at para. 200. The sentencing judge based this conclusion on the findings that the appellant refused drug therapy and that any positive comments on rehabilitation prospects were "islands of optimism in a sea of pathology": sentencing judge's reasons, at para. 201. Mr. Sipos submits that the new evidence from Dr. McMaster shows that the

de ce type d'éléments de preuve, les cours d'appel adoptent généralement une approche très prudente lorsqu'elles sont appelées à intervenir sur le seul fondement d'éléments de preuve de cette nature : voir, p. ex., *R. c. T.L.*, 2008 ONCA 766 (CanLII); *R. c. Mason* (2001), 147 O.A.C. 388; *Halliday*; *R. c. Henry*, 2002 BCCA 575, 174 B.C.A.C. 238; *Jimmie*. Les cours d'appel ont également reconnu que, dans certains cas où la preuve est suffisamment convaincante, elles peuvent intervenir sur le fondement d'éléments de preuve relatifs à des événements survenus après le fait : voir, p. ex., *Halliday*, par. 17; *R. c. Armistead*, 2003 BCCA 699, 192 B.C.A.C. 227. Toutefois, les éléments de preuve relatifs aux efforts et aux perspectives de réadaptation du délinquant après le prononcé de la sentence ne satisferont au critère des arrêts *Lévesque* et *Angelillo* que dans des cas exceptionnels. Ces faits nouveaux relèvent en général des autorités correctionnelles dans l'administration de la peine d'emprisonnement d'une durée indéterminée infligée au délinquant.

[44] Bien que les nouveaux éléments de preuve puissent avoir un rôle plus important à jouer dans ce contexte, l'examen demeure dans une certaine mesure rétrospectif. L'accent est mis sur l'incidence de la nouvelle preuve sur la procédure de détermination de la peine, eu égard à l'ensemble du dossier.

[45] M. Sipos souligne que, selon ce qui ressort essentiellement des motifs du juge chargé de déterminer la peine, celui-ci [TRADUCTION] « n'était pas convaincu, au vu du dossier soumis, qu'[il] serait un jour apte à être remis en liberté, même si une très longue peine de détention d'une durée déterminée lui était infligée » : m.a., par. 38 (souligné dans l'original). Il reprend la conclusion du juge selon laquelle il n'y avait « aucune preuve tangible [. . .] étayant la probabilité d'une guérison » pendant la durée d'une peine d'incarcération pour une période déterminée : *ibid.*, citant les motifs du juge ayant statué sur la peine, par. 200. Le juge s'est appuyé à cet égard sur la conclusion selon laquelle l'appellant avait refusé la pharmacothérapie et sur celle portant que les commentaires positifs quant à ses perspectives de réadaptation n'étaient que des « îlots

assessment at the time of the original sentencing hearing was unduly pessimistic.

[46] As the appellant's case rests on Dr. McMaster's report, it is useful to summarize its key elements and conclusions. Dr. McMaster produced a comprehensive report in 2010 assessing Mr. Sipos' psychiatric status. He was asked "whether Mr. Sipos present[ed] with a substantial risk of re-offence [as of 2010] and if there [was] a reasonable possibility of eventual control of that risk in the community". Dr. McMaster concluded that Mr. Sipos "continue[d] to meet the standard for being found a dangerous offender (D.O.)".

[47] Dr. McMaster noted that some factors, which he reviewed in detail, suggested that Mr. Sipos was "now suitable for gradual release and reintegration into the community". These factors included "his increased age, his successful treatment at sex offender and other groups, [his] successful treatment with sex drive reducing medication, and his plans which will assist him in adjusting to living in the community". Dr. McMaster noted, however, that it was "unclear" whether Mr. Sipos' success in sex offender groups and lower risk would result in no recidivism in the "real world practical sense" and that any reintegration into the community should be undertaken in a "slow and step-wise fashion" using "extremely close monitoring and structure". He concluded that from a psychiatric perspective he would not consider Mr. Sipos to be an assumable risk for the community until approximately the age of 60 with a further period of 10 years under a long-term supervision order "for safe measure". In other words, Dr. McMaster thought there was a reasonable possibility of eventual control of the risk in the community if Mr. Sipos were released from incarceration in about 2016 and was subject to the maximum 10-year long-term supervision order. This opinion was subject to many qualifications in relation to such matters as whether Mr. Sipos' advancing age would in fact reduce the risk;

d'optimisme dans un océan de comportements pathologiques » : motifs du juge ayant statué sur la peine, par. 201. Or, selon M. Sipos, les nouveaux éléments de preuve produits par le D^r McMaster illustrent que l'évaluation effectuée au moment de l'audience initiale de détermination de la peine était indûment pessimiste.

[46] Comme la thèse de l'appelant repose sur le rapport du D^r McMaster, il convient d'en résumer les éléments et les conclusions clés. En 2010, le D^r McMaster a produit un rapport exhaustif sur l'état psychiatrique de M. Sipos. On lui a demandé [TRADUCTION] « si M. Sipos présent[ait] un risque élevé de récidive [en 2010] et s'il y a[vait] une possibilité raisonnable que ce risque puisse être maîtrisé au sein de la collectivité ». Le D^r McMaster a conclu que M. Sipos « satisfai[sait] toujours à la norme applicable pour être déclaré délinquant dangereux (D.D.) ».

[47] Le D^r McMaster a souligné que selon certains facteurs, qu'il avait examinés en détail, M. Sipos [TRADUCTION] « était maintenant apte à être progressivement remis en liberté et réinséré dans la collectivité ». Ces facteurs comprenaient « son âge plus avancé, le succès de son traitement dans les groupes de délinquants sexuels et autres, le succès de son traitement à l'aide de médicaments destinés à réduire la pulsion sexuelle, et ses plans en vue de faciliter son adaptation à la vie dans la collectivité ». Le D^r McMaster a toutefois souligné qu'il n'était « pas clair » que la réussite de M. Sipos dans les groupes de délinquants sexuels et la diminution du risque qu'il posait se traduiraient « concrètement » par une absence de récidive, et qu'une réinsertion dans la collectivité devait donc se faire « lentement et progressivement » par la mise en place « d'une surveillance serrée et d'une structure étroitement coordonnée ». D'un point de vue psychiatrique, M. Sipos ne présenterait pas, selon lui, un risque maîtrisable au sein de la collectivité avant d'avoir atteint approximativement l'âge de 60 ans et d'avoir été assujéti — « par mesure de précaution » — à une période de surveillance de longue durée de 10 ans. Autrement dit, le D^r McMaster était d'avis qu'il y avait une possibilité raisonnable de contrôle du risque au sein de la collectivité si M. Sipos était remis en liberté vers 2016 et était assujéti à

whether he would continue to take medication reducing his sex drive; whether his motivation to engage in treatment would be decreased if he were released into the community and whether adequate supervision was available in a community setting.

[48] This evidence shows that Mr. Sipos has made commendable progress in recent years, progress that was not foreseen at the time of his sentencing in 1998. However, Dr. McMaster's report, viewed in light of the full record before the sentencing judge, falls considerably short of showing that the dangerous offender designation was unreasonable. I agree with Doherty J.A. that, placing ourselves in the position of the sentencing judge with the added information from Dr. McMaster's assessment, there is no reasonable possibility that the result would have been different. It follows that there is also insufficient evidence to show that the sentencing judge's decision, even had he had the benefit of Dr. McMaster's report, was unreasonable. As Doherty J.A. put it:

I do not think that Dr. McMaster's risk assessment casts any doubt on the trial judge's assessment that as of 1998, an indeterminate sentence was the appropriate sentence. Despite the positive treatment developments, Dr. McMaster still viewed the appellant's potential release into the community as about six years distant. We now know, with the benefit of hindsight, and accepting Dr. McMaster's opinion, that on a "best case" scenario, the appellant's potential for release into the community was at least some 18 years away in 1998. [Emphasis added; para. 34.]

[49] Nor am I persuaded that this evidence places the appeal in that exceptional category in which the evidence is sufficiently compelling that it demands appellate intervention.

l'ordonnance maximale de surveillance de longue durée de 10 ans. Cette opinion comportait de nombreuses réserves en ce qui a trait notamment aux questions de savoir si le vieillissement de M. Sipos réduirait effectivement le risque, s'il continuerait de prendre ses médicaments destinés à réduire sa pulsion sexuelle, si sa motivation à suivre un traitement diminuerait en cas de remise en liberté dans la collectivité et s'il était possible d'assurer une supervision adéquate dans la collectivité.

[48] Cette preuve montre que M. Sipos a fait des progrès louables au cours des dernières années, progrès qui n'avaient pas été prévus au moment de la détermination de sa peine en 1998. Cependant, examiné à la lumière de l'ensemble du dossier dont disposait le juge chargé de déterminer la peine, le rapport du D^r McMaster est loin d'établir que la déclaration de délinquant dangereux était déraisonnable. Je conviens avec le juge Doherty de la Cour d'appel qu'il n'y a aucune possibilité raisonnable que le résultat eût été différent si le juge chargé de prononcer la peine avait été saisi de ce complément d'information. La preuve est donc également insuffisante pour établir que la décision rendue par le juge ayant prononcé la peine était déraisonnable, même si celui-ci avait pu prendre connaissance du rapport du D^r McMaster. Comme le souligne le juge Doherty :

[TRADUCTION] Je ne crois pas que l'évaluation du risque menée par le D^r McMaster permette de douter de la conclusion du juge de première instance selon laquelle une peine d'incarcération d'une durée indéterminée constituait la sentence appropriée en 1998. Malgré l'évolution positive du traitement, le D^r McMaster considérait néanmoins que l'appelant ne devrait pas pouvoir être libéré dans la collectivité avant environ six ans. Nous savons maintenant, avec le recul, et si l'on accepte l'opinion du D^r McMaster que, dans le « meilleur des cas », l'appelant devait, en 1998, passer au moins 18 ans en détention avant de pouvoir potentiellement être libéré dans la collectivité. [Je souligne; par. 34.]

[49] Je ne suis pas convaincu non plus que l'appel fait partie des cas exceptionnels où les nouveaux éléments de preuve sont suffisamment convaincants pour justifier une intervention.

[50] My view is that the Court of Appeal was correct to uphold the dangerous offender designation in this case.

IV. Disposition

[51] I would dismiss the appeal.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellant: Dawe & Dineen, Toronto.

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

Solicitors for the intervener: Ruby Shiller Chan Hasan, Toronto.

[50] À mon avis, la Cour d'appel a eu raison de confirmer en l'espèce la déclaration de délinquant dangereux.

IV. Dispositif

[51] Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Pourvoi rejeté.

Procureurs de l'appelant : Dawe & Dineen, Toronto.

Procureur de l'intimée : Procureur général de l'Ontario, Toronto.

Procureurs de l'intervenante : Ruby Shiller Chan Hasan, Toronto.

**Andrew Keewatin Jr. and
Joseph William Fobister, on their own
behalf and on behalf of all other
members of the Grassy Narrows
First Nation** *Appellants*

v.

**Minister of Natural Resources,
Resolute FP Canada Inc. (formerly Abitibi-
Consolidated Inc.), Attorney General of
Canada and Goldcorp Inc.** *Respondents*

- and -

**Leslie Cameron, on his own behalf and
on behalf of all other members of the
Wabauskang First Nation** *Appellant*

v.

**Minister of Natural Resources,
Resolute FP Canada Inc. (formerly Abitibi-
Consolidated Inc.), Attorney General of
Canada and Goldcorp Inc.** *Respondents*

and

**Attorney General of Manitoba,
Attorney General of British Columbia,
Attorney General for Saskatchewan,
Attorney General of Alberta,
Grand Council of Treaty # 3, Blood Tribe,
Beaver Lake Cree Nation, Ermineskin Cree
Nation, Siksika Nation, Whitefish Lake
First Nation # 128, Fort McKay
First Nation, Te'mexw Treaty Association,
Ochiichagwe'Babigo'Ining First Nation,
Ojibways of Onigaming First Nation,
Big Grassy First Nation, Naotkamegwanning
First Nation, Métis Nation of Ontario,
Cowichan Tribes, represented by
Chief William Charles Seymour, on his
own behalf and on behalf of the members
of the Cowichan Tribes, Lac Seul**

**Andrew Keewatin Jr. et
Joseph William Fobister, en leur propre
nom et au nom de tous les autres
membres de la Première Nation de
Grassy Narrows** *Appelants*

c.

**Ministre des Ressources naturelles,
PF Résolu Canada Inc. (anciennement
Abitibi-Consolidated Inc.), procureur général
du Canada et Goldcorp Inc.** *Intimés*

- et -

**Leslie Cameron, en son propre nom et
au nom de tous les autres membres de la
Première Nation de Wabauskang** *Appellant*

c.

**Ministre des Ressources naturelles,
PF Résolu Canada Inc. (anciennement
Abitibi-Consolidated Inc.), procureur général
du Canada et Goldcorp Inc.** *Intimés*

et

**Procureur général du Manitoba,
procureur général de la Colombie-Britannique,
procureur général de la Saskatchewan,
procureur général de l'Alberta,
Grand Conseil du Traité n° 3, Tribu des Blood,
Nation crie de Beaver Lake, Nation crie
d'Ermineskin, Nation Siksika, Première Nation
du lac Whitefish n° 128, Première Nation
de Fort McKay, Association du
traité des Te'mexw, Première Nation
Ochiichagwe'Babigo'Ining, Première Nation
des Ojibways d'Onigaming, Première Nation
de Big Grassy, Première Nation de
Naotkamegwanning, Métis Nation of Ontario,
Tribus Cowichan, représentées par le
chef William Charles Seymour, en son propre
nom et au nom des membres des Tribus**

**First Nation, Sandy Lake First Nation
and Assembly of First Nations/National
Indian Brotherhood** *Interveniers*

**INDEXED AS: GRASSY NARROWS FIRST NATION v.
ONTARIO (NATURAL RESOURCES)**

2014 SCC 48

File No.: 35379.

2014: May 15; 2014: July 11.

Present: McLachlin C.J. and LeBel, Abella, Rothstein,
Cromwell, Moldaver and Wagner JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ONTARIO

Aboriginal law — Treaty rights — Harvesting rights — Interpretation of taking-up clause — Certain lands subject to treaty annexed to Ontario after signature of treaty between Ojibway and Canada — Whether province has authority to take up tracts of that land so as to limit harvesting rights under treaty or whether it requires federal approval to do so — Constitution Act, 1867, ss. 91(24), 92(5), 92A, 109 — Constitution Act, 1982, s. 35 — Treaty No. 3.

In 1873, Treaty 3 was signed by treaty commissioners acting on behalf of the Dominion of Canada and Ojibway Chiefs from what is now Northwestern Ontario and Eastern Manitoba. The Ojibway yielded ownership of their territory, except for certain lands reserved to them. Among other things, they received in return the right to harvest the non-reserve lands surrendered by them until such time as they were “taken up” for settlement, mining, lumbering, or other purposes by the Government of the Dominion of Canada. At the time that Treaty 3 was signed, a portion of land known as the Keewatin area was under the exclusive control of Canada. It was annexed to Ontario in 1912 and since that time, Ontario has issued licences for the development of those lands.

In 2005, the Grassy Narrows First Nation, descendants of the Ojibway signatories of Treaty 3, commenced an action challenging a forestry licence issued by Ontario to a large pulp and paper manufacturer and which authorized clear-cut forestry operations within the Keewatin area.

**Cowichan, Première Nation du lac Seul,
Première Nation du lac Sandy et Assemblée
des Premières Nations/Fraternité des Indiens
du Canada** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : PREMIÈRE NATION DE GRASSY
NARROWS c. ONTARIO (RESSOURCES NATURELLES)**

2014 CSC 48

N° du greffe : 35379.

2014 : 15 mai; 2014 : 11 juillet.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges LeBel,
Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver et Wagner.

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

Droit des Autochtones — Droits issus de traités — Droits de récolte — Interprétation d'une clause de prise des terres — Annexion à l'Ontario de certaines terres visées par un traité signé par les Ojibways et le Canada — La province a-t-elle le pouvoir de prendre des étendues de terres et de restreindre ainsi l'exercice des droits de récolte conférés par le traité ou doit-elle obtenir au préalable l'approbation du gouvernement fédéral? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(24), 92(5), 92A, 109 — Loi constitutionnelle de 1982, art. 35 — Traité n° 3.

En 1873, le Traité n° 3 a été signé par les commissaires chargés de sa négociation au nom du Dominion du Canada, et par les chefs ojibways de ce qui correspond aujourd'hui au nord-ouest ontarien et à l'est manitobain. Les Ojibways ont cédé la propriété de leur territoire, à l'exception d'une partie qui leur a été réservée. En contrepartie, ils ont notamment obtenu un droit de récolte sur les terres cédées situées à l'extérieur de leur réserve jusqu'à ce que ces terres soient « prises » par le gouvernement du Dominion du Canada à des fins de colonisation, d'exploitation minière, d'exploitation forestière ou autres. Au moment de la signature du traité, le Canada avait le contrôle exclusif d'une partie des terres de la région dite de Keewatin, laquelle a été annexée à l'Ontario en 1912, de sorte que la province a délivré par la suite des permis de mise en valeur des terres en cause.

En 2005, la Première Nation de Grassy Narrows, dont les membres sont les descendants des Ojibways signataires du Traité n° 3, a intenté une action pour contester un permis d'exploitation forestière délivré par l'Ontario à une grande entreprise de pâtes et papiers autorisant la coupe à blanc dans la région de Keewatin.

The trial judge held that Ontario could not take up lands within the Keewatin area so as to limit treaty harvesting rights without first obtaining Canada's approval. According to her, the taking-up clause in the treaty imposed a two-step process involving federal approval for the taking up of Treaty 3 lands added to Ontario in 1912.

The Ontario Court of Appeal allowed the appeals brought before it. That court held that s. 109 of the *Constitution Act, 1867* gives Ontario beneficial ownership of Crown lands within Ontario. That provision, combined with provincial jurisdiction over the management and sale of provincial public lands and the exclusive provincial power to make laws in relation to natural resources, gives Ontario exclusive legislative authority to manage and sell lands within the Keewatin area in accordance with Treaty 3 and s. 35 of the *Constitution Act, 1982*.

Held: The appeal should be dismissed.

The central question on this appeal is whether Ontario has the power to take up lands in the Keewatin area under Treaty 3 so as to limit the harvesting rights under the treaty, or whether this is subject to Canada's approval.

Ontario and only Ontario has the power to take up lands under Treaty 3. This is confirmed by constitutional provisions, the interpretation of the treaty, and legislation dealing with Treaty 3 lands.

First, although Treaty 3 was negotiated by the federal government, it is an agreement between the Ojibway and the Crown. Both levels of government are responsible for fulfilling the treaty promises when acting within the division of powers under the Constitution. Sections 109, 92(5) and 92A of the *Constitution Act, 1867* establish conclusively that Ontario holds the beneficial interest in the Keewatin lands and has exclusive power to manage and sell those lands as well as to make laws in relation to the resources on or under those lands. Together, these provisions give Ontario the power to take up lands in the Keewatin area under Treaty 3 for provincially regulated purposes such as forestry. Further; s. 91(24) of that same Act does not give Canada the authority to take up provincial land for exclusively provincial purposes.

La juge de première instance a statué que l'Ontario ne pouvait prendre des terres de la région de Keewatin et restreindre ainsi les droits de récolte des Ojibways sans obtenir au préalable l'approbation du Canada. À son avis, la clause du traité sur la prise des terres imposait un processus en deux étapes qui supposait l'approbation préalable du gouvernement fédéral de toute prise des terres intégrées à l'Ontario en 1912.

La Cour d'appel de l'Ontario a fait droit aux appels dont elle a été saisie. Elle a statué que l'art. 109 de la *Loi constitutionnelle de 1867* confère à l'Ontario la propriété effective des terres publiques situées dans la province. De pair avec la compétence de la province pour l'administration et la vente des terres publiques et sa compétence exclusive pour légiférer dans le domaine des ressources naturelles, cette disposition confère à la seule province de l'Ontario le pouvoir législatif d'administrer et de vendre des terres de la région de Keewatin conformément au Traité n° 3 et à l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

La question que soulève essentiellement le pourvoi est celle de savoir si l'Ontario a le pouvoir de prendre des terres de la région de Keewatin en application du Traité n° 3 et restreindre ainsi l'exercice des droits de récolte conférés par le traité, ou si elle doit obtenir au préalable l'approbation du gouvernement du Canada.

L'Ontario, et seulement cette province, a le pouvoir de prendre des terres visées par le Traité n° 3, ce que confirment les dispositions d'ordre constitutionnel, l'interprétation du traité et les lois portant sur les terres visées par le traité.

Premièrement, même si le traité a été négocié par le gouvernement fédéral, il s'agit d'un accord entre les Ojibways et la Couronne. Le respect des promesses contenues dans le traité incombe aux deux ordres de gouvernement en conformité avec le partage des pouvoirs opéré par la Constitution. Les articles 109 et 92A, ainsi que le par. 92(5) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, établissent sans l'ombre d'un doute que l'Ontario détient la propriété effective des terres de la région de Keewatin et qu'elle possède une compétence exclusive pour administrer et vendre ces terres, de même que pour légiférer sur les ressources qui s'y trouvent. Considérées ensemble, ces dispositions confèrent à l'Ontario le pouvoir de prendre des terres de la région de Keewatin en application du Traité n° 3 à des fins assujetties au pouvoir de réglementation provincial, telle la foresterie. En outre, le par. 91(24) de la même loi n'investit pas le Canada du pouvoir de prendre des terres provinciales à des fins exclusivement provinciales.

Second, nothing in the text or history of the negotiation of Treaty 3 suggests that a two-step process requiring federal supervision or approval was intended. The text of the taking-up clause supports the view that the right to take up land rests with the level of government that has jurisdiction under the Constitution. The reference in the treaty to Canada merely reflects the fact that the lands at the time were in Canada, not Ontario.

Lastly, legislation subsequent to the signature of the treaty and which dealt with Treaty 3 lands confirmed Ontario's right to take up that land by virtue of its control and beneficial ownership of the territory. It did not amend the terms of Treaty 3.

Ontario's power to take up lands under Treaty 3 is not unconditional. When a government — be it the federal or a provincial government — exercises Crown power, the exercise of that power is burdened by the Crown obligations toward the Aboriginal people in question. Here, Ontario must exercise its powers in conformity with the honour of the Crown, and the exercise of those powers is subject to the fiduciary duties that lie on the Crown in dealing with Aboriginal interests. For Treaty 3 land to be taken up, the harvesting rights of the Ojibway over the land must be respected. Any taking up of land in the Keewatin area for forestry or other purposes must meet the conditions set out by this Court in *Mikisew Cree First Nation v. Canada (Minister of Canadian Heritage)*, 2005 SCC 69, [2005] 3 S.C.R. 388. If the taking up leaves the Ojibway with no meaningful right to hunt, fish or trap in relation to the territories over which they traditionally hunted, fished, and trapped, a potential action for treaty infringement will arise.

Cases Cited

Referred to: *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, 2004 SCC 73, [2004] 3 S.C.R. 511; *R. v. Horseman*, [1990] 1 S.C.R. 901; *St. Catherine's Milling and Lumber Co. v. The Queen* (1888), 14 App. Cas. 46; *Dominion of Canada v. Province of Ontario*, [1910] A.C. 637; *Smith v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 554; *Mikisew Cree First Nation v. Canada (Minister of Canadian Heritage)*, 2005 SCC 69, [2005] 3 S.C.R. 388; *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010; *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075; *R. v. Badger*, [1996] 1 S.C.R. 771; *Tsilhqot'in Nation v. British Columbia*, 2014 SCC 44, [2014] 2 S.C.R. 256.

Deuxièmement, ni le libellé du Traité n° 3 ni l'histoire de sa négociation ne permettent de conclure à la volonté des parties d'établir un processus en deux étapes exigeant la surveillance du fédéral ou son approbation. Le libellé de la clause de prise des terres confirme que le droit de prendre des terres appartient au palier de gouvernement dont la Constitution reconnaît la compétence. La seule mention du Canada dans le traité s'explique par le fait que les terres se trouvaient alors au Canada, et non en Ontario.

Enfin, les dispositions législatives adoptées après la signature du traité et portant sur les terres visées par celui-ci confirment le droit de l'Ontario de prendre les terres du fait de sa possession et de sa propriété effective du territoire. Elles n'ont pas modifié les conditions du Traité n° 3.

Le pouvoir de l'Ontario de prendre des terres visées par le Traité n° 3 n'est pas inconditionnel. Le gouvernement qui exerce un pouvoir de la Couronne — qu'il s'agisse du gouvernement fédéral ou d'un gouvernement provincial — est assujéti aux obligations de la Couronne envers le peuple autochtone concerné. En l'espèce, l'Ontario doit exercer ses pouvoirs conformément à l'honneur de la Couronne et elle est assujéti, dans cet exercice, aux obligations fiduciaires de Sa Majesté à l'égard des intérêts autochtones. Toute prise de terres visées par le Traité n° 3 et situées dans la région de Keewatin doit respecter les droits de récolte des Ojibways sur ces terres. Lorsqu'elle se produit à des fins d'exploitation forestière ou autre, elle doit respecter les conditions énoncées par notre Cour dans l'arrêt *Première nation crie Mikisew c. Canada (Ministre du Patrimoine canadien)*, 2005 CSC 69, [2005] 3 R.C.S. 388. Lorsque la prise de terres a pour effet de dépouiller les Ojibways de tout droit réel de chasse, de pêche ou de piégeage sur leurs territoires traditionnels de pêche, de chasse et de piégeage, une action en violation du traité pourra être intentée.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, 2004 CSC 73, [2004] 3 R.C.S. 511; *R. c. Horseman*, [1990] 1 R.C.S. 901; *St. Catherine's Milling and Lumber Co. c. The Queen* (1888), 14 App. Cas. 46; *Dominion of Canada c. Province of Ontario*, [1910] A.C. 637; *Smith c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 554; *Première nation crie Mikisew c. Canada (Ministre du Patrimoine canadien)*, 2005 CSC 69, [2005] 3 R.C.S. 388; *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010; *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075; *R. c. Badger*, [1996] 1 R.C.S. 771; *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, 2014 CSC 44, [2014] 2 R.C.S. 256.

Statutes and Regulations Cited

Act for the settlement of certain questions between the Governments of Canada and Ontario respecting Indian Lands (1891) (U.K.), 54 & 55 Vict., c. 5, Sch., s. 1.
Act for the settlement of questions between the Governments of Canada and Ontario respecting Indian Lands (1891) (Ont.), 54 Vict., c. 3, Sch., s. 1.
Constitution Act, 1867, ss. 91(24), 92A, 92(5), 109.
Constitution Act, 1982, s. 35.
Ontario Boundaries Extension Act, S.C. 1912, c. 40, s. 2.

Treaties and Other International Instruments

Treaty No. 3 (1873).

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Sharpe, Gillese and Juriansz JJ.A.), 2013 ONCA 158, 114 O.R. (3d) 401, 304 O.A.C. 250, [2013] 3 C.N.L.R. 281, [2013] O.J. No. 1138 (QL), 2013 CarswellOnt 2910, setting aside a decision of Sanderson J., 2011 ONSC 4801, [2012] 1 C.N.L.R. 13, [2011] O.J. No. 3907 (QL), 2011 CarswellOnt 8900. Appeal dismissed.

Robert J. M. Janes and Elin R. Sigurdson, for the appellants Andrew Keewatin Jr. and Joseph William Fobister, on their own behalf and on behalf of all other members of the Grassy Narrows First Nation.

Bruce McIvor and Kathryn Buttery, for the appellant Leslie Cameron, on his own behalf and on behalf of all other members of the Wabauskang First Nation.

Michael R. Stephenson, Mark Crow and Christine Perruzza, for the respondent the Minister of Natural Resources.

Christopher J. Matthews, for the respondent Resolute FP Canada Inc. (formerly Abitibi-Consolidated Inc.).

Mark R. Kindrachuk, Q.C., and *Mitchell R. Taylor, Q.C.*, for the respondent the Attorney General of Canada.

Lois et règlements cités

Act for the settlement of questions between the Governments of Canada and Ontario respecting Indian Lands (1891) (Ont.), 54 Vict., ch. 3, ann., art. 1.
Acte pour régler certaines questions pendantes entre les gouvernements du Canada et d'Ontario relativement à certaines terres des Sauvages (1891) (R.-U.), 54 & 55 Vict., ch. 5, ann., art. 1.
Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(24), 92A, 92(5), 109.
Loi constitutionnelle de 1982, art. 35.
Loi de l'extension des frontières de l'Ontario, S.C. 1912, ch. 40, art. 2.

Traités et autres instruments internationaux

Traité n° 3 (1873).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Sharpe, Gillese et Juriansz), 2013 ONCA 158, 114 O.R. (3d) 401, 304 O.A.C. 250, [2013] 3 C.N.L.R. 281, [2013] O.J. No. 1138 (QL), 2013 CarswellOnt 2910, qui a infirmé une décision de la juge Sanderson, 2011 ONSC 4801, [2012] 1 C.N.L.R. 13, [2011] O.J. No. 3907 (QL), 2011 CarswellOnt 8900. Pourvoi rejeté.

Robert J. M. Janes et Elin R. Sigurdson, pour les appelants Andrew Keewatin Jr. et Joseph William Fobister, en leur propre nom et au nom de tous les autres membres de la Première Nation de Grassy Narrows.

Bruce McIvor et Kathryn Buttery, pour l'appelant Leslie Cameron, en son propre nom et au nom de tous les autres membres de la Première Nation de Wabauskang.

Michael R. Stephenson, Mark Crow et Christine Perruzza, pour l'intimé le ministre des Ressources naturelles.

Christopher J. Matthews, pour l'intimée PF Résolu Canada Inc. (anciennement Abitibi-Consolidated Inc.).

Mark R. Kindrachuk, c.r., et *Mitchell R. Taylor, c.r.*, pour l'intimé le procureur général du Canada.

Thomas F. Isaac, William J. Burden, Linda I. Knol and Brian P. Dominique, for the respondent Goldcorp Inc.

Heather Leonoff, Q.C., for the intervener the Attorney General of Manitoba.

Paul E. Yearwood, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

Richard James Fyfe and Macrina Badger, for the intervener the Attorney General for Saskatchewan.

Douglas B. Titosky, for the intervener the Attorney General of Alberta.

Zachary Davis, Peter W. Hutchins and Jessica Labranche, for the intervener the Grand Council of Treaty # 3.

Meaghan M. Conroy and Abram B. Averbach, for the interveners the Blood Tribe, the Beaver Lake Cree Nation, the Ermineskin Cree Nation, the Siksika Nation and the Whitefish Lake First Nation # 128.

Written submissions only by *Karin Buss and Kirk Lambrecht, Q.C.*, for the intervener the Fort McKay First Nation.

Karey Brooks, for the intervener the Te'mexw Treaty Association.

Donald R. Colborne, for the interveners the Ochiichagwe'Babigo'Ining First Nation, the Ojibways of Onigaming First Nation, the Big Grassy First Nation and the Naotkamegwanning First Nation.

Jason Madden and Nuri G. Frame, for the intervener the Métis Nation of Ontario.

David M. Robbins, Dominique Nouvet and Heather Mahony, for the intervener the Cowichan Tribes, represented by Chief William Charles Seymour, on his own behalf and on behalf of the members of the Cowichan Tribes.

Thomas F. Isaac, William J. Burden, Linda I. Knol et Brian P. Dominique, pour l'intimée Goldcorp Inc.

Heather Leonoff, c.r., pour l'intervenant le procureur général du Manitoba.

Paul E. Yearwood, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Richard James Fyfe et Macrina Badger, pour l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

Douglas B. Titosky, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

Zachary Davis, Peter W. Hutchins et Jessica Labranche, pour l'intervenant le Grand Conseil du Traité n° 3.

Meaghan M. Conroy et Abram B. Averbach, pour les intervenantes la Tribu des Blood, la Nation crie de Beaver Lake, la Nation crie d'Ermineskin, la Nation Siksika et la Première Nation du lac Whitefish n° 128.

Argumentation écrite seulement par *Karin Buss et Kirk Lambrecht, c.r.*, pour l'intervenante la Première Nation de Fort McKay.

Karey Brooks, pour l'intervenante l'Association du traité des Te'mexw.

Donald R. Colborne, pour les intervenantes la Première Nation Ochiichagwe'Babigo'Ining, la Première Nation des Ojibways d'Onigaming, la Première Nation de Big Grassy et la Première Nation de Naotkamegwanning.

Jason Madden et Nuri G. Frame, pour l'intervenante Métis Nation of Ontario.

David M. Robbins, Dominique Nouvet et Heather Mahony, pour l'intervenante les Tribus Cowichan, représentées par le chef William Charles Seymour, en son propre nom et au nom des membres des Tribus Cowichan.

David G. Leitch, for the interveners the Lac Seul First Nation and the Sandy Lake First Nation.

Joseph J. Arvay, Q.C., and *Catherine J. Boies Parker*, for the intervener the Assembly of First Nations/National Indian Brotherhood.

The judgment of the Court was delivered by

THE CHIEF JUSTICE —

I. Overview

[1] In the early 1870s, Canada was a young country looking to promote Western expansion and Confederation. Settlers travelled west along an immigrant travel route called the Dawson Route, and British Columbia agreed to join Confederation on the condition that Canada build a transcontinental railway. But the immigrant travel route and the prospective railway to the west ran through traditional Ojibway land in what is now Northwestern Ontario and Eastern Manitoba. Canada was concerned about the security of immigrant travellers and surveyors preparing for the construction of the Canadian Pacific Railway (“CPR”), and feared that it may need to station troops in the area. Securing a safe route through the Ojibway lands was critical for the addition of British Columbia to Confederation and to the development of the West. It was against this historical backdrop that Treaty 3, which is at the heart of this case, was negotiated.

[2] In 1873, Treaty 3 was signed by treaty commissioners acting on behalf of the Dominion of Canada and Chiefs of the Ojibway. The Ojibway yielded ownership of their territory, except for certain lands reserved to them. In return, the Ojibway received annuity payments, goods, and the right to harvest the non-reserve lands surrendered by them until such time as they were “taken up” for settlement, mining, lumbering, or other purposes by the Government of the Dominion of Canada.

David G. Leitch, pour les intervenantes la Première Nation du lac Seul et la Première Nation du lac Sandy.

Joseph J. Arvay, c.r., et *Catherine J. Boies Parker*, pour l’intervenante l’Assemblée des Premières Nations/Fraternité des Indiens du Canada.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LA JUGE EN CHEF —

I. Aperçu

[1] Au début des années 1870, le Canada était un jeune pays désireux de promouvoir l’expansion vers l’Ouest et la Confédération. Les colons se déplaçaient vers l’ouest sur une voie empruntée par les immigrants et appelée route Dawson, et la Colombie-Britannique acceptait de se joindre à la Confédération à la condition que le Canada construise un chemin de fer transcontinental. Or, la route des immigrants et le chemin de fer projeté vers l’ouest traversaient les terres traditionnelles des Ojibways situées dans ce qui correspond aujourd’hui au nord-ouest de l’Ontario et à l’est du Manitoba. Soucieux de la sécurité des immigrants en déplacement et des arpenteurs qui s’affairaient en vue de la construction du chemin de fer Canadien Pacifique, le Canada craignait de devoir stationner des troupes dans la région. La création d’une route sûre qui traverse les terres des Ojibways était essentielle à l’entrée de la Colombie-Britannique dans la Confédération et au développement de l’Ouest. C’est dans ce contexte historique que le Traité n° 3 — qui est au cœur du litige — a été négocié.

[2] En 1873, le Traité n° 3 a été signé par les commissaires chargés de sa négociation au nom du Dominion du Canada, et par les chefs des Ojibways. Les Ojibways ont cédé la propriété de leur territoire, à l’exception d’une partie qui leur a été réservée. Ils obtenaient en contrepartie une rente, des biens et des droits de récolte sur les terres cédées situées à l’extérieur de leur réserve jusqu’à ce que ces terres soient « prises » par le gouvernement du Dominion du Canada à des fins de colonisation, d’exploitation minière, d’exploitation forestière ou autres.

[3] The Treaty 3 lands include the Keewatin area. At the time Treaty 3 was concluded, the Keewatin area was under the exclusive control of Canada. In 1912, it was annexed to Ontario through *The Ontario Boundaries Extension Act*, S.C. 1912, c. 40 (“1912 Legislation”), and since that time, Ontario has issued licences for the development of lands in the Keewatin area. In 2005, the Grassy Narrows First Nation, descendants of the Ojibway signatories of Treaty 3, commenced an action challenging a forestry licence for lands that fell within the Keewatin area. The legal issue in this case is whether Ontario can “take up” lands in the Keewatin area under Treaty 3 so as to limit the harvesting rights under the treaty, or whether it needs federal authorization to do so.

[4] I conclude that Ontario has the authority to take up lands in the Keewatin area so as to limit the harvesting rights set out in Treaty 3. By virtue of ss. 109, 92A, and 92(5) of the *Constitution Act, 1867*, Ontario alone has the ability to take up Treaty 3 land and regulate it in accordance with the treaty and its obligations under s. 35 of the *Constitution Act, 1982*. A two-step process involving federal approval for provincial taking up was not contemplated by Treaty 3.

II. History of Treaty 3

A. *Treaty 3 Territory*

[5] The Treaty 3 territory covers approximately 55,000 sq. mi. in what is now Northwestern Ontario and Eastern Manitoba. In 1873, Canada claimed ownership over all the Treaty 3 lands. The Keewatin area was unquestionably under Canada’s jurisdiction at that time, but the ownership of the rest of the Treaty 3 territory was disputed with Ontario. Since 1912, all of the Treaty 3 territory, except for a small portion in Manitoba, has been within the borders of

[3] La région de Keewatin fait partie des terres cédées par le Traité n° 3. Au moment de la signature du traité, le Canada avait l’autorité exclusive sur cette région. En 1912, la région de Keewatin a été annexée à l’Ontario par la *Loi de l’extension des frontières de l’Ontario*, S.C. 1912, ch. 40 (« loi de 1912 »), et depuis, la province a délivré des permis pour la mise en valeur des terres de cette région. En 2005, la Première Nation de Grassy Narrows, dont les membres sont les descendants des Ojibways signataires du Traité n° 3, a intenté une action pour contester un permis d’exploitation forestière délivré pour des terres comprises dans la région de Keewatin. La question de droit à trancher est celle de savoir si le Traité n° 3 permet à l’Ontario de « prendre » des terres dans cette région — et de restreindre ainsi les droits de récolte conférés par le traité — ou s’il doit obtenir au préalable l’autorisation du gouvernement fédéral.

[4] Je conclus que l’Ontario a le pouvoir de prendre des terres de la région de Keewatin et de restreindre ainsi les droits de récolte conférés par le Traité n° 3. Suivant les art. 109 et 92A et le par. 92(5) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, seul l’Ontario a le pouvoir de prendre les terres visées par le Traité n° 3 et de les soumettre à sa réglementation en conformité avec le traité et avec les obligations que lui impose l’art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Les parties au Traité n° 3 n’ont pas envisagé de processus en deux étapes comportant l’approbation par le gouvernement fédéral de la décision de la province de prendre des terres.

II. Historique du Traité n° 3

A. *Territoire visé par le Traité n° 3*

[5] La superficie du territoire visé par le Traité n° 3 et situé dans ce qui correspond maintenant au nord-ouest de l’Ontario et à l’est du Manitoba est d’environ 55 000 milles carrés. En 1873, le Canada a revendiqué la propriété de la totalité des terres visées par le Traité n° 3. La région de Keewatin relevait alors incontestablement de la compétence du Canada, mais l’appartenance du reste du territoire cédé dans le traité faisait l’objet d’un différend avec

Ontario. This appeal only concerns the Keewatin area.

B. *Treaty Negotiations*

[6] In 1868, Canada needed to complete a treaty with the Ojibway in order to fulfill its promise to build a transcontinental railway to the west and to establish an immigrant travel route across the Treaty 3 lands.

[7] Treaty negotiations were attempted in 1871 and 1872, but failed. In 1873, intent on securing agreement, Canada appointed three new treaty commissioners: Alexander Morris, a founder of Confederation and the Lieutenant Governor of Manitoba, Joseph Provencher, a federal Indian agent, and Simon Dawson, who supervised the construction of the Dawson Route.

[8] The trial judge found that the Ojibway Chiefs who were key players in the negotiation of Treaty 3 were in no rush to make a deal. They were under no immediate threat, as settlers were only passing through their territory, not settling on it. They were only prepared to cooperate if they could retain their way of life, particularly their traditional hunting, fishing and trapping activities.

[9] The negotiations lasted from October 1 to October 3, 1873. There are several historical accounts of the negotiations leading to the conclusion of the treaty: Morris's official report on the making of the treaty, a record of discussions published in *The Manitoban* newspaper, handwritten notes prepared by Dawson during the negotiations, the notes taken on behalf of the Ojibway Chiefs by a Métis hired by them and a record of negotiations published in *The Manitoba Free Press*.

[10] On October 3, 1873, the parties signed Treaty 3. The Ojibway ceded the Treaty 3 territory

l'Ontario. Depuis 1912, la totalité du territoire visé par le Traité n° 3, sauf une petite partie située au Manitoba, se trouve en Ontario. Le pourvoi ne concerne que la région de Keewatin.

B. *Négociations préalables au traité*

[6] En 1868, le Canada devait signer un traité avec les Ojibways afin de respecter sa promesse de construire une ligne de chemin de fer transcontinentale qui donnerait accès à l'Ouest et de tracer une route qui permettrait aux immigrants de traverser les terres visées par le Traité n° 3.

[7] Les négociations entamées en 1871 et 1872 ont échoué. Déterminé à parvenir à un accord, le Canada a nommé, en 1873, trois nouveaux commissaires chargés de la négociation. Il s'agissait d'Alexander Morris, l'un des Pères fondateurs de la Confédération et lieutenant-gouverneur du Manitoba, de Joseph Provencher, représentant du gouvernement fédéral auprès des Indiens, et de Simon Dawson, directeur des travaux de construction de la route Dawson.

[8] La juge de première instance conclut que les chefs ojibways qui ont joué un rôle clé dans la négociation du Traité n° 3 n'étaient pas pressés de conclure un accord. Il n'y avait aucune menace immédiate, car les colons ne faisaient que traverser leur territoire sans s'y établir. Ils n'étaient disposés à collaborer que s'ils pouvaient conserver leur mode de vie et, notamment, leurs activités traditionnelles de chasse, de pêche et de piégeage.

[9] Les négociations se sont déroulées du 1^{er} au 3 octobre 1873. Il existe plusieurs récits des négociations qui ont abouti à la signature du traité : le rapport officiel de Morris sur la conclusion du traité, le compte rendu publié dans le journal *The Manitoban*, les notes manuscrites de Dawson durant les négociations, les notes prises pour le compte des chefs ojibways par un Métis dont ils avaient retenu les services et le compte rendu publié dans *The Manitoba Free Press*.

[10] Le 3 octobre 1873, les parties ont signé le Traité n° 3. Les Ojibways cédaient le territoire en

to Canada in return for reserves, annuities, and goods. The treaty also provided that the Ojibway would retain harvesting rights on the non-reserve land within the Treaty 3 territory until the land was “taken up”.

C. *The Harvesting Rights and the Taking-Up Clause*

[11] The harvesting rights were set out in the text of the treaty as follows (the “taking-up clause”):

. . . they, the said Indians, shall have [the] right to pursue their avocations of hunting and fishing throughout the [said] tract surrendered as hereinbefore described . . . and saving and excepting such tracts as may, from time to time, be required or taken up for settlement, mining, lumbering or other purposes by Her said Government of the Dominion of Canada, or by any of the subjects thereof duly authorized therefor by the said Government. [p. 6]

[12] At the Court of Appeal, the parties disagreed about the trial judge’s interpretation of the scope of the taking-up clause. It was suggested by Ontario and Canada that the trial judge interpreted the treaty so as to restrict the exercise of the taking-up clause to the Dawson Route and the CPR line such that other areas within the Treaty 3 territory could not be “taken up”. The Court of Appeal rejected this interpretation of the trial judge’s findings, concluding that when her reasons are read as a whole, the trial judge found that the taking-up clause permitted the taking up of lands throughout the entire Treaty 3 territory, subject only to the legal limits imposed by the honour of the Crown and s. 35 of the *Constitution Act, 1982*. The scope of the taking-up power in Treaty 3 is not at issue in this case, and I agree with the Court of Appeal’s reading of the trial judge’s reasons.

D. *Boundary Dispute*

[13] Treaty 3 was negotiated amidst a dispute between Ontario and Canada over Ontario’s western and northern boundaries. Canada’s position was

cause au Canada en contrepartie de réserves, de rentes et de biens. Le traité prévoyait également que les Ojibways conservaient leurs droits de récolte sur les terres visées par le Traité n° 3, mais non situées dans leur réserve, tant que ces terres n’étaient pas « prises ».

C. *Les droits de récolte et la clause de prise des terres*

[11] Les droits de récolte sont formulés comme suit dans le traité (la « clause de prise des terres ») :

. . . ils, les dits Indiens, auront le droit de se livrer à la chasse et à la pêche dans l’étendue du pays cédé comme décrit ci-haut [. . .], et excepté telles étendues qui pourront être nécessaires ou requises pour la colonisation, les mines, la coupe du bois ou autres fins par son dit gouvernement du Canada ou par aucun de ses sujets dûment autorisés à cet effet par le dit gouvernement. [p. 6]

[12] En Cour d’appel, les parties ont fait valoir des points de vue opposés quant à la décision de la juge de première instance sur la portée de la clause de prise des terres. L’Ontario et le Canada ont laissé entendre que la juge avait interprété le traité de manière que la clause ne s’applique qu’à la route Dawson et qu’à la voie ferrée du Canadien Pacifique, de sorte que les autres parties du territoire ne pouvaient être « prises ». La Cour d’appel a rejeté cette interprétation des conclusions tirées en première instance. Au vu des motifs considérés dans leur ensemble, elle a estimé que, pour la juge, la clause permettait de prendre des terres sur tout le territoire visé par le traité, sous réserve uniquement des limitations d’ordre juridique découlant de l’honneur de la Couronne et de l’art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. La portée du pouvoir de prendre des terres conféré par le Traité n° 3 n’est pas en cause dans la présente affaire, et je suis d’accord avec l’interprétation des motifs de la juge de première instance par la Cour d’appel.

D. *Différend relatif aux frontières*

[13] Lorsque le Traité n° 3 a été négocié, un conflit opposait l’Ontario et le Canada au sujet des limites de la province à l’ouest et au nord. Le Canada

that all the Treaty 3 lands were under the control of the Dominion of Canada, while Ontario took the position that its boundaries extended westward to include much of the Treaty 3 lands. The lands that were the object of this dispute are referred to as the “disputed territory”. The Keewatin area was not part of this dispute; it was unquestionably under the control of Canada at the time Treaty 3 was negotiated and signed. However, the boundary dispute, and the subsequent legislation that settled the dispute, nonetheless provide insight into the parties’ understanding of the taking-up clause in Treaty 3.

[14] In 1874, Canada and Ontario reached a provisional boundary agreement. Under this agreement, Ontario would grant patents and licences for the lands to the east and south of the provisional boundary, while Canada would do so for the lands west and north of the boundary. Ontario’s position in the boundary dispute was accepted by a panel of arbitrators in August 1878. The disputed territory was within Ontario’s borders. This ruling was endorsed by the Judicial Committee of the Privy Council in 1884, and confirmed in reciprocal legislation in 1891: *An Act for the settlement of certain questions between the Governments of Canada and Ontario respecting Indian Lands* (1891) (U.K.), 54 & 55 Vict., c. 5; *An Act for the settlement of questions between the Governments of Canada and Ontario respecting Indian Lands* (1891) (Ont.), 54 Vict., c. 3 (the “1891 Legislation”).

[15] The 1891 Legislation incorporated a draft agreement between Canada and Ontario that was ultimately executed in 1894 (the “1894 Agreement”). Article 1 of the 1894 Agreement provided that as the disputed territory belonged to Ontario, “the rights of hunting and fishing by the Indians throughout the tract surrendered, not including the reserves to be made thereunder, do not continue with reference to any tracts which have been, or from time to time may be, required or taken up for settlement, mining, lumbering or other purposes

soutenait que la totalité des terres visées par le Traité n° 3 relevait de la compétence du Dominion du Canada, alors que l’Ontario prétendait que ses limites s’étendaient à l’ouest de manière à englober une grande partie de ces terres. Les terres qui faisaient l’objet de ce différend constituent le « territoire disputé ». La région de Keewatin n’en faisait pas partie; nul ne contestait qu’elle relevait de la compétence du Canada au moment de la négociation et de la signature du Traité n° 3. Toutefois, le différend, ainsi que la loi qui l’a ensuite réglé, donnent néanmoins une idée de la manière dont les parties interprétaient la clause du Traité n° 3 sur la prise des terres.

[14] En 1874, le Canada et l’Ontario ont convenu provisoirement que l’Ontario délivrerait des lettres patentes et des permis pour les terres situées à l’est et au sud d’une frontière fixée provisoirement, et que le Canada ferait de même pour les terres situées à l’ouest et au nord de cette frontière. En août 1878, la thèse défendue par l’Ontario dans le cadre du différend a été retenue par une formation d’arbitres. Le territoire disputé se situait à l’intérieur des limites de l’Ontario. La décision a été entérinée par le Comité judiciaire du Conseil privé en 1884, puis confirmée en 1891 par des lois de réciprocité, à savoir l’*Acte pour régler certaines questions pendantes entre les gouvernements du Canada et d’Ontario relativement à certaines terres des Sauvages* (1891) (R.-U.), 54 & 55 Vict., ch. 5, et l’*Act for the settlement of questions between the Governments of Canada and Ontario respecting Indian Lands* (1891) (Ont.), 54 Vict., ch. 3 (les « lois de 1891 »).

[15] Les lois de 1891 comprenaient un projet d’accord entre le Canada et l’Ontario que les parties ont finalement signé en 1894 (l’« accord de 1894 »). L’article premier de l’accord de 1894 prévoyait, vu l’appartenance à la province du territoire disputé, que « le droit de chasse et de pêche des Sauvages dans l’étendue du territoire cédé, abstraction faite des réserves à désigner d’après le dit traité, cesse d’exister dans les espaces qui ont été ou pourront être de temps en temps jugés nécessaires, et distraits par le gouvernement d’Ontario ou ses agents

by the Government of Ontario” (Schedule to 1891 Legislation (U.K.)). In other words, Ontario was responsible for the “taking up” of Treaty 3 lands within its boundaries.

E. 1912 Transfer of Keewatin

[16] As noted above, the Keewatin area was not part of the boundary dispute between Canada and Ontario. At the time Treaty 3 was concluded, it was part of Canada. There was no suggestion that Ontario had any interest in the Keewatin area at that time.

[17] The 1912 Legislation extended Ontario’s borders to include the Keewatin area.

III. Judicial History

A. *The Claim*

[18] In 1997, Ontario’s Minister of Natural Resources issued a licence to Abitibi-Consolidated Inc. (now known as Resolute FP Canada Inc.), a large pulp and paper manufacturer, to carry out clear-cut forestry operations on Crown lands situated within the Keewatin area. In 2005, the Grassy Narrows First Nation, descendants of the Ojibway signatories of Treaty 3, launched an action to set aside the forestry licence on the basis that it violated their Treaty 3 harvesting rights.

[19] In 2006, Spies J. made a case management order dividing the trial into two phases. The first phase consisted of two threshold questions: (1) Does Ontario have the authority to “take up” tracts of land within the Keewatin area so as to limit Treaty 3 harvesting rights? and (2) If the answer to the first question is no, does Ontario have the authority under the *Constitution Act, 1867* to justifiably infringe the appellants’ treaty rights?

dûment autorisés, pour la colonisation, les exploitations minières et forestières ou pour d’autres fins » (annexe des lois de 1891 (R.-U.)). En d’autres termes, l’Ontario avait le pouvoir de prendre les terres visées par le Traité n° 3 et situées à l’intérieur de ses limites.

E. *Transfert de 1912*

[16] Rappelons que la région de Keewatin ne faisait pas l’objet du différend opposant le Canada et l’Ontario au sujet des limites de la province. Au moment de la signature du Traité n° 3, la région de Keewatin faisait partie du Canada. Nul ne laissait entendre que l’Ontario avait alors quelque droit sur la région.

[17] La loi de 1912 a eu pour effet d’étendre les limites de l’Ontario et d’englober la région de Keewatin.

III. Historique judiciaire

A. *La demande*

[18] En 1997, le ministre des Ressources naturelles de l’Ontario a délivré à Abitibi-Consolidated Inc. (devenue depuis PF Résolu Canada Inc.), une importante société de pâtes et papiers, un permis d’exploitation forestière autorisant la coupe à blanc sur les terres de la Couronne situées dans la région de Keewatin. En 2005, la Première Nation de Grassy Narrows, dont les membres sont les descendants des Ojibways qui ont signé le Traité n° 3, a intenté une action en vue de faire annuler le permis au motif qu’il violait les droits de récolte que leur accordait le traité.

[19] Chargée de la gestion de l’instance, la juge Spies a ordonné en 2006 que le procès se déroule en deux phases. La première a porté sur deux questions préliminaires. (1) L’Ontario a-t-il le pouvoir de « prendre » des étendues de terres dans la région de Keewatin et de restreindre ainsi les droits de récolte accordés par le Traité n° 3? (2) Dans la négative, la *Loi constitutionnelle de 1867* confère-t-elle à l’Ontario le pouvoir de porter atteinte de façon justifiée aux droits des appelants issus du traité?

[20] The second phase of the trial has not yet commenced.

B. *Judgments Below*

[21] In the first phase of the trial, Sanderson J. concluded that the answer to both threshold questions was “no” (2011 ONSC 4801, [2012] 1 C.N.L.R. 13). First, she found that Ontario could not take up lands within the Keewatin area so as to limit harvesting rights without first obtaining Canada’s approval. The taking-up clause imposed a two-step process involving federal approval for the taking up of Treaty 3 lands, and neither the 1891 nor the 1912 Legislation altered this process with respect to the Keewatin area. The trial judge then proceeded to answer the second question, concluding that the doctrine of interjurisdictional immunity prevents provinces from infringing treaty rights, even if the infringement can be justified.

[22] The Ontario Court of Appeal allowed the appeals of Ontario, Canada and Resolute FP Canada Inc. (“Resolute”) (2013 ONCA 158, 114 O.R. (3d) 401). The court held that the trial judge erred in concluding that Ontario requires Canada’s approval to take up the lands in the Keewatin area. Section 109 of the *Constitution Act, 1867* gives Ontario beneficial ownership of Crown lands within Ontario. That provision, combined with provincial jurisdiction over the management and sale of provincial public lands and the exclusive provincial power to make laws in relation to natural resources (ss. 92(5) and 92A), gives Ontario exclusive legislative authority to manage and sell lands within the Keewatin area in accordance with Treaty 3 and s. 35 of the *Constitution Act, 1982*. As the answer to the first question was “yes”, the Court of Appeal did not consider the second question of whether interjurisdictional immunity applies to provincial infringements of treaty rights.

[20] La seconde phase du procès n’a pas encore commencé.

B. *Jugements des juridictions inférieures*

[21] À l’issue de la première phase du procès, la juge Sanderson a répondu par la négative aux deux questions préliminaires (2011 ONSC 4801, [2012] 1 C.N.L.R. 13). Elle a tout d’abord conclu que l’Ontario ne pouvait prendre des terres de la région de Keewatin et restreindre ainsi les droits de récolte sans obtenir au préalable l’approbation du Canada. À son avis, la clause de prise des terres imposait un processus en deux étapes qui supposait l’approbation préalable du gouvernement fédéral pour la prise de terres visées par le Traité n° 3, et ni les lois de 1891 ni celle de 1912 n’avaient modifié ce processus relativement à la région de Keewatin. Elle a ensuite conclu au sujet de la seconde question que la doctrine de l’exclusivité des compétences empêche les provinces de porter atteinte aux droits issus de traités, même lorsque la justification de l’atteinte peut se démontrer.

[22] La Cour d’appel de l’Ontario a fait droit aux appels de l’Ontario, du Canada et de PF Résolu Canada Inc. (« Résolu ») (2013 ONCA 158, 114 O.R. (3d) 401). Elle a décidé que la juge de première instance avait eu tort de conclure que l’Ontario devait obtenir l’approbation du Canada pour prendre des terres situées dans la région de Keewatin. L’article 109 de la *Loi constitutionnelle de 1867* confère à l’Ontario la propriété effective des terres publiques situées dans la province. De pair avec la compétence de la province pour l’administration et la vente des terres publiques et sa compétence exclusive pour légiférer dans le domaine des ressources naturelles (par. 92(5) et art. 92A), cette disposition confère à la seule province de l’Ontario le pouvoir législatif d’administrer et de vendre des terres de la région de Keewatin conformément au Traité n° 3 et à l’art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Sa réponse à la première question étant affirmative, la Cour d’appel ne se penche pas sur la seconde, celle de savoir si la doctrine de l’exclusivité des compétences s’applique aux atteintes provinciales aux droits issus de traités.

IV. Parties and Interveners on Appeal

[23] On appeal, there are 2 appellants, 4 respondents, and 13 interveners.

[24] The appellants are the Grassy Narrows First Nation, descendants of the Ojibway, and the Wabauskang First Nation, whose traditional territory includes lands within the Keewatin area.

[25] The first two respondents are the Attorney General of Canada and the Ontario Minister of Natural Resources. The third respondent is Resolute, a company that owns and operates a currently idle paper mill on land subject to Treaty 3, but not in the Keewatin area. Resolute was a defendant in this litigation because it was granted the forestry licence that gave rise to this appeal. The final respondent is Goldcorp Inc., a gold producer with a mine situated in the Keewatin area and whose operations rely in part on permits from the provincial Minister of Natural Resources. Goldcorp was granted status to intervene as a party at the Court of Appeal.

[26] The Attorneys General of Manitoba, British Columbia, Saskatchewan, and Alberta intervene in support of the respondents. The appellants are supported by the following interveners: the Grand Council of Treaty # 3; the Blood Tribe, the Beaver Lake Cree Nation, the Ermineskin Cree Nation, the Siksika Nation, and the Whitefish Lake First Nation # 128, intervening together; the Fort McKay First Nation; the Te'mexw Treaty Association; the Ochiichagwe'Babigo'Ining First Nation, the Ojibways of Onigaming First Nation, the Big Grassy First Nation, and the Naotkamegwanning First Nation, intervening together; the Métis Nation of Ontario; the Cowichan Tribes; the Lac Seul and Sandy Lake First Nations; and the Assembly of First Nations/National Indian Brotherhood.

IV. Parties et intervenants au pourvoi

[23] Deux appelants, quatre intimés et treize intervenants sont parties au pourvoi.

[24] Les parties appelantes sont la Première Nation de Grassy Narrows, dont les membres sont les descendants des Ojibways, et la Première Nation de Wabauskang, dont le territoire traditionnel comprend des terres situées dans la région de Keewatin.

[25] Les deux premiers intimés sont le procureur général du Canada et le ministre des Ressources naturelles de l'Ontario. La troisième partie intimée est Résolu, une société qui possède et exploite une usine de papier actuellement inactive située sur des terres assujetties au Traité n° 3, mais non dans la région de Keewatin. Résolu est défenderesse en l'espèce parce qu'elle s'est vu délivrer le permis d'exploitation forestière qui est à l'origine du pourvoi. La dernière partie intimée est Goldcorp Inc., un producteur aurifère qui possède une mine située dans la région de Keewatin et dont les activités dépendent en partie de la délivrance de permis par le ministre provincial des Ressources naturelles. La société Goldcorp a été autorisée à intervenir à titre de partie par la Cour d'appel.

[26] Les procureurs généraux du Manitoba, de la Colombie-Britannique, de la Saskatchewan et de l'Alberta interviennent à l'appui de la thèse des intimés. Quant aux appelants, ils ont l'appui des intervenants suivants : le Grand Conseil du Traité n° 3; la Tribu des Blood, la Nation crie de Beaver Lake, la Nation crie d'Ermineskin, la Nation Siksika et la Première Nation du lac Whitefish n° 128, qui interviennent collectivement; la Première Nation de Fort McKay; l'Association du traité des Te'mexw; la Première Nation Ochiichagwe'Babigo'Ining; la Première Nation des Ojibways d'Onigaming; la Première Nation de Big Grassy et la Première Nation de Naotkamegwanning, qui interviennent collectivement; la Métis Nation of Ontario; les Tribus Cowichan; la Première Nation du lac Seul et la Première Nation du lac Sandy; l'Assemblée des Premières Nations/Fraternité des Indiens du Canada.

V. Issues

[27] This appeal raises the following issues:

1. Does Ontario have the authority under Treaty 3 to “take up” tracts of land in the Keewatin area?
2. Does the doctrine of interjurisdictional immunity preclude Ontario from justifying infringement of Treaty 3 rights?

VI. AnalysisA. *The Power to Take up Lands Under Treaty 3*

[28] The central question on this appeal, simply put, is whether the Province of Ontario has the power to take up lands in the Keewatin area under Treaty 3, or whether this must be done by or in cooperation with the Government of Canada. Ontario’s power to take up other Treaty 3 lands is not at issue on this appeal.

[29] The Court of Appeal held that the Province of Ontario has the power to take up the lands. The trial judge, by contrast, held that this could be done only by a two-step procedure involving approval by both the federal and provincial governments.

[30] I agree with the Ontario Court of Appeal that Ontario and only Ontario has the power to take up lands under Treaty 3. This conclusion rests on Canada’s constitutional provisions, the interpretation of Treaty 3, and legislation dealing with Treaty 3 lands. First, although Treaty 3 was negotiated by the federal government, it is an agreement between the Ojibway and the Crown. The level of government that exercises or performs the rights and obligations under the treaty is determined by the division of powers in the Constitution. Ontario has exclusive authority under the *Constitution Act, 1867* to take up provincial lands for forestry, mining, settlement, and other exclusively provincial

V. Questions en litige

[27] Le pourvoi soulève les questions suivantes :

1. L’Ontario a-t-il le pouvoir, en application du Traité n° 3, de « prendre » des étendues de terres dans la région de Keewatin?
2. La doctrine de l’exclusivité des compétences empêche-t-elle l’Ontario de justifier l’atteinte aux droits conférés par le Traité n° 3?

VI. AnalyseA. *Le pouvoir de prendre des terres que confère le Traité n° 3*

[28] Formulée simplement, la question que soulève essentiellement le litige est celle de savoir si la province de l’Ontario a le pouvoir de prendre des terres de la région de Keewatin en application du Traité n° 3 ou si ce pouvoir peut seulement être exercé par le gouvernement du Canada ou avec sa collaboration. Le pouvoir de l’Ontario de prendre d’autres terres visées par le Traité n° 3 ne fait pas l’objet du pourvoi.

[29] La Cour d’appel juge que la province de l’Ontario a le pouvoir de prendre les terres en question. À l’opposé, la juge de première instance estime que la prise ne peut intervenir qu’à l’issue d’un processus en deux étapes comportant l’approbation des deux paliers de gouvernement.

[30] Je conviens avec la Cour d’appel que l’Ontario, et seulement cette province, a le pouvoir de prendre des terres visées par le Traité n° 3. Cette conclusion se fonde sur les dispositions d’ordre constitutionnel du Canada, l’interprétation du Traité n° 3 et les lois portant sur les terres visées par le Traité n° 3. Premièrement, même si le traité a été négocié par le gouvernement fédéral, il s’agit d’un accord entre les Ojibways et la Couronne. C’est le partage des compétences prévu par la Constitution qui détermine quel palier de gouvernement est appelé à exercer les droits ou à s’acquitter des obligations qui y sont prévus. Suivant la *Loi constitutionnelle de 1867*, l’Ontario a le pouvoir exclusif de

matters. Federal supervision is not required by the Constitution. Second, nothing in the text or history of the negotiation of Treaty 3 suggests that a two-step process requiring federal supervision or approval was intended. Third, legislation dealing with Treaty 3 land confirms that no two-step process was contemplated. I elaborate on each of these points below.

(1) Constitutional Provisions

[31] Once the Keewatin lands came within Ontario's borders in 1912, s. 109 of the *Constitution Act, 1867* became applicable. Section 109 provides:

109. All Lands, Mines, Minerals, and Royalties belonging to the several Provinces of Canada, Nova Scotia, and New Brunswick at the Union, and all Sums then due or payable for such Lands, Mines, Minerals, or Royalties, shall belong to the several Provinces of Ontario, Quebec, Nova Scotia, and New Brunswick in which the same are situate or arise, subject to any Trusts existing in respect thereof, and to any Interest other than that of the Province in the same.

Section 109 establishes conclusively that Ontario holds the beneficial interest in the Keewatin lands and the resources on or under those lands. In addition, s. 92(5) of the *Constitution Act, 1867* gives the Province exclusive power over the "Management and Sale of the Public Lands belonging to the Province and of the Timber and Wood thereon" and s. 92A gives the Province exclusive power to make laws in relation to non-renewable natural resources, forestry resources, and electrical energy. Together, these provisions give Ontario the power to take up lands in the Keewatin area under Treaty 3 for provincially regulated purposes, such as forestry.

prendre des terres provinciales à quelque fin relevant exclusivement de la province, dont l'exploitation forestière ou minière et la colonisation. La Constitution n'exige pas de surveillance fédérale. Deuxièmement, ni le libellé du Traité n° 3, ni l'histoire de sa négociation ne permettent de conclure à la volonté des parties d'établir un processus en deux étapes exigeant la surveillance du fédéral ou son approbation. Troisièmement, les lois portant sur les terres visées par le traité confirment qu'un tel processus n'a pas été envisagé. Je développe chacun de ces points ci-après.

(1) Dispositions constitutionnelles

[31] L'article 109 de la *Loi constitutionnelle de 1867* est devenu applicable aux terres de Keewatin dès l'intégration de celles-ci au territoire de l'Ontario en 1912. Il dispose :

109. Toutes les terres, mines, minéraux et réserves royales appartenant aux différentes provinces du Canada, de la Nouvelle-Écosse et du Nouveau-Brunswick lors de l'union, et toutes les sommes d'argent alors dues ou payables pour ces terres, mines, minéraux et réserves royales, appartiendront aux différentes provinces d'Ontario, Québec, la Nouvelle-Écosse et le Nouveau-Brunswick, dans lesquelles ils sont sis et situés, ou exigibles, restant toujours soumis aux charges dont ils sont grevés, ainsi qu'à tous intérêts autres que ceux que peut y avoir la province.

L'article 109 établit sans l'ombre d'un doute que l'Ontario détient la propriété effective des terres de la région de Keewatin ainsi que des ressources qui s'y trouvent en surface et dans le sous-sol. De plus, le par. 92(5) de la *Loi constitutionnelle de 1867* confère à la province une compétence exclusive sur « [l]'administration et la vente des terres publiques appartenant à la province, et des bois et forêts qui s'y trouvent »; l'art. 92A lui confère une compétence exclusive pour légiférer sur les ressources naturelles non renouvelables, les ressources forestières et l'énergie électrique. Considérées ensemble, ces dispositions confèrent à l'Ontario le pouvoir de prendre des terres de la région de Keewatin en application du Traité n° 3 à des fins assujetties au pouvoir de réglementation provincial, telle la foresterie.

[32] The view that only Canada can take up or authorize the taking up of lands under Treaty 3 rests on a misconception of the legal role of the Crown in the treaty context. It is true that Treaty 3 was negotiated with the Crown in right of Canada. But that does not mean that the Crown in right of Ontario is not bound by and empowered to act with respect to the treaty.

[33] The theory of the trial judge, supported by the appellants, was that since the treaty was made with the federal Crown, only the federal Crown has obligations and powers over matters covered by the treaty. But this reasoning does not apply in the treaty context. For example, this Court has held that Crown obligations to First Nations such as the duty to consult are owed by both levels of government (*Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, 2004 SCC 73, [2004] 3 S.C.R. 511) and that a change in the level of government responsible for regulating hunting rights did not constitute a modification of a treaty (*R. v. Horseman*, [1990] 1 S.C.R. 901). Furthermore, in *St. Catherine's Milling and Lumber Co. v. The Queen* (1888), 14 App. Cas. 46 (P.C.), Lord Watson concluded that Treaty 3 purported to be “from beginning to end a transaction between the Indians and the Crown”, not an agreement between the Government of Canada and the Ojibway people (p. 60). In the same vein,

it is abundantly clear that the commissioners who represented Her Majesty, whilst they had full authority to accept a surrender to the Crown, had neither authority nor power to take away from Ontario the interest which had been assigned to that province by the Imperial Statute of 1867. [*ibid.*]

[34] Similar views were expressed in *Dominion of Canada v. Province of Ontario*, [1910] A.C. 637 (P.C.), at p. 645, and *Smith v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 554, at pp. 562-65.

[35] The promises made in Treaty 3 were promises of the Crown, not those of Canada. Both levels of government are responsible for fulfilling these promises when acting within the division of powers

[32] La thèse selon laquelle seul le Canada peut prendre des terres visées par le Traité n° 3 ou en autoriser la prise méconnaît le rôle juridique de la Couronne dans le contexte d'un traité. Certes, le Traité n° 3 a été négocié avec la Couronne du chef du Canada, mais il ne s'ensuit pas pour autant que la Couronne du chef de l'Ontario n'est pas liée par le traité, ni habilitée à agir relativement à ce dernier.

[33] Selon la théorie de la juge de première instance, à laquelle se rallient les appelants, la Couronne fédérale étant signataire du traité, elle seule a des obligations et des pouvoirs à l'égard de ce qui fait l'objet du traité. Or, ce raisonnement ne vaut pas dans le cas d'un traité. Par exemple, notre Cour a statué que les obligations de la Couronne envers les Premières Nations, comme celle de les consulter, incombent aux deux paliers de gouvernement (*Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, 2004 CSC 73, [2004] 3 R.C.S. 511) et que le remplacement du palier de gouvernement responsable de la réglementation des droits de chasse par un autre ne constitue pas une modification du traité (*R. c. Horseman*, [1990] 1 R.C.S. 901). En outre, dans l'arrêt *St. Catherine's Milling and Lumber Co. c. The Queen* (1888), 14 App. Cas. 46 (C.P.), lord Watson avait auparavant conclu que le Traité n° 3, [TRADUCTION] « du début à la fin, constituait un marché intervenu entre les Indiens et Sa Majesté », et non un accord intervenu entre le gouvernement du Canada et le peuple ojibway (p. 60). Dans le même ordre d'idées, il a ajouté :

[TRADUCTION] Il ne fait aucun doute que même s'ils avaient les pleins pouvoirs pour accepter une cession en faveur de la Couronne, les commissaires qui représentaient Sa Majesté n'avaient ni compétence ni pouvoir pour retirer à l'Ontario les droits que lui avaient conférés la loi impériale de 1867. [*ibid.*]

[34] Des points de vue semblables ont été adoptés dans les arrêts *Dominion of Canada c. Province of Ontario*, [1910] A.C. 637 (C.P.), p. 645, et *Smith c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 554, p. 562-565.

[35] Les promesses contenues dans le Traité n° 3 étaient celles de la Couronne, non du Canada. Leur respect incombe aux deux ordres de gouvernement en conformité avec le partage des pouvoirs opéré

under the *Constitution Act, 1867*. Thus, when the lands covered by the treaty were determined to belong to the Province of Ontario, the Province became responsible for their governance with respect to matters falling under its jurisdiction by virtue of ss. 109, 92(5) and 92A of the *Constitution Act, 1867*, subject to the terms of the treaty. It follows that the Province is entitled to take up lands under the treaty for forestry purposes.

[36] The appellants further argue that s. 91(24) of the *Constitution Act, 1867* grants Canada a residual and continuing role in respect of the taking up of Treaty 3 lands. Section 91(24) provides that Canada has jurisdiction over “Indians, and Lands reserved for the Indians”. Thus, the appellants submit that the trial judge’s two-step process is merely a restatement of the double aspect doctrine: to the extent that any taking up displaces or limits the federally promised treaty rights, both aspects of the land or resource must be addressed — the provincial aspect of the land *qua* proprietary rights and the federal aspect of the land as subject to a treaty right (Grassy Narrows’ factum, at para. 66).

[37] Section 91(24) does not give Canada the authority to take up provincial land for exclusively provincial purposes, such as forestry, mining, or settlement. Thus, s. 91(24) does not require Ontario to obtain federal approval before it can take up land under Treaty 3. While s. 91(24) allows the federal government to enact legislation dealing with Indians and lands reserved for Indians that may have incidental effects on provincial land, the applicability of provincial legislation that affects treaty rights through the taking up of land is determined by *Mikisew Cree First Nation v. Canada (Minister of Canadian Heritage)*, 2005 SCC 69, [2005] 3 S.C.R. 388, and by s. 35 of the *Constitution Act, 1982*.

par la *Loi constitutionnelle de 1867*. Ainsi, lorsqu’il a été déterminé que les terres visées par le traité lui appartenaient, la province de l’Ontario est devenue responsable de leur administration dans les domaines relevant de sa compétence suivant l’art. 109, le par. 92(5) et l’art. 92A de la *Loi constitutionnelle de 1867*, sous réserve des dispositions du traité. Dès lors, la province peut prendre des terres visées par le traité à des fins d’exploitation forestière.

[36] Les appelants soutiennent par ailleurs que le par. 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867* confère au Canada un rôle résiduel et permanent en ce qui concerne la prise des terres visées par le Traité n° 3. Ce paragraphe dispose que le Canada a compétence sur les « Indiens et les terres réservées pour les Indiens ». Les appelants affirment donc que lorsqu’elle conclut à l’application d’un processus en deux étapes, la juge de première instance ne fait que reformuler la théorie du double aspect : dans la mesure où la prise des terres a pour effet d’écarter ou de restreindre des droits promis dans un traité par le gouvernement fédéral, il faut tenir compte des deux aspects des terres ou des ressources — l’aspect provincial des terres en tant qu’objets de droits de propriété, et l’aspect fédéral des terres en tant qu’objets de droits issus de traités (mémoire de Grassy Narrows, par. 66).

[37] Le paragraphe 91(24) ne confère pas au Canada le droit de prendre des terres provinciales à des fins exclusivement provinciales, telles la colonisation ou l’exploitation forestière ou minière. Il n’oblige donc pas l’Ontario à obtenir au préalable l’approbation du gouvernement fédéral de prendre des terres en application du Traité n° 3. Même si cette disposition habilite le gouvernement fédéral à adopter relativement aux Indiens et aux terres réservées pour eux des lois susceptibles d’avoir des effets accessoires sur un territoire provincial, l’applicabilité d’une loi provinciale qui, par la prise de terres, porte atteinte à des droits issus de traités est déterminée selon l’arrêt *Première nation crie Mikisew c. Canada (Ministre du Patrimoine canadien)*, 2005 CSC 69, [2005] 3 R.C.S. 388, et l’art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

(2) Interpretation of Treaty 3

[38] The text of the taking-up clause supports the view that the right to take up land rests with the level of government that has jurisdiction under the Constitution. The taking-up clause provides that the Ojibway will have continuing harvesting rights throughout the Treaty 3 lands “saving and excepting such tracts as may, from time to time, be required or taken up for settlement, mining, lumbering or other purposes by Her said Government of the Dominion of Canada, or by any of the subjects thereof duly authorized therefor by the said Government” (p. 6).

[39] The clause does not contemplate a two-step process involving both levels of government. It only refers to the Government of the Dominion of Canada. The treaty, as discussed, was between the Crown — a concept that includes all government power — and the Ojibway. The reference to Canada reflects the fact that the lands at the time were in Canada, not Ontario. Canada and Canada alone had beneficial ownership of the lands and therefore jurisdiction to take up the lands. This said, Treaty 3 was negotiated against the backdrop of a boundary dispute between Ontario and Canada. The possibility of provincial acquisition of the lands was patent. It follows that if the drafters of the treaty wanted Canada to have a continuing supervisory role in taking up lands under the treaty, the treaty would have said this.

[40] Before this Court, the appellants rely on the trial judge’s factual findings that the treaty commissioners contemplated and intended a two-step process involving federal approval and supervision. In my view, the Ontario Court of Appeal was correct in concluding that the trial judge’s factual findings amounted to overriding and palpable errors (paras. 156-72). First, there is no evidence that Morris communicated to the Ojibway any intention to require a two-step process, or that he intentionally drafted the taking-up clause to require such a process — assuming that Morris’s subjective intention is even relevant here. Second, there is no evidence that the Ojibway intended or insisted upon a two-step process. Third, a provisional boundary agreement reached by Canada and Ontario in 1874

(2) Interprétation du Traité n° 3

[38] Le libellé de la clause de prise des terres confirme que le droit de prendre des terres appartient au palier de gouvernement dont la Constitution reconnaît la compétence. La clause prévoit que les Ojibways conservent leurs droits de récolte sur toutes les terres visées par le Traité n° 3, « excepté telles étendues qui pourront être nécessaires ou requises pour la colonisation, les mines, la coupe du bois ou autres fins par son dit gouvernement du Canada ou par aucun de ses sujets dûment autorisés à cet effet par le dit gouvernement » (p. 6).

[39] Il n’est question d’aucun processus en deux étapes qui ferait intervenir les deux ordres de gouvernement. Il n’est fait mention que du gouvernement du Dominion du Canada. Je le répète, le traité est intervenu entre la Couronne — à savoir l’État dans sa globalité — et les Ojibways. La seule mention du Canada s’explique par le fait que les terres se trouvaient alors au Canada, et non en Ontario. Le Canada, et lui seul, avait la propriété effective des terres et, partant, avait compétence pour prendre les terres. Cela étant, le Traité n° 3 a été négocié dans le contexte d’un différend qui opposait l’Ontario et le Canada au sujet de leurs frontières. La possibilité que la province acquière les terres était manifeste. Par conséquent, si ses rédacteurs avaient voulu que le Canada continue d’exercer l’autorité sur les terres prises sous son régime, le traité l’aurait expressément prévu.

[40] Devant notre Cour, les appelants se fondent sur les conclusions factuelles de la juge de première instance suivant lesquelles les commissaires chargés de la négociation du traité envisageaient et voulaient l’établissement d’un processus en deux étapes comportant l’approbation et la surveillance du gouvernement fédéral. À mon avis, la Cour d’appel statue à bon droit que les conclusions de fait de la juge sont entachées d’erreurs manifestes et dominantes (par. 156-172). En premier lieu, nul élément ne prouve que Morris a fait part aux Ojibways de quelque intention d’établir un tel processus ou qu’il a intentionnellement libellé la clause de prise des terres de manière à prescrire un tel processus, si tant est que l’intention subjective de Morris soit même pertinente à cet égard. En deuxième lieu, nul élément

to deal with the administration of the treaty lands pending the settlement of the boundary dispute reflects an understanding that the right to take up lands attached to the level of government that enjoyed beneficial ownership of those lands. Indeed, the agreement provided that if the provisional boundary was subsequently determined to be wrong, the government found to have jurisdiction over the lands would ratify any patents that had been issued by the other government. Lastly, while not determinative, I would note that Ontario has exercised the power to take up lands for a period of over 100 years, without any objection by the Ojibway. This also suggests that federal approval was never considered part of the treaty.

(3) Legislation Dealing With Treaty 3 Lands

[41] This result is also consistent with the way subsequent governments dealt with the right to take up land under Treaty 3. The 1894 Agreement between Canada and Ontario, incorporated in the 1891 Legislation, provided that the disputed territory belonged to Ontario and confirmed that as such Ontario would have the power to take up that land under the treaty. The relevant provision says:

1. With respect to the tracts to be, from time to time, taken up for settlement, mining, lumbering or other purposes and to the regulations required in that behalf, as in the said treaty mentioned, it is hereby conceded and declared that, as the Crown lands in the surrendered tract have been decided to belong to the Province of Ontario, or to Her Majesty in right of the said Province, the rights of hunting and fishing by the Indians throughout the tract surrendered, not including the reserves to be made thereunder, do not continue with reference to any tracts which have been, or from time to time may be, required or taken up for settlement, mining, lumbering or other purposes by the Government of Ontario or persons duly authorized by the said Government of Ontario; and that

ne prouve l'intention des Ojibways d'établir un tel processus ou leur insistance pour qu'il y en ait un. En troisième lieu, l'accord provisoire sur les frontières intervenu en 1874 entre le Canada et l'Ontario pour l'administration des terres visées par le traité jusqu'au règlement du différend relatif aux frontières indique que le droit de prendre des terres appartenait au palier de gouvernement qui avait la propriété effective de celles-ci. D'ailleurs, l'accord prévoyait que si l'on constatait par la suite que le tracé provisoire de la frontière était erroné, le gouvernement à qui serait reconnue la compétence sur les terres en question ratifierait les lettres patentes délivrées par l'autre gouvernement. Enfin, bien que ce ne soit pas déterminant, je fais observer que l'Ontario a exercé le pouvoir de prendre des terres pendant plus de cent ans sans opposition de la part des Ojibways, ce qui donne également à penser que l'approbation du gouvernement fédéral n'a jamais été considérée comme une exigence du traité.

(3) Lois ultérieures portant sur les terres visées par le Traité n° 3

[41] Cette conclusion s'accorde également avec les mesures subséquentes des gouvernements concernant le droit de prendre des terres visées par le Traité n° 3. L'accord de 1894 intervenu entre le Canada et l'Ontario, incorporé dans les lois de 1891, prévoit que le territoire disputé appartient à l'Ontario et il confirme que la province a par conséquent le pouvoir de prendre les terres en question en application du traité. Voici le texte de la disposition applicable :

1. Relativement aux espaces de terres à prendre de temps à autre pour la colonisation, les entreprises minières ou forestières ou pour d'autres fins, et relativement aux règlements à établir à cet égard, comme le mentionne le dit traité, il est par le présent admis et déclaré que, les terres de la Couronne dans le territoire cédé ayant été reconnues appartenir à la province d'Ontario, ou à Sa Majesté pour le compte de la dite province, le droit de chasse et de pêche des Sauvages dans l'étendue du territoire cédé, abstraction faite des réserves à désigner d'après le dit traité, cesse d'exister dans les espaces qui ont été ou pourront être de temps en temps jugés nécessaires, et distraits par le gouvernement d'Ontario ou ses agents dûment autorisés, pour la colonisation, les

the concurrence of the Province of Ontario is required in the selection of the said reserves.

[42] This expressly provides that Ontario has the right to take up the lands. Again, there is no mention of any continuing supervisory role for Canada in the process, or any two-step federal/provincial process. I agree with the Court of Appeal that the 1894 Agreement *confirmed* Ontario's right to take up Treaty 3 land by virtue of its control and beneficial ownership of the territory. It did not *amend* Treaty 3.

[43] The 1894 Agreement covered the disputed territory, not the Keewatin lands. In 1912, *The Ontario Boundaries Extension Act* extended Ontario's boundaries to include the Keewatin territory. The 1912 Legislation included the following terms and conditions:

2. . . .

(a) That the province of Ontario will recognize the rights of the Indian inhabitants in the territory above described to the same extent, and will obtain surrenders of such rights in the same manner, as the Government of Canada has heretofore recognized such rights and has obtained surrender thereof, and the said province shall bear and satisfy all charges and expenditure in connection with or arising out of such surrenders;

(b) That no such surrender shall be made or obtained except with the approval of the Governor in Council;

(c) That the trusteeship of the Indians in the said territory, and the management of any lands now or hereafter reserved for their use, shall remain in the Government of Canada subject to the control of Parliament.

[44] The 1912 transfer of lands confirmed that Ontario would stand in Canada's shoes with respect to the rights of the Indians in those lands (s. 2(a)). The reference to the "rights of the Indian inhabitants" in s. 2(a) includes the harvesting rights under Treaty 3. As the Court of Appeal said, "[t]his condition contemplates, therefore, that Ontario could take up Keewatin lands under the treaty only to the same extent that Canada could validly

exploitations minières et forestières ou pour d'autres fins; et l'adhésion de la province d'Ontario sera nécessaire pour le choix des dites réserves.

[42] L'accord stipule donc expressément que l'Ontario a le droit de prendre les terres. Il ne fait pas mention d'un quelconque rôle permanent de surveillance du Canada, ni d'un quelconque processus fédéro-provincial en deux étapes. Je conviens avec la Cour d'appel que l'accord de 1894 *confirme* le droit de l'Ontario de prendre les terres visées par le Traité n° 3 du fait de sa possession et de sa propriété effective du territoire. Il ne *modifie* pas le Traité n° 3.

[43] L'accord de 1894 s'appliquait au territoire disputé, et non aux terres de Keewatin. En 1912, la *Loi de l'extension des frontières de l'Ontario* a repoussé les limites de l'Ontario pour englober le territoire de Keewatin. Elle renferme notamment les conditions suivantes :

2. . . .

a) que la province de l'Ontario reconnaîtra les droits des habitants sauvages dans le territoire ci-dessus décrit, dans la même mesure, et obtiendra la remise de ces droits de la même manière, que le Gouvernement du Canada a ci-devant reconnu ces droits et obtenu leur remise, et ladite province supportera et acquittera toutes les charges et dépenses se rattachant à ces remises ou en résultant;

b) que nulle pareille remise ne sera faite ou obtenue qu'avec l'approbation du Gouverneur en conseil;

c) que la tutelle des sauvages dans ledit territoire et l'administration de toutes terres maintenant ou ci-après réservées pour leur usage, restera à la charge du Gouvernement du Canada, subordonné au contrôle du Parlement.

[44] Le transfert des terres en 1912 a confirmé la substitution de l'Ontario au Canada en ce qui concerne les droits accordés aux Indiens sur les terres en cause (al. 2a)). Les « droits des habitants sauvages » mentionnés à l'al. 2a) englobent les droits de récolte conférés par le Traité n° 3. Comme le fait remarquer la Cour d'appel, [TRADUCTION] « [c]ette condition suppose donc que l'Ontario ne peut prendre les terres de Keewatin en application du traité

do so prior to 1912” (para. 198). Section 2(b) provided that Canada’s approval was required for the *surrender* of Aboriginal rights — not the taking up of land pursuant to the taking-up clause. The evidence at trial was that the reference to the surrender of rights is a reference to lands not ceded by treaty (para. 1082). Finally, s. 2(c) provided that the trusteeship of *Indians* and the management of *reserved* lands would remain with the Government of Canada, subject to the control of Parliament.

[45] In my view, this legislation means that the federal government would remain responsible for Indians and lands reserved to Indians under its power over Indians pursuant to s. 91(24) of the *Constitution Act, 1867*, but that the taking up of other lands within the territory would be for the Province of Ontario alone. Nothing in the legislation contemplates a two-step process involving both levels of government.

[46] This legislation did not constitute a transfer of Crown rights and obligations by Canada to Ontario, as the appellants argue, but a transfer of beneficial interest in land. Having acquired the land, Ontario’s constitutional power over lands within its boundaries entitled it to take up lands, subject to the Crown’s duties to the Aboriginal peoples who had interests in the land.

[47] It is argued that the 1912 Legislation is not as explicit as the 1894 Agreement with respect to Ontario’s power to take up lands under the treaty. While that may be true, there was no need for the 1912 Legislation to use the same language as the 1894 Agreement. I have concluded that the 1894 Agreement *confirmed* Ontario’s rights at the time the parties entered into Treaty 3, while the 1912 Legislation transferred beneficial ownership of the Keewatin lands to Ontario along with the responsibilities which attached to those lands. Moreover, as discussed above, the wording of s. 2(a) in the 1912 Legislation constitutes an explicit acknowledgement that Ontario could henceforward do whatever Canada had done before it, i.e. take up

que dans la mesure où le Canada pouvait valablement le faire avant 1912 » (par. 198). L’alinéa 2b) prévoit l’obligation d’obtenir l’approbation du Canada pour la *remise* de droits des Autochtones, non pour la prise de terres en application de la clause pertinente. La preuve offerte au procès indique que la mention de la remise des droits se rapporte aux terres non cédées dans le traité (par. 1082). Enfin, l’al. 2c) dispose que la tutelle des *sauvages* et l’administration des terres *réservées* demeurent à la charge du gouvernement du Canada, sous réserve du contrôle du Parlement.

[45] À mon avis, il s’ensuit que le gouvernement fédéral demeurerait responsable des Indiens et des terres réservées aux Indiens en vertu du pouvoir sur les Indiens que lui conférait le par. 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, mais que seule la province de l’Ontario pouvait prendre les autres terres du territoire. Nulle disposition de la loi n’envisage un processus en deux étapes faisant intervenir les deux ordres de gouvernement.

[46] Cette loi a transféré à l’Ontario non pas les droits et les obligations de la Couronne comme le prétendent les appelants, mais bien la propriété effective des terres. Une fois les terres acquises, l’Ontario pouvait, de par son pouvoir constitutionnel sur les terres assimilées à son territoire, prendre des terres, sous réserve des obligations de la Couronne envers les peuples autochtones titulaires de droits sur les terres.

[47] On fait valoir que la loi de 1912 n’est pas aussi explicite que l’accord de 1894 en ce qui a trait au pouvoir de l’Ontario de prendre des terres visées par le traité. C’est peut-être le cas, mais il n’était pas nécessaire que la loi de 1912 reprenne le libellé de l’accord de 1894. Je conclus que l’accord de 1894 *confirme* les droits de l’Ontario au moment où les parties ont conclu le Traité n° 3, tandis que la loi de 1912 transfère à l’Ontario la propriété effective des terres de Keewatin de pair avec les obligations afférentes à celles-ci. De plus, comme je l’explique précédemment, le libellé de l’al. 2a) de la loi de 1912 reconnaît explicitement que l’Ontario pouvait désormais accomplir tous les actes jusqu’alors accomplis par le Canada, y compris celui de prendre des terres.

lands. The fact that the words “taking up” were not used in the 1912 Legislation does not diminish the import of s. 2(a).

[48] Nor did transferring to Ontario the right to take up lands within the Keewatin area amend Treaty 3, as the appellants suggest. The treaty allowed for the taking up of land by the beneficial owner of the land — after 1912, this was Ontario. Changing the beneficial owner of the land and the emanation of the Crown responsible for dealing with the lands conveyed did not amend the treaty.

[49] The 1912 Legislation altered which level of government would have authority in terms of taking up the land. It did not modify the treaty or change its partners. As this Court stated with respect to Treaty 8 in *Horseman*, at pp. 935-36:

The Transfer Agreement of 1930 changed the governmental authority which might regulate aspects of hunting in the interests of conservation. This change of governmental authority did not contradict the spirit of the original Agreement . . . [Emphasis added.]

(4) Conclusion With Respect to the Power to Take Up Lands

[50] I conclude that as a result of ss. 109, 92(5) and 92A of the *Constitution Act, 1867*, Ontario and only Ontario has the power to take up lands under Treaty 3. This is confirmed by the text of Treaty 3 and legislation dealing with Treaty 3 lands. However, this power is not unconditional. In exercising its jurisdiction over Treaty 3 lands, the Province of Ontario is bound by the duties attendant on the Crown. It must exercise its powers in conformity with the honour of the Crown, and is subject to the fiduciary duties that lie on the Crown in dealing with Aboriginal interests. These duties bind the *Crown*. When a *government* — be it the federal or a provincial government — exercises Crown power, the exercise of that power is burdened by the Crown obligations toward the Aboriginal people in question.

L’omission de tout renvoi à la « prise » de terres dans la loi de 1912 ne diminue pas la portée de l’al. 2a).

[48] Contrairement à ce que prétendent les appelants, le transfert à l’Ontario du droit de prendre des terres dans la région de Keewatin n’a pas eu pour effet de modifier le Traité n° 3, lequel accordait au propriétaire effectif du territoire — dès 1912, l’Ontario — le pouvoir de prendre des terres. Le changement de propriétaire effectif des terres et d’émanation de la Couronne chargée de l’administration des terres cédées n’a pas eu pour effet de modifier le traité.

[49] La loi de 1912 a remplacé le palier de gouvernement investi du pouvoir afférent à la prise des terres. Elle n’a pas eu pour effet de modifier le traité ou de remplacer les parties contractantes. Comme notre Cour l’explique dans l’arrêt *Horseman* (p. 935-936) au sujet du Traité n° 8 :

La Convention de transfert de 1930 a apporté un changement quant au gouvernement qui pourrait réglementer certains aspects de la chasse en vue d’assurer la conservation de la faune. Ce changement n’allait pas à l’encontre de l’esprit de la convention initiale . . . [Je souligne.]

(4) Conclusion sur le pouvoir de prendre des terres

[50] Je conclus qu’en raison de l’art. 109, du par. 92(5) et de l’art. 92A de la *Loi constitutionnelle de 1867*, l’Ontario, et lui seul, a le pouvoir de prendre des terres visées par le Traité n° 3. C’est ce que confirment le texte du traité et les lois s’y rapportant. Toutefois, ce pouvoir n’est pas inconditionnel. La province de l’Ontario est liée, dans l’exercice de ce pouvoir, par les obligations qui incombent à la Couronne. Elle doit l’exercer conformément à l’honneur de la Couronne et elle est assujettie aux obligations fiduciaires de Sa Majesté à l’égard des intérêts autochtones. Ces obligations lient la *Couronne*. Le *gouvernement* qui exerce un pouvoir de la Couronne — qu’il s’agisse du gouvernement fédéral ou d’un gouvernement provincial — est assujetti aux obligations de la Couronne envers le peuple autochtone concerné.

[51] These duties mean that for land to be taken up under Treaty 3, the harvesting rights of the Ojibway over the land must be respected. Any taking up of the land for forestry or other purposes must meet the conditions set out by this Court in *Mikisew*. As explained by the Ontario Court of Appeal (at paras. 206-12), the Crown's right to take up lands under Treaty 3 is subject to its duty to consult and, if appropriate, accommodate First Nations' interests beforehand (*Mikisew*, at para. 56). This duty is grounded in the honour of the Crown and binds the Province of Ontario in the exercise of the Crown's powers.

[52] Where a province intends to take up lands for the purposes of a project within its jurisdiction, the Crown must inform itself of the impact the project will have on the exercise by the Ojibway of their rights to hunt, fish and trap, and communicate its findings to them. It must then deal with the Ojibway in good faith, and with the intention of substantially addressing their concerns (*Mikisew*, at para. 55; *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010, at para. 168). The adverse impact of the Crown's project (and the extent of the duty to consult and accommodate) is a matter of degree, but consultation cannot exclude accommodation at the outset. Not every taking up will constitute an infringement of the harvesting rights set out in Treaty 3. This said, if the taking up leaves the Ojibway with no meaningful right to hunt, fish or trap in relation to the territories over which they traditionally hunted, fished, and trapped, a potential action for treaty infringement will arise (*Mikisew*, at para. 48).

B. *Does the Doctrine of Interjurisdictional Immunity Preclude Ontario From Justifying Infringement of Treaty 3 Rights?*

[53] I have concluded that Ontario has the power to take up lands in the Keewatin area under Treaty 3, without federal approval or supervision. Provided it does so in a manner that respects the requirements set out in *Mikisew*, doing this does not breach Treaty 3 harvesting rights. If Ontario's taking up of Keewatin lands amounts to an infringement of the

[51] L'existence de ces obligations subordonne la prise de terres au respect des droits de récolte des Ojibways sur ces terres. Toute prise de terres à des fins d'exploitation forestière ou autre doit respecter les conditions énoncées par notre Cour dans l'arrêt *Mikisew*. Comme l'explique la Cour d'appel (par. 206-212), le droit de la Couronne de prendre des terres visées par le Traité n° 3 est assujéti à l'obligation préalable de consulter les Premières Nations et, s'il y a lieu, de trouver des accommodements à leurs intérêts (*Mikisew*, par. 56). Cette obligation découle de l'honneur de la Couronne et elle lie la province de l'Ontario lorsqu'elle exerce les pouvoirs de la Couronne.

[52] Lorsqu'une province compte prendre des terres aux fins d'une entreprise qui relève de sa compétence, il appartient à la Couronne de déterminer quelles conséquences aura cette entreprise sur l'exercice des droits de chasse, de pêche et de piégeage des Ojibways, et d'en informer ces derniers. Elle doit ensuite s'efforcer de traiter avec eux de bonne foi et dans l'intention de tenir réellement compte de leurs préoccupations (*Mikisew*, par. 55; *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010, par. 168). L'effet préjudiciable de l'entreprise de la Couronne — et l'étendue de son obligation de consulter et d'accommoder — est affaire de degré, mais la consultation ne saurait exclure d'emblée l'accommodement. Toute prise de terres ne portera pas atteinte aux droits de récolte énoncés dans le Traité n° 3, mais cela dit, si la prise dépouille les Ojibways de tout droit réel de chasse, de pêche ou de piégeage sur leurs territoires traditionnels de pêche, de chasse et de piégeage, une action en violation du traité pourra être intentée (*Mikisew*, par. 48).

B. *La doctrine de l'exclusivité des compétences empêche-t-elle l'Ontario de justifier l'atteinte aux droits conférés par le Traité n° 3?*

[53] J'arrive à la conclusion que l'Ontario a le pouvoir de prendre des terres de la région de Keewatin visées par le Traité n° 3 sans approbation ni surveillance fédérales. Dès lors que, ce faisant, il respecte les exigences énoncées dans l'arrêt *Mikisew*, l'Ontario ne porte pas atteinte aux droits de récolte conférés par le Traité n° 3. Lorsque la

treaty, the *Sparrow/Badger* analysis under s. 35 of the *Constitution Act, 1982* will determine whether the infringement is justified (*R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075; *R. v. Badger*, [1996] 1 S.C.R. 771). The doctrine of interjurisdictional immunity does not preclude the Province from justifiably infringing treaty rights (*Tsilhqot'in Nation v. British Columbia*, 2014 SCC 44, [2014] 2 S.C.R. 256). While it is unnecessary to consider this issue, this Court's decision in *Tsilhqot'in Nation* is a full answer.

VII. Conclusion

[54] I would dismiss this appeal.

[55] Prior to this appeal, the Court ordered Ontario and Canada to pay the appellant the Grassy Narrows First Nation advance costs of this appeal. For that reason, there is no need for a further costs award with respect to the Grassy Narrows First Nation. However, the appellant the Wabauskang First Nation also seeks its costs of this appeal. With the consent of Ontario and in light of the fact that Canada does not oppose such an order, costs of the appeal are now also awarded to the Wabauskang First Nation, on the same basis as the costs order earlier granted to the Grassy Narrows First Nation.

APPENDIX A

[Treaty 3 taking-up clause]

Her Majesty further agrees with Her said Indians that they, the said Indians, shall have [the] right to pursue their avocations of hunting and fishing throughout the tract surrendered as hereinbefore described, subject to such regulations as may from time to time be made by Her Government of Her Dominion of Canada, and saving and excepting such tracts as may, from time to time, be required or taken up for settlement, mining, lumbering or other purposes by Her said Government of the Dominion of Canada, or by any of the subjects thereof duly authorized therefor by the said Government.

prise de terres de la région de Keewatin par l'Ontario portera atteinte au traité, l'analyse des arrêts *Sparrow* et *Badger* fondée sur l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* permettra de statuer sur la justification de l'atteinte (*R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075; *R. c. Badger*, [1996] 1 R.C.S. 771). La doctrine de l'exclusivité des compétences n'empêche pas la province de justifier l'atteinte à un droit issu d'un traité (*Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, 2014 CSC 44, [2014] 2 R.C.S. 256). Bien qu'il ne soit pas nécessaire de se pencher sur ce point, l'arrêt *Nation Tsilhqot'in* apporte une réponse complète.

VII. Dispositif

[54] Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

[55] En amont du pourvoi, la Cour a ordonné que l'Ontario et le Canada versent à l'appelante la Première Nation de Grassy Narrows une provision pour ses dépens en appel. C'est pourquoi il n'y a pas lieu de rendre une autre ordonnance sur les dépens en ce qui concerne cette Première Nation. Toutefois, l'appelante la Première Nation de Wabauskang demande elle aussi l'adjudication de ses dépens en appel. Avec l'accord de l'Ontario et vu l'absence d'opposition du Canada à une ordonnance en ce sens, la Première Nation de Wabauskang se voit également accorder aujourd'hui ses dépens en appel sur la même base que la Première Nation de Grassy Narrows.

ANNEXE A

[Clause de prise des terres du Traité n° 3]

Sa Majesté convient de plus avec les dits Indiens qu'ils, les dits Indiens, auront le droit de se livrer à la chasse et à la pêche dans l'étendue du pays cédé comme décrit ci-haut, sujet à tels règlements qui pourront être faits de temps à autre par son gouvernement du Canada, et excepté telles étendues qui pourront être nécessaires ou requises pour la colonisation, les mines, la coupe du bois ou autres fins par son dit gouvernement du Canada ou par aucun de ses sujets dûment autorisés à cet effet par le dit gouvernement.

Constitution Act, 1867

92. [Subjects of exclusive Provincial Legislation] In each Province the Legislature may exclusively make Laws in relation to Matters coming within the Classes of Subjects next hereinafter enumerated; that is to say,

-
5. The Management and Sale of the Public Lands belonging to the Province and of the Timber and Wood thereon.
-

92A. (1) [Laws respecting non-renewable natural resources, forestry resources and electrical energy] In each province, the legislature may exclusively make laws in relation to

- (a) exploration for non-renewable natural resources in the province;
- (b) development, conservation and management of non-renewable natural resources and forestry resources in the province, including laws in relation to the rate of primary production therefrom; and
- (c) development, conservation and management of sites and facilities in the province for the generation and production of electrical energy.

(2) [Export from provinces of resources] In each province, the legislature may make laws in relation to the export from the province to another part of Canada of the primary production from non-renewable natural resources and forestry resources in the province and the production from facilities in the province for the generation of electrical energy, but such laws may not authorize or provide for discrimination in prices or in supplies exported to another part of Canada.

(3) [Authority of Parliament] Nothing in subsection (2) derogates from the authority of Parliament to enact laws in relation to the matters referred to in that subsection and, where such a law of Parliament and a law of a province conflict, the law of Parliament prevails to the extent of the conflict.

Loi constitutionnelle de 1867

92. [Sujets soumis au contrôle exclusif de la législation provinciale] Dans chaque province la législature pourra exclusivement faire des lois relatives aux matières tombant dans les catégories de sujets ci-dessous énumérés, savoir :

-
5. L'administration et la vente des terres publiques appartenant à la province, et des bois et forêts qui s'y trouvent;
-

92A. (1) [Compétence provinciale] La législature de chaque province a compétence exclusive pour légiférer dans les domaines suivants :

- (a) prospection des ressources naturelles non renouvelables de la province;
- (b) exploitation, conservation et gestion des ressources naturelles non renouvelables et des ressources forestières de la province, y compris leur rythme de production primaire;
- (c) aménagement, conservation et gestion des emplacements et des installations de la province destinés à la production d'énergie électrique.

(2) [Exportation hors des provinces] La législature de chaque province a compétence pour légiférer en ce qui concerne l'exportation, hors de la province, à destination d'une autre partie du Canada, de la production primaire tirée des ressources naturelles non renouvelables et des ressources forestières de la province, ainsi que de la production d'énergie électrique de la province, sous réserve de ne pas adopter de lois autorisant ou prévoyant des disparités de prix ou des disparités dans les exportations destinées à une autre partie du Canada.

(3) [Pouvoir du Parlement] Le paragraphe (2) ne porte pas atteinte au pouvoir du Parlement de légiférer dans les domaines visés à ce paragraphe, les dispositions d'une loi du Parlement adoptée dans ces domaines l'emportant sur les dispositions incompatibles d'une loi provinciale.

(4) [Taxation of resources] In each province, the legislature may make laws in relation to the raising of money by any mode or system of taxation in respect of

(a) non-renewable natural resources and forestry resources in the province and the primary production therefrom, and

(b) sites and facilities in the province for the generation of electrical energy and the production therefrom,

whether or not such production is exported in whole or in part from the province, but such laws may not authorize or provide for taxation that differentiates between production exported to another part of Canada and production not exported from the province.

(5) [“Primary production”] The expression “primary production” has the meaning assigned by the Sixth Schedule.

(6) [Existing powers or rights] Nothing in subsections (1) to (5) derogates from any powers or rights that a legislature or government of a province had immediately before the coming into force of this section.

109. [Property in Lands, Mines, etc.] All Lands, Mines, Minerals, and Royalties belonging to the several Provinces of Canada, Nova Scotia, and New Brunswick at the Union, and all Sums then due or payable for such Lands, Mines, Minerals, or Royalties, shall belong to the several Provinces of Ontario, Quebec, Nova Scotia, and New Brunswick in which the same are situate or arise, subject to any Trusts existing in respect thereof, and to any Interest other than that of the Province in the same.

Constitution Act, 1982

35. (1) [Recognition of existing aboriginal and treaty rights] The existing aboriginal and treaty rights of the aboriginal peoples of Canada are hereby recognized and affirmed.

(2) [Definition of “aboriginal peoples of Canada”] In this Act, “aboriginal peoples of Canada” includes the Indian, Inuit and Métis peoples of Canada.

(4) [Taxation des ressources] La législature de chaque province a compétence pour prélever des sommes d’argent par tout mode ou système de taxation :

a) des ressources naturelles non renouvelables et des ressources forestières de la province, ainsi que de la production primaire qui en est tirée;

b) des emplacements et des installations de la province destinés à la production d’énergie électrique, ainsi que de cette production même.

Cette compétence peut s’exercer indépendamment du fait que la production en cause soit ou non, en totalité ou en partie, exportée hors de la province, mais les lois adoptées dans ces domaines ne peuvent autoriser ou prévoir une taxation qui établisse une distinction entre la production exportée à destination d’une autre partie du Canada et la production non exportée hors de la province.

(5) [« Production primaire »] L’expression « production primaire » a le sens qui lui est donné dans la sixième annexe.

(6) [Pouvoirs ou droits existants] Les paragraphes (1) à (5) ne portent pas atteinte aux pouvoirs ou droits détenus par la législature ou le gouvernement d’une province lors de l’entrée en vigueur du présent article.

109. [Propriété des terres, mines, etc.] Toutes les terres, mines, minéraux et réserves royales appartenant aux différentes provinces du Canada, de la Nouvelle-Écosse et du Nouveau-Brunswick lors de l’union, et toutes les sommes d’argent alors dues ou payables pour ces terres, mines, minéraux et réserves royales, appartiendront aux différentes provinces d’Ontario, Québec, la Nouvelle-Écosse et le Nouveau-Brunswick, dans lesquelles ils sont sis et situés, ou exigibles, restant toujours soumis aux charges dont ils sont grevés, ainsi qu’à tous intérêts autres que ceux que peut y avoir la province.

Loi constitutionnelle de 1982

35. (1) [Confirmation des droits existants des peuples autochtones] Les droits existants — ancestraux ou issus de traités — des peuples autochtones du Canada sont reconnus et confirmés.

(2) [Définition de « peuples autochtones du Canada »] Dans la présente loi, « peuples autochtones du Canada » s’entend notamment des Indiens, des Inuit et des Métis du Canada.

(3) [Land claims agreements] For greater certainty, in subsection (1) “treaty rights” includes rights that now exist by way of land claims agreements or may be so acquired.

(4) [Aboriginal and treaty rights are guaranteed equally to both sexes] Notwithstanding any other provision of this Act, the aboriginal and treaty rights referred to in subsection (1) are guaranteed equally to male and female persons.

Act for the settlement of certain questions between the Governments of Canada and Ontario respecting Indian Lands (1891) (U.K.), 54 & 55 Vict., c. 5, Sch. [1894 Agreement]

1. With respect to the tracts to be, from time to time, taken up for settlement, mining, lumbering or other purposes and to the regulations required in that behalf, as in the said treaty mentioned, it is hereby conceded and declared that, as the Crown lands in the surrendered tract have been decided to belong to the Province of Ontario, or to Her Majesty in right of the said Province, the rights of hunting and fishing by the Indians throughout the tract surrendered, not including the reserves to be made thereunder, do not continue with reference to any tracts which have been, or from time to time may be, required or taken up for settlement, mining, lumbering or other purposes by the Government of Ontario or persons duly authorized by the said Government of Ontario; and that the concurrence of the Province of Ontario is required in the selection of the said reserves.

Ontario Boundaries Extension Act, S.C. 1912, c. 40 [1912 Legislation]

2. . . .

(a) That the province of Ontario will recognize the rights of the Indian inhabitants in the territory above described to the same extent, and will obtain surrenders of such rights in the same manner, as the Government of Canada has heretofore recognized such rights and has obtained surrender thereof, and the said province shall bear and satisfy all charges and expenditure in connection with or arising out of such surrenders;

(b) That no such surrender shall be made or obtained except with the approval of the Governor in Council;

(c) That the trusteeship of the Indians in the said territory, and the management of any lands now or hereafter

(3) [Accords sur des revendications territoriales] Il est entendu que sont compris parmi les droits issus de traités, dont il est fait mention au paragraphe (1), les droits existants issus d’accords sur des revendications territoriales ou ceux susceptibles d’être ainsi acquis.

(4) [Égalité de garantie des droits pour les deux sexes] Indépendamment de toute autre disposition de la présente loi, les droits — ancestraux ou issus de traités — visés au paragraphe (1) sont garantis également aux personnes des deux sexes.

Acte pour régler certaines questions pendantes entre les gouvernements du Canada et d’Ontario relativement à certaines terres des Sauvages (1891) (R.-U.), 54 & 55 Vict., ch. 5 [accord de 1894]

1. Relativement aux espaces de terres à prendre de temps à autre pour la colonisation, les entreprises minières ou forestières ou pour d’autres fins, et relativement aux règlements à établir à cet égard, comme le mentionne le dit traité, il est par le présent admis et déclaré que, les terres de la Couronne dans le territoire cédé ayant été reconnues appartenir à la province d’Ontario, ou à Sa Majesté pour le compte de la dite province, le droit de chasse et de pêche des Sauvages dans l’étendue du territoire cédé, abstraction faite des réserves à désigner d’après le dit traité, cesse d’exister dans les espaces qui ont été ou pourront être de temps en temps jugés nécessaires, et distraits par le gouvernement d’Ontario ou ses agents dûment autorisés, pour la colonisation, les exploitations minières et forestières ou pour d’autres fins; et l’adhésion de la province d’Ontario sera nécessaire pour le choix des dites réserves.

Loi de l’extension des frontières de l’Ontario, S.C. 1912, ch. 40 [loi de 1912]

2. . . .

(a) que la province de l’Ontario reconnaîtra les droits des habitants sauvages dans le territoire ci-dessus décrit, dans la même mesure, et obtiendra la remise de ces droits de la même manière, que le Gouvernement du Canada a ci-devant reconnu ces droits et obtenu leur remise, et ladite province supportera et acquittera toutes les charges et dépenses se rattachant à ces remises ou en résultant;

(b) que nulle pareille remise ne sera faite ou obtenue qu’avec l’approbation du Gouverneur en conseil;

(c) que la tutelle des sauvages dans ledit territoire et l’administration de toutes terres maintenant ou ci-après

reserved for their use, shall remain in the Government of Canada subject to the control of Parliament.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellants Andrew Keewatin Jr. and Joseph William Fobister, on their own behalf and on behalf of all other members of the Grassy Narrows First Nation: Janes Freedman Kyle Law Corporation, Vancouver and Victoria.

Solicitors for the appellant Leslie Cameron, on his own behalf and on behalf of all other members of the Wabauskang First Nation: First Peoples Law, Vancouver.

Solicitor for the respondent the Minister of Natural Resources: Attorney General of Ontario, Toronto.

Solicitors for the respondent Resolute FP Canada Inc. (formerly Abitibi-Consolidated Inc.): Aird & Berlis, Toronto.

Solicitor for the respondent the Attorney General of Canada: Attorney General of Canada, Saskatoon and Vancouver.

Solicitors for the respondent Goldcorp Inc.: Osler Hoskin & Harcourt, Calgary; Cassels Brock & Blackwell, Toronto.

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

Solicitor for the intervener the Attorney General of British Columbia: Attorney General of British Columbia, Victoria.

Solicitor for the intervener the Attorney General for Saskatchewan: Attorney General for Saskatchewan, Regina.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Alberta: Attorney General of Alberta, Edmonton.

Solicitors for the intervener the Grand Council of Treaty # 3: Hutchins Légal inc., Montréal.

réservées pour leur usage, restera à la charge du Gouvernement du Canada, subordonné au contrôle du Parlement.

Pourvoi rejeté.

Procureurs des appelants Andrew Keewatin Jr. et Joseph William Fobister, en leur propre nom et au nom de tous les autres membres de la Première Nation de Grassy Narrows : Janes Freedman Kyle Law Corporation, Vancouver et Victoria.

Procureurs de l'appelant Leslie Cameron, en son propre nom et au nom de tous les autres membres de la Première Nation de Wabauskang : First Peoples Law, Vancouver.

Procureur de l'intimé le ministre des Ressources naturelles : Procureur général de l'Ontario, Toronto.

Procureurs de l'intimée PF Résolu Canada Inc. (anciennement Abitibi-Consolidated Inc.) : Aird & Berlis, Toronto.

Procureur de l'intimé le procureur général du Canada : Procureur général du Canada, Saskatoon et Vancouver.

Procureurs de l'intimée Goldcorp Inc. : Osler Hoskin & Harcourt, Calgary; Cassels Brock & Blackwell, Toronto.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Manitoba : Procureur général du Manitoba, Winnipeg.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique : Procureur général de la Colombie-Britannique, Victoria.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan : Procureur général de la Saskatchewan, Regina.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Alberta : Procureur général de l'Alberta, Edmonton.

Procureurs de l'intervenant le Grand Conseil du Traité n° 3 : Hutchins Légal inc., Montréal.

Solicitors for the interveners the Blood Tribe, the Beaver Lake Cree Nation, the Ermineskin Cree Nation, the Siksika Nation and the Whitefish Lake First Nation # 128: MacPherson Leslie & Tyerman, Edmonton and Calgary.

Solicitors for the intervener the Fort McKay First Nation: Henning Byrne, Edmonton; Shores Jardine, Edmonton.

Solicitors for the intervener the Te'mexw Treaty Association: Janes Freedman Kyle Law Corporation, Vancouver.

Solicitor for the interveners the Ochiichagwe'-Babigo'Ining First Nation, the Ojibways of Onigaming First Nation, the Big Grassy First Nation and the Naotkamegwanning First Nation: Donald R. Colborne, Victoria.

Solicitors for the intervener the Métis Nation of Ontario: Pape Salter Teillet, Toronto.

Solicitors for the intervener the Cowichan Tribes, represented by Chief William Charles Seymour, on his own behalf and on behalf of the members of the Cowichan Tribes: Woodward & Company, Victoria.

Solicitors for the interveners the Lac Seul First Nation and the Sandy Lake First Nation: Keshen & Major, Kenora, Ont.

Solicitors for the intervener the Assembly of First Nations/National Indian Brotherhood: Farris, Vaughan, Wills & Murphy, Vancouver.

Procureurs des intervenantes la Tribu des Blood, la Nation crie de Beaver Lake, la Nation crie d'Ermineskin, la Nation Siksika et la Première Nation du lac Whitefish n° 128 : MacPherson Leslie & Tyerman, Edmonton et Calgary.

Procureurs de l'intervenante la Première Nation de Fort McKay : Henning Byrne, Edmonton; Shores Jardine, Edmonton.

Procureurs de l'intervenante l'Association du traité des Te'mexw : Janes Freedman Kyle Law Corporation, Vancouver.

Procureur des intervenantes la Première Nation Ochiichagwe'Babigo'Ining, la Première Nation des Ojibways d'Onigaming, la Première Nation de Big Grassy et la Première Nation de Naotkamegwanning : Donald R. Colborne, Victoria.

Procureurs de l'intervenante Métis Nation of Ontario : Pape Salter Teillet, Toronto.

Procureurs de l'intervenante les Tribus Cowichan, représentées par le chef William Charles Seymour, en son propre nom et au nom des membres des Tribus Cowichan : Woodward & Company, Victoria.

Procureurs des intervenantes la Première Nation du lac Seul et la Première Nation du lac Sandy : Keshen & Major, Kenora, Ont.

Procureurs de l'intervenante l'Assemblée des Premières Nations/Fraternité des Indiens du Canada : Farris, Vaughan, Wills & Murphy, Vancouver.

Attorney General of Canada *Appellant*

v.

**Confédération des syndicats nationaux
and Fédération des travailleurs et
travailleuses du Québec** *Respondents*

INDEXED AS: CANADA (ATTORNEY GENERAL) v.
CONFÉDÉRATION DES SYNDICATS NATIONAUX

2014 SCC 49

File No.: 35124.

2014: January 20; 2014: July 17.

Present: McLachlin C.J. and LeBel, Abella, Rothstein,
Moldaver, Karakatsanis and Wagner JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
QUEBEC

Civil procedure — Motion to dismiss — Stare decisis — Action to have certain statutory provisions relating to employment insurance declared unconstitutional — Motion to dismiss on basis that issues being raised had already been decided by Supreme Court of Canada in earlier decision — Whether motion to institute proceedings is correct in law even if alleged facts are assumed to be true — Code of Civil Procedure, CQLR, c. C-25, art. 165(4).

In 1998 and 1999, some unions went to court to strike down certain provisions of the *Employment Insurance Act*, S.C. 1996, c. 23, in particular those relating to the premium-setting mechanism, which had made it possible to accumulate surpluses totalling several billion dollars. In their view, the government was reallocating these surpluses to its general expenses, which constituted a misappropriation of monies that were supposed to be earmarked for employment insurance. In 2008, in *Confédération des syndicats nationaux v. Canada (Attorney General)*, 2008 SCC 68, [2008] 3 S.C.R. 511 (“*CSN v. Canada*”), the Court declared that the measures adopted in the *Employment Insurance Act* were valid and constitutional, with the exception of those that applied in 2002, 2003 and 2005, and it suspended the effect of the declaration of invalidity for 12 months to enable Parliament to rectify the situation. In 2010, Parliament enacted the *Jobs and Economic Growth Act*, S.C. 2010, c. 12, which closed the Employment Insurance Account and created a new

Procureur général du Canada *Appellant*

c.

**Confédération des syndicats nationaux
et Fédération des travailleurs et
travailleuses du Québec** *Intimées*

RÉPERTORIÉ : CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) c.
CONFÉDÉRATION DES SYNDICATS NATIONAUX

2014 CSC 49

N° du greffe : 35124.

2014 : 20 janvier; 2014 : 17 juillet.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges LeBel,
Abella, Rothstein, Moldaver, Karakatsanis et Wagner.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Procédure civile — Requête en irrecevabilité — Stare decisis — Recours visant à faire déclarer inconstitutionnelles certaines dispositions législatives relatives à l'assurance-emploi — Requête en irrecevabilité présentée au motif qu'un arrêt rendu auparavant par la Cour suprême du Canada tranchait déjà les questions soulevées — La requête introductive d'instance est-elle fondée en droit, supposé même que les faits allégués soient vrais? — Code de procédure civile, RLRQ, ch. C-25, art. 165(4).

En 1998 et 1999, des syndicats se sont adressés aux tribunaux pour faire invalider certaines dispositions de la *Loi sur l'assurance-emploi*, L.C. 1996, ch. 23, notamment celles relatives au mécanisme de fixation des cotisations et ayant permis d'accumuler des surplus de plusieurs milliards de dollars. Selon eux, le gouvernement réaffectait ces surplus à ses dépenses générales, ce qui constituait un détournement des fonds qui devaient être réservés à l'assurance-emploi. En 2008, dans son arrêt *Confédération des syndicats nationaux c. Canada (Procureur général)*, 2008 CSC 68, [2008] 3 R.C.S. 511 (« *CSN c. Canada* »), la Cour a déclaré que les mesures adoptées en vertu de la *Loi sur l'assurance-emploi* étaient valides et constitutionnelles, sauf pour les années 2002, 2003 et 2005, et elle a suspendu l'effet de la déclaration d'invalidité pour une période de 12 mois afin de permettre au législateur de rectifier la situation. En 2010, le Parlement a adopté la *Loi sur l'emploi et la croissance économique*, L.C. 2010, ch. 12, laquelle a fermé le Compte

Employment Insurance Operating Account, retroactive to January 1, 2009. The Act did not specify that the balance of the Employment Insurance Account, which at that point amounted to over \$57 billion, was to be transferred to the new Employment Insurance Operating Account. The CSN and the FTQ (the “unions”) then filed a motion to institute proceedings in order to have certain provisions of the *Jobs and Economic Growth Act* declared unconstitutional. The Attorney General of Canada submitted that the issues raised by the unions had already been decided by the Court in *CSN v. Canada* and moved to dismiss the action under art. 165(4) of the *Code of Civil Procedure*, CQLR, c. C-25. The motion to dismiss was granted by the Quebec Superior Court, but the Court of Appeal set aside that decision. It found that the action was concerned with the effects of the act of eliminating the balance in the Employment Insurance Account and the resulting accounting entries, an issue that had not been disposed of in *CSN v. Canada*.

Held: The appeal should be allowed.

Before granting a motion to dismiss on the basis that an authoritative decision has already resolved the issue before him or her, the judge must be satisfied in light of the record and the alleged facts that the precedent relied on by the applicant concerns the entire dispute that it should normally resolve, and that it provides a complete, certain and final solution to the dispute.

In this case, the unions’ action is bound to fail. The action’s underlying premise is that a balance in the Employment Insurance Account is a debt owed by the Consolidated Revenue Fund to that account. In the unions’ view, the premiums paid in the context of the employment insurance program are constitutionally valid only if they are properly accounted for. However, *CSN v. Canada* settled the law in this regard, and it deprives the motion to institute proceedings of any legal basis. In that case, the Court held that the amounts collected as contributions to the employment insurance program form part of the government’s revenues and can be used for purposes other than paying benefits. Although the connection between the program and the premiums is a factor that can be considered in determining the nature of the levies, it is wrong to say that the validity of these levies depends on the existence of that connection. Furthermore, no debt of the Consolidated Revenue Fund to the Employment Insurance Account ever existed, since the government cannot be indebted to itself. Because the action has no reasonable chance of success, art. 165(4) of the *Code of*

d’assurance-emploi et créé un nouveau Compte des opérations de l’assurance-emploi, de façon rétroactive au 1^{er} janvier 2009. Cette loi ne prévoyait aucun transfert du solde créditeur du Compte d’assurance-emploi — lequel s’établissait alors à plus de 57 milliards de dollars — vers le nouveau Compte des opérations de l’assurance-emploi. La CSN et la FTQ (les « syndicats ») ont alors déposé une requête introductive d’instance pour faire déclarer inconstitutionnelles certaines dispositions de la *Loi sur l’emploi et la croissance économique*. Soutenant que les questions soulevées par les syndicats avaient déjà été tranchées par la Cour dans l’arrêt *CSN c. Canada*, le procureur général du Canada a présenté une requête en irrecevabilité fondée sur le par. 165(4) du *Code de procédure civile*, RLRQ, ch. C-25. La requête en irrecevabilité a été accueillie par la Cour supérieure du Québec, mais la Cour d’appel a infirmé la décision. Elle a considéré que le litige portait sur les effets du geste d’abolition du solde créditeur du compte d’assurance-emploi et des entrées comptables en résultant, une question qui n’avait pas été tranchée dans l’arrêt *CSN c. Canada*.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli.

Avant d’accueillir une requête en irrecevabilité au motif qu’une décision faisant autorité a déjà tranché la question en litige, le juge d’instance doit être convaincu, au regard du dossier et des faits allégués, que le précédent invoqué par le requérant porte sur l’ensemble du débat qu’il devrait normalement trancher et qu’il y apporte une solution complète, certaine et définitive.

En l’espèce, le recours des syndicats est voué à l’échec. Le recours repose sur la prémisse que l’inscription au Compte d’assurance-emploi d’un solde créditeur constitue une dette du Trésor envers ce compte. Pour les syndicats, le suivi comptable des cotisations versées dans le cadre du régime d’assurance-emploi représente une condition essentielle à la validité constitutionnelle de celles-ci. Or, l’arrêt *CSN c. Canada* a fixé l’état du droit à cet égard et prive la requête introductive d’instance de tout fondement juridique. Dans cette affaire, la Cour a conclu que les sommes recueillies au titre des cotisations à la caisse d’assurance-emploi sont une portion des recettes publiques de l’État et peuvent être utilisées à d’autres fins que le paiement de prestations. Bien que le lien entre le régime et les cotisations soit un élément dont on peut tenir compte afin d’établir la nature des prélèvements, il est erroné d’affirmer que la validité de ces prélèvements dépend de l’existence de ce lien. De plus, il n’a jamais existé de dette du Trésor envers le Compte d’assurance-emploi, l’État ne pouvant être endetté envers lui-même. La demande n’ayant aucune chance raisonnable de succès,

Civil Procedure applied and it was appropriate to dismiss the action at this preliminary stage.

Cases Cited

Considered: *Confédération des syndicats nationaux v. Canada (Attorney General)*, 2008 SCC 68, [2008] 3 S.C.R. 511; **referred to:** *Westbank First Nation v. British Columbia Hydro and Power Authority*, [1999] 3 S.C.R. 134; 620 *Connaught Ltd. v. Canada (Attorney General)*, 2008 SCC 7, [2008] 1 S.C.R. 131; *Groupe d'assurance Hartford/Monitor Insurance Group v. Plomberie P.M. Inc.*, [1984] R.D.J. 17; *Groupe Jeunesse Inc. v. Loto-Québec*, 2004 CanLII 9766; *R. v. Imperial Tobacco Canada Ltd.*, 2011 SCC 42, [2011] 3 S.C.R. 45; *Morier v. Rivard*, [1985] 2 S.C.R. 716; *Bohémier v. Barreau du Québec*, 2012 QCCA 308 (CanLII); *Ville de Hampstead v. Jardins Tuileries Ltée*, [1992] R.D.J. 163; *Cheung v. Borsellino*, 2005 QCCA 865 (CanLII); *Association provinciale des constructeurs d'habitations du Québec inc. v. Société d'habitation et de développement de Montréal*, 2011 QCCA 1033 (CanLII); *Entreprises Pelletier & Garon (Toitures inc.) v. Agropur Coopérative*, 2010 QCCA 244, [2010] R.D.I. 24; *R. v. Québec (Société des alcools)*, 1998 CanLII 13129; *Saint-Eustache (Ville de) v. Régie intermunicipale Argenteuil Deux-Montagnes*, 2011 QCCA 227 (CanLII); *Westmount (City) v. Rossy*, 2012 SCC 30, [2012] 2 S.C.R. 136; *Oznaga v. Société d'exploitation des loteries et courses du Québec*, [1981] 2 S.C.R. 113; *Gillet v. Arthur*, [2005] R.J.Q. 42; *Racine v. Harvey*, 2005 QCCA 879 (CanLII); *Canada (Procureur général) v. Imperial Tobacco Ltd.*, 2012 QCCA 2034, [2012] R.J.Q. 2046, leave to appeal refused, [2013] 2 S.C.R. ix; *Canada (Attorney General) v. Bedford*, 2013 SCC 72, [2013] 3 S.C.R. 1101.

Statutes and Regulations Cited

Code of Civil Procedure, CQLR, c. C-25, art. 165.
Employment Insurance Act, S.C. 1996, c. 23, ss. 66, 66.1, 66.3.
Jobs and Economic Growth Act, S.C. 2010, c. 12, ss. 2185 et seq.

Authors Cited

Ferland, Denis, et Benoît Emery. *Précis de procédure civile du Québec*, vol. 1, 4^e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2003.
 Kélada, Henri. *Les préliminaires de défense en procédure civile*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2009.
 Reid, Hubert, et Claire Carrier. *Code de procédure civile du Québec : jurisprudence et doctrine*, 30^e éd. Montréal: Wilson & Lafleur, 2014.

le par. 165(4) du *Code de procédure civile* s'appliquait et le recours pouvait être rejeté au stade préliminaire.

Jurisprudence

Arrêt examiné : *Confédération des syndicats nationaux c. Canada (Procureur général)*, 2008 CSC 68, [2008] 3 R.C.S. 511; **arrêts mentionnés :** *Première nation de Westbank c. British Columbia Hydro and Power Authority*, [1999] 3 R.C.S. 134; 620 *Connaught Ltd. c. Canada (Procureur général)*, 2008 CSC 7, [2008] 1 R.C.S. 131; *Groupe d'assurance Hartford/Monitor Insurance Group c. Plomberie P.M. Inc.*, [1984] R.D.J. 17; *Groupe Jeunesse Inc. c. Loto-Québec*, 2004 CanLII 9766; *R. c. Imperial Tobacco Canada Ltée*, 2011 CSC 42, [2011] 3 R.C.S. 45; *Morier c. Rivard*, [1985] 2 R.C.S. 716; *Bohémier c. Barreau du Québec*, 2012 QCCA 308 (CanLII); *Ville de Hampstead c. Jardins Tuileries Ltée*, [1992] R.D.J. 163; *Cheung c. Borsellino*, 2005 QCCA 865 (CanLII); *Association provinciale des constructeurs d'habitations du Québec inc. c. Société d'habitation et de développement de Montréal*, 2011 QCCA 1033 (CanLII); *Entreprises Pelletier & Garon (Toitures inc.) c. Agropur Coopérative*, 2010 QCCA 244, [2010] R.D.I. 24; *R. c. Québec (Société des alcools)*, 1998 CanLII 13129; *Saint-Eustache (Ville de) c. Régie intermunicipale Argenteuil Deux-Montagnes*, 2011 QCCA 227 (CanLII); *Westmount (Ville) c. Rossy*, 2012 CSC 30, [2012] 2 R.C.S. 136; *Oznaga c. Société d'exploitation des loteries et courses du Québec*, [1981] 2 R.C.S. 113; *Gillet c. Arthur*, [2005] R.J.Q. 42; *Racine c. Harvey*, 2005 QCCA 879 (CanLII); *Canada (Procureur général) c. Imperial Tobacco Ltd.*, 2012 QCCA 2034, [2012] R.J.Q. 2046, autorisation d'appel refusée, [2013] 2 R.C.S. ix; *Canada (Procureur général) c. Bedford*, 2013 CSC 72, [2013] 3 R.C.S. 1101.

Lois et règlements cités

Code de procédure civile, RLRQ, ch. C-25, art. 165.
Loi sur l'assurance-emploi, L.C. 1996, ch. 23, art. 66, 66.1, 66.3.
Loi sur l'emploi et la croissance économique, L.C. 2010, ch. 12, art. 2185 et suiv.

Doctrine et autres documents cités

Ferland, Denis, et Benoît Emery. *Précis de procédure civile du Québec*, vol. 1, 4^e éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2003.
 Kélada, Henri. *Les préliminaires de défense en procédure civile*. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2009.
 Reid, Hubert, et Claire Carrier. *Code de procédure civile du Québec : jurisprudence et doctrine*, 30^e éd. Montréal : Wilson & Lafleur, 2014.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Morissette, Fournier and St-Pierre JJ.A.), 2012 QCCA 1822, [2012] AZ-50901334, [2012] J.Q. n° 9717 (QL), 2012 CarswellQue 10069, setting aside a decision of Perrault J., 2012 QCCS 128, [2012] AZ-50823420, [2012] J.Q. n° 341 (QL), 2012 CarswellQue 261. Appeal allowed.

René LeBlanc and *Pierre Salois*, for the appellant.

Guy Martin, for the respondent Confédération des syndicats nationaux.

Jean-Guy Ouellet, for the respondent Fédération des travailleurs et travailleuses du Québec.

English version of the judgment of the Court delivered by

[1] *LEBEL AND WAGNER JJ.* — Judicial resources must be husbanded to ensure that the courts function properly and that litigants have access to a justice system that meets the highest possible standards. With this in mind, lawmakers have given the courts tools to be used, even at a preliminary stage, to put an end to actions that are bound to fail. In Quebec, for example, art. 165 of the *Code of Civil Procedure*, CQLR, c. C-25 (“*C.C.P.*”), is one of the mechanisms devised to further this objective. The courts must be cautious in exercising this power, however. Although the proper administration of justice requires that the courts’ resources not be expended on actions that are bound to fail, the cardinal principle of access to justice requires that the power be used sparingly, where it is clear that an action has no reasonable chance of success.

[2] For the reasons that follow, it is in our opinion clear that the action of the respondents, the Confédération des syndicats nationaux and the Fédération des travailleurs et travailleuses du Québec (referred to collectively as the “unions”), is bound to fail. The application of the doctrine of *stare decisis* is fatal to

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel du Québec (les juges Morissette, Fournier et St-Pierre), 2012 QCCA 1822, [2012] AZ-50901334, [2012] J.Q. n° 9717 (QL), 2012 CarswellQue 10069, qui a infirmé une décision de la juge Perrault, 2012 QCCS 128, [2012] AZ-50823420, [2012] J.Q. n° 341 (QL), 2012 CarswellQue 261. Pourvoi accueilli.

René LeBlanc et *Pierre Salois*, pour l’appelant.

Guy Martin, pour l’intimée la Confédération des syndicats nationaux.

Jean-Guy Ouellet, pour l’intimée la Fédération des travailleurs et travailleuses du Québec.

Le jugement de la Cour a été rendu par

[1] *LES JUGES LEBEL ET WAGNER* — La saine administration des ressources judiciaires représente une condition essentielle pour assurer le bon fonctionnement du système judiciaire et l’accès des justiciables à une justice de qualité. Pour garantir cette saine administration, les législateurs ont doté les tribunaux d’outils leur permettant de mettre fin à des recours voués à l’échec, et ce, même à un stade préliminaire. Au Québec, à titre d’exemple, l’art. 165 du *Code de procédure civile*, RLRQ, ch. C-25 (« *C.p.c.* »), fait partie des moyens mis en place pour réaliser cet objectif. Cependant, l’exercice de ce pouvoir impose la prudence aux tribunaux. En effet, si la saine administration de la justice commande que les recours voués à l’échec n’accaparent pas les ressources des tribunaux, le principe cardinal de l’accès à la justice exige en revanche que ce pouvoir soit utilisé avec parcimonie, lorsqu’il est manifeste qu’une demande n’a aucune chance raisonnable de succès.

[2] Pour les motifs qui suivent, il est manifeste, à notre avis, que le recours entrepris par les intimées Confédération des syndicats nationaux et Fédération des travailleurs et travailleuses du Québec (collectivement les « syndicats ») est voué à l’échec. L’application de la règle du *stare decisis* est fatale à

it: this Court's 2008 decision in *Confédération des syndicats nationaux v. Canada (Attorney General)*, 2008 SCC 68, [2008] 3 S.C.R. 511 ("*CSN v. Canada*"), settled the law on the legal issues this action raises. That decision therefore deprives the unions' motion to institute proceedings of any legal basis. Since the action has no reasonable chance of success, art. 165(4) of the *Code of Civil Procedure* applied in the case at bar and it was appropriate to dismiss the action at this preliminary stage.

I. Background

[3] In 1996, the federal government carried out a major reform of the employment insurance program when it enacted the *Employment Insurance Act*, S.C. 1996, c. 23 ("*1996 Act*"). One of the main components of the reform concerned the mechanism for setting the premiums payable by workers and employers who contributed to the program, and thus the method of financing the program.

[4] Faced with periodic deficits in the program and fearing the effects of an economic downturn on the Consolidated Revenue Fund, Parliament sought, in adopting this reform, to create a reserve to enhance the program's stability while avoiding significant fluctuations in premiums. The reform quickly paid off, as there was a surplus of several billion dollars in the Employment Insurance Account on January 1, 2009.

[5] In 1998 and 1999, respectively, the Syndicat national des employés de l'aluminium d'Arvida and the Confédération des syndicats nationaux went to court to strike down certain provisions of the *1996 Act*, arguing, *inter alia*, that the premium-setting mechanism was unconstitutional because the annual surpluses in the account were being reallocated by the government to its general expenses, including budget deficit reduction. In their view, this was a misappropriation pure and simple of monies that were supposed to be earmarked for employment insurance.

leur action : l'arrêt prononcé par notre Cour en 2008 dans l'affaire *Confédération des syndicats nationaux c. Canada (Procureur général)*, 2008 CSC 68, [2008] 3 R.C.S. 511 (« *CSN c. Canada* »), a fixé l'état du droit à l'égard des questions de droit soulevées par le présent recours. Cet arrêt prive en conséquence de tout fondement juridique la requête introductive d'instance déposée par les syndicats. La demande n'ayant aucune chance raisonnable de succès, le par. 165(4) du *Code de procédure civile* s'appliquait en l'espèce et le recours pouvait être rejeté au stade préliminaire.

I. Le contexte

[3] En 1996, en édictant la *Loi sur l'assurance-emploi*, L.C. 1996, ch. 23 (« *Loi de 1996* »), le gouvernement fédéral a opéré une réforme majeure du régime d'assurance-emploi. L'un des principaux éléments de cette réforme visait le mode de fixation des cotisations payables par les travailleurs et employeurs qui contribuaient au régime et, partant, le mode de financement du régime.

[4] Aux prises avec des déficits périodiques du régime et appréhendant les effets d'une période de ralentissement économique sur le Trésor fédéral, le Parlement voulait, par sa réforme, créer une réserve pour augmenter la stabilité du régime en évitant les fluctuations importantes des cotisations. Cette réforme a rapidement porté fruit, puisqu'au 1^{er} janvier 2009, le Compte d'assurance-emploi comportait un surplus de plusieurs milliards de dollars.

[5] En 1998 et 1999 respectivement, le Syndicat national des employés de l'aluminium d'Arvida et la Confédération des syndicats nationaux s'adressent aux tribunaux pour faire invalider certaines dispositions de la *Loi de 1996*, plaidant notamment l'inconstitutionnalité du mécanisme de fixation des cotisations au motif que les excédents annuels au compte étaient réaffectés par le gouvernement à ses dépenses générales, notamment à la réduction du déficit budgétaire. Selon eux, il s'agissait purement et simplement d'un détournement des fonds qui devaient être réservés à l'assurance-emploi.

[6] In its decision of December 11, 2008, this Court declared that the measures adopted in the *1996 Act* were valid and constitutional, with the exception of those that applied in 2002, 2003 and 2005. The Court held that the premium-setting mechanism for those years was unconstitutional because it enabled the Governor in Council to impose a tax without a clear delegation of taxing authority (*CSN v. Canada*, at paras. 72 *et seq.*).

[7] For 2002, 2003 and 2005, premium rates had been set by the Governor in Council under ss. 66.1 and 66.3 of the *1996 Act*. These sections made it possible to disregard the criteria set out in s. 66, which governed the exercise of the power to set rates. Because they were silent regarding the connection between premiums and benefits, they could not be viewed as imposing a regulatory charge within the meaning of *Westbank First Nation v. British Columbia Hydro and Power Authority*, [1999] 3 S.C.R. 134, and *620 Connaught Ltd. v. Canada (Attorney General)*, 2008 SCC 7, [2008] 1 S.C.R. 131. Nor did they contain a delegation of taxing authority by Parliament to the Governor in Council. The Court accepted that, for the years in question, the improper exercise by the Governor in Council of the power conferred on Parliament was a technical defect, and it suspended the effect of the declaration of invalidity of ss. 66.1 and 66.3 for 12 months to enable Parliament to rectify the situation.

[8] On July 12, 2010, Parliament enacted the *Jobs and Economic Growth Act*, S.C. 2010, c. 12 (“*2010 Act*”), which provided, among other things, for closure of the Employment Insurance Account and the creation of a new account, called the Employment Insurance Operating Account, retroactive to January 1, 2009 (ss. 2185 *et seq.*).

[9] It is common ground that the *2010 Act* did not specify that the balance of the Employment Insurance Account, which at that point amounted to over

[6] Dans son arrêt du 11 décembre 2008, notre Cour a déclaré que les mesures adoptées en vertu de la *Loi de 1996* étaient valides et constitutionnelles, sauf pour les années 2002, 2003 et 2005. Relativement à ces années, la Cour a conclu que le mécanisme de fixation des cotisations était inconstitutionnel, car il permettait au gouverneur en conseil d’imposer une taxe sans qu’aucune délégation claire du pouvoir de taxation ne l’y autorise (*CSN c. Canada*, par. 72 *et suiv.*).

[7] En effet, pour les années 2002, 2003 et 2005, les taux de cotisation avaient été fixés par le gouverneur en conseil en vertu des art. 66.1 et 66.3 de la *Loi de 1996*. Ces dispositions permettaient de déroger aux critères prévus par l’art. 66, lesquels encadraient l’exercice du pouvoir de fixer les taux de cotisation. Parce qu’elles étaient muettes sur le lien entre les cotisations et les prestations, les dispositions ne pouvaient être considérées comme imposant une charge réglementaire au sens des arrêts *Première nation de Westbank c. British Columbia Hydro and Power Authority*, [1999] 3 R.C.S. 134, et *620 Connaught Ltd. c. Canada (Procureur général)*, 2008 CSC 7, [2008] 1 R.C.S. 131. Elles ne comportaient pas non plus de délégation par le Parlement d’un pouvoir de taxation au gouverneur en conseil. La Cour a reconnu que, pour les années en question, l’exercice irrégulier par le gouverneur en conseil du pouvoir dévolu au Parlement constituait un défaut technique, et elle a suspendu l’effet de la déclaration d’invalidité constitutionnelle des art. 66.1 et 66.3 pour une période de 12 mois, afin de permettre au législateur de rectifier la situation.

[8] Le 12 juillet 2010, le Parlement a adopté la *Loi sur l’emploi et la croissance économique*, L.C. 2010, ch. 12 («*Loi de 2010*»), qui prévoyait notamment la fermeture du Compte d’assurance-emploi et la création d’un nouveau compte, appelé Compte des opérations de l’assurance-emploi, de façon rétroactive au 1^{er} janvier 2009 (art. 2185 *et suiv.*).

[9] Il est admis que la *Loi de 2010* ne prévoyait aucun transfert du solde créditeur du Compte d’assurance-emploi — lequel s’établissait alors à

\$57 billion, was to be transferred to the new Employment Insurance Operating Account. This, then, is the context in which the litigation began.

II. Judicial History

[10] In April 2011, the unions filed a motion to institute proceedings in order to have certain provisions of the *2010 Act* declared unconstitutional.

[11] The Attorney General of Canada submitted that the issues raised by the unions had already been decided by this Court in *CSN v. Canada*, and accordingly moved to dismiss the action under art. 165(4) *C.C.P.* on the basis that it was unfounded in law.

A. *Superior Court, 2012 QCCS 128 (CanLII), Perrault J.*

[12] The motion to dismiss was initially granted by the Quebec Superior Court. Perrault J. rejected the unions' arguments to the effect that the impugned provisions were constitutionally invalid because they broke the necessary connection between the premiums being collected and the employment insurance program. She pointed out that this Court had held in *CSN v. Canada* that the monies from the program belonged to the government and not to the contributors. Moreover, the connection relied on by the unions was relevant only for the purpose of establishing the legal nature of the premiums, not for that of determining whether they were being used in a lawful manner. The premiums constituted either a regulatory charge or a payroll tax. The accumulated surpluses formed part of the government's revenues, did not have to be used solely for the employment insurance program and were not a debt owed to the program by the Consolidated Revenue Fund. Perrault J. concluded that the questions of law raised by the unions had already been disposed of by this Court in 2008. Their action was accordingly unfounded in law and had to be dismissed, even at this preliminary stage.

plus de 57 milliards de dollars — vers le nouveau Compte des opérations de l'assurance-emploi. La contestation judiciaire s'est donc engagée dans ce contexte.

II. Historique judiciaire

[10] Au mois d'avril 2011, les syndicats ont déposé une requête introductive d'instance pour faire déclarer inconstitutionnelles certaines dispositions de la *Loi de 2010*.

[11] Soutenant que les questions soulevées par les syndicats avaient déjà été tranchées par notre Cour dans l'arrêt *CSN c. Canada*, le procureur général du Canada a donc présenté une requête en irrecevabilité fondée sur le par. 165(4) *C.p.c.* et plaidé que le recours n'est pas fondé en droit.

A. *Cour supérieure, 2012 QCCS 128 (CanLII), la juge Perrault*

[12] La requête en irrecevabilité a d'abord été accueillie par la Cour supérieure du Québec. La juge Perrault a écarté les arguments des syndicats selon lesquels les dispositions attaquées seraient constitutionnellement invalides, car elles briseraient le lien nécessaire entre les cotisations perçues et le régime d'assurance-emploi. La juge a souligné que, dans l'arrêt *CSN c. Canada*, notre Cour a décidé que les fonds du régime appartiennent au gouvernement et non aux cotisants. De plus, le lien invoqué par les syndicats n'était pertinent que pour déterminer la nature juridique des cotisations, non la légalité de leur utilisation. En l'occurrence, il s'agissait soit de prélèvements réglementaires, soit de taxe sur les listes de paie. Les surplus amassés font partie des recettes de l'État, ils n'ont pas à être utilisés aux seules fins du régime d'assurance-emploi et ils ne constituent pas une dette du Trésor public envers ce régime. Selon la juge Perrault, les questions de droit soulevées par les syndicats avaient déjà été tranchées par notre Cour en 2008. Leur recours n'était donc pas fondé en droit et devait être rejeté même à ce stade préliminaire.

B. *Court of Appeal, 2012 QCCA 1822 (CanLII), Morissette, Fournier and St-Pierre JJA.*

[13] The Quebec Court of Appeal set aside the motion judge’s decision, finding that the action was concerned more with [TRANSLATION] “the effects of the act of eliminating the balance and the resulting accounting entries” that flowed from the 2010 legislative amendment than with the use of the surpluses that had accumulated in the account (para. 51). The issue now before the court had not been disposed of by this Court in its 2008 decision, since the legislation in question had not yet been enacted. Moreover, most of the relevant facts were subsequent to that decision. In this context, if the motion judge had assumed those facts to be true, as she should have, she would have dismissed the motion to dismiss and allowed the parties to argue the issues raised by the unions on the merits. The Court of Appeal also noted the unions’ allegation that the Consolidated Revenue Fund was indebted to the Employment Insurance Account and stressed that this was one of the facts the trial judge had to assume to be true.

III. Issue

[14] In this Court, the issue continues to be how to dispose of the appellant’s motion to dismiss.

IV. Analysis

A. *Article 165(4) of the Code of Civil Procedure*

(1) Function and Scope of Article 165(4) C.C.P.

[15] The appellant’s preliminary motion was based on art. 165(4) C.C.P. The primary function of that provision, which establishes a contemporary version of the former procedure known as the “in-scription in law”, is to avoid a trial where an action has no basis in law, even if the facts in support of it are admitted (*Groupe d’assurance Hartford/Monitor Insurance Group v. Plomberie P.M. Inc.*, [1984] R.D.J. 17 (C.A.); *Groupe Jeunesse Inc. v. Loto-Québec*, 2004 CanLII 9766 (Que. C.A.), at para. 6).

B. *Cour d’appel, 2012 QCCA 1822 (CanLII), les juges Morissette, Fournier et St-Pierre*

[13] La Cour d’appel du Québec a infirmé la décision de première instance, considérant que le litige portait davantage sur « les effets du geste d’abolition du solde créditeur et des entrées comptables en résultant », suite à la modification législative de 2010, que sur l’utilisation des surplus accumulés dans ce compte (par. 51). Or, cette question n’a pas, dans sa forme actuelle, été tranchée par la Cour dans son arrêt de 2008, puisque la loi en question n’avait pas encore été adoptée. Qui plus est, la majorité des faits pertinents sont postérieurs à cet arrêt. Dans ce contexte, si la juge de première instance avait, comme elle se devait de le faire, tenu ces faits pour avérés, elle aurait rejeté la requête en irrecevabilité et permis aux parties de débattre au fond les questions soulevées par les syndicats. La Cour d’appel a d’ailleurs souligné que la prétention des syndicats selon laquelle le Trésor public avait une dette envers le Compte d’assurance-emploi faisait partie des faits que la juge de première instance devait tenir pour avérés.

III. Question en litige

[14] Devant notre Cour, la question soulevée demeure celle du sort de la requête en irrecevabilité présentée par l’appelant.

IV. Analyse

A. *Le paragraphe 165(4) du Code de procédure civile*

(1) Fonction et portée du par. 165(4) C.p.c.

[15] La requête préliminaire présentée par l’appelant repose sur le par. 165(4) C.p.c. Expression contemporaine de l’ancienne inscription en droit, cette disposition a pour fonction première d’éviter la tenue d’un procès lorsque le recours est dépourvu de fondement juridique, et ce, même si les faits à son soutien sont admis (*Groupe d’assurance Hartford/Monitor Insurance Group c. Plomberie P.M. Inc.*, [1984] R.D.J. 17 (C.A.); *Groupe Jeunesse Inc. c. Loto-Québec*, 2004 CanLII 9766 (C.A. Qué.), par. 6).

[16] Thus, the application of art. 165(4) *C.C.P.* favours the sound and effective management of judicial resources. In the words of McLachlin C.J., the power of the courts to dismiss actions at a preliminary stage “is a valuable housekeeping measure essential to effective and fair litigation. It unclutters the proceedings, weeding out the hopeless claims and ensuring that those that have some chance of success go on to trial” (*R. v. Imperial Tobacco Canada Ltd.*, 2011 SCC 42, [2011] 3 S.C.R. 45, at para. 19; see also *Morier v. Rivard*, [1985] 2 S.C.R. 716, at pp. 745-46).

[17] Dismissing an action at a preliminary stage can have very serious consequences, however. The courts must therefore be cautious in exercising this power. As a result, an action will not be dismissed at this point in the proceedings unless it is plain and obvious that it lacks a basis in law (*Bohémier v. Barreau du Québec*, 2012 QCCA 308 (CanLII), at para. 17; *Ville de Hampstead v. Jardins Tuileries Ltée*, [1992] R.D.J. 163 (C.A.); *Cheung v. Borsellino*, 2005 QCCA 865 (CanLII); *Association provinciale des constructeurs d’habitations du Québec inc. v. Société d’habitation et de développement de Montréal*, 2011 QCCA 1033 (CanLII)).

[18] In this regard, the Quebec Court of Appeal noted that, [TRANSLATION] “given the serious consequences of dismissing an action without considering it on its merits, litigation should not be ended at an early stage on a motion to dismiss absent a situation that is plain and obvious” (*Entreprises Pelletier & Garon (Toitures inc.) v. Agropur Coopérative*, 2010 QCCA 244, [2010] R.D.I. 24, at para. 4 (emphasis added)).

[19] This “plain and obvious” situation that opens the door to the dismissal of an action must be apparent from the allegations set out in the motion to institute proceedings and the exhibits filed in support of it (*Groupe Jeunesse Inc.; R. v. Québec (Société des alcools)*, 1998 CanLII 13129 (Que. C.A.); *Saint-Eustache (Ville de) v. Régie intermunicipale Argenteuil Deux-Montagnes*, 2011 QCCA 227 (CanLII)).

[16] Pour cette raison, l’application du par. 165(4) *C.p.c.* favorise une gestion saine et efficace des ressources judiciaires. Pour reprendre les propos de la juge en chef McLachlin, le pouvoir que possèdent les tribunaux de rejeter les recours au stade préliminaire « constitue une importante mesure de gouverne judiciaire essentielle à l’efficacité et à l’équité des procès. Il permet d’élaguer les litiges en écartant les demandes vaines et en assurant l’instruction des demandes susceptibles d’être accueillies » (*R. c. Imperial Tobacco Canada Ltée*, 2011 CSC 42, [2011] 3 R.C.S. 45, par. 19; voir aussi *Morier c. Rivard*, [1985] 2 R.C.S. 716, p. 745-746).

[17] Le rejet d’une action au stade préliminaire peut toutefois entraîner de très sérieuses conséquences. Les tribunaux doivent pour cette raison faire preuve de circonspection dans l’exercice de ce pouvoir. Dans ce contexte, seule une absence claire et manifeste de fondement juridique mènera au rejet d’une action à cette étape des procédures (*Bohémier c. Barreau du Québec*, 2012 QCCA 308 (CanLII), par. 17; *Ville de Hampstead c. Jardins Tuileries Ltée*, [1992] R.D.J. 163 (C.A.); *Cheung c. Borsellino*, 2005 QCCA 865 (CanLII); *Association provinciale des constructeurs d’habitations du Québec inc. c. Société d’habitation et de développement de Montréal*, 2011 QCCA 1033 (CanLII)).

[18] À ce propos, la Cour d’appel du Québec soulignait qu’« il faut éviter de mettre fin prématurément à un procès au stade d’une requête en irrecevabilité, à moins d’une situation claire et évidente, considérant les graves conséquences qui découlent du rejet d’une action sans que la demande ne soit examinée au mérite » (*Entreprises Pelletier & Garon (Toitures inc.) c. Agropur Coopérative*, 2010 QCCA 244, [2010] R.D.I. 24, par. 4 (nous soulignons)).

[19] Cette situation « claire et évidente » ouvrant la voie au rejet de l’action doit apparaître à la lecture des allégations de la requête introductive d’instance et des différentes pièces invoquées à son soutien (*Groupe Jeunesse Inc.; R. c. Québec (Société des alcools)*, 1998 CanLII 13129 (C.A. Qué.); *Saint-Eustache (Ville de) c. Régie intermunicipale Argenteuil Deux-Montagnes*, 2011 QCCA 227 (CanLII)).

[20] However, although the *facts alleged* in the motion must be assumed to be true (*Westmount (City) v. Rossy*, 2012 SCC 30, [2012] 2 S.C.R. 136, at para. 15; *Oznaga v. Société d'exploitation des loteries et courses du Québec*, [1981] 2 S.C.R. 113), the court is not bound by the *legal characterization* of those facts (*Gillet v. Arthur*, [2005] R.J.Q. 42 (C.A.), at para. 25; *Racine v. Harvey*, 2005 QCCA 879 (CanLII), at para. 10; *Société des alcools; Bohémier*, at para. 17).

[21] As a result, a judge deciding whether an action should be dismissed must determine whether the allegations *of fact* set out in the motion to institute proceedings are [TRANSLATION] “of such a nature as to open the door to the conclusions being sought” by the applicant (*Association provinciale des constructeurs d'habitations du Québec inc.*, at para. 14). In every case, the dismissal of the action will be appropriate only if all the facts to be considered are set out in the motion to institute proceedings and there is no question that the relevant legal rule applies to them (H. Reid and C. Carrier, *Code de procédure civile du Québec: jurisprudence et doctrine* (30th ed. 2014), at para. 165/200).

(2) Dismissal of an Action on the Basis of *Stare Decisis*

[22] Judgments rendered under art. 165(4) *C.C.P.* often concern situations in which the right being claimed is clearly prescribed, the law prohibits recourse to the courts, or there is quite simply no legal relationship between the parties (see D. Ferland and B. Emery, *Précis de procédure civile du Québec* (4th ed. 2003), vol. 1, at pp. 286-87; H. Kélada, *Les préliminaires de défense en procédure civile* (2009), at pp. 214 *et seq.*). However, an action will sometimes be dismissed if it is clear that an authoritative decision has already resolved the issue or issues raised in the motion to institute proceedings. In the Attorney General of Canada's view, that is in fact the case in this appeal.

[23] He submits that this case concerns a situation in which a previous decision of this Court has settled the law on the main legal issues involved

[20] Cependant, si les *faits allégués* dans la requête doivent être tenus pour avérés (*Westmount (Ville) c. Rossy*, 2012 CSC 30, [2012] 2 R.C.S. 136, par. 15; *Oznaga c. Société d'exploitation des loteries et courses du Québec*, [1981] 2 R.C.S. 113), leur *qualification juridique* ne lie pas pour autant le tribunal (*Gillet c. Arthur*, [2005] R.J.Q. 42 (C.A.), par. 25; *Racine c. Harvey*, 2005 QCCA 879 (CanLII), par. 10; *Société des alcools; Bohémier*, par. 17).

[21] Dans ce contexte, le juge appelé à statuer sur la recevabilité d'un recours doit déterminer si les allégations *de fait* énoncées dans la requête introductive d'instance sont « de nature à donner ouverture aux conclusions recherchées » par le demandeur (*Association provinciale des constructeurs d'habitations du Québec inc.*, par. 14). Dans tous les cas, pour que le tribunal soit fondé à conclure à l'irrecevabilité, il faut que tous les éléments de fait à considérer apparaissent à la requête introductive d'instance et que l'application de la règle de droit pertinente à ces éléments ne soit pas discutable (H. Reid et C. Carrier, *Code de procédure civile du Québec : jurisprudence et doctrine* (30^e éd. 2014), par. 165/200).

(2) Le rejet d'action fondé sur la règle du *stare decisis*

[22] Les jugements rendus en application du par. 165(4) *C.p.c.* portent souvent sur des situations où soit le droit invoqué est clairement prescrit, soit la loi interdit de recourir aux tribunaux, soit il y a absence pure et simple d'un lien de droit entre les parties (voir D. Ferland et B. Emery, *Précis de procédure civile du Québec* (4^e éd. 2003), vol. 1, p. 286-287; H. Kélada, *Les préliminaires de défense en procédure civile* (2009), p. 214 *et suiv.*). Cependant, il arrive parfois qu'un recours soit rejeté lorsqu'il est manifeste qu'une décision faisant autorité a déjà tranché la ou les questions soulevées par la requête introductive d'instance. Selon le procureur général du Canada, le présent pourvoi constitue un de ces cas.

[23] En effet, nous sommes selon lui en présence d'une situation où un arrêt antérieur de notre Cour a fixé le droit à l'égard des principales questions

in the appeal. The appellant does not argue that this is a case of *res judicata* on the basis of which art. 165(1) could be invoked. Rather, his argument is that the law applicable to the fundamental issues that will determine the outcome of the appeal was settled by this Court in its 2008 decision in *CSN v. Canada* in exercising its power as the ultimate interpreter of constitutional and public law. An interpretation contrary to the one adopted by the Court in that case would have no legal basis in light of the case's status as a precedent (*Canada (Procureur général) v. Imperial Tobacco Ltd.*, 2012 QCCA 2034, [2012] R.J.Q. 2046 (“*Canada v. Imperial Tobacco*”), at paras. 125-27, *per* Gascon J.A., leave to appeal refused, [2013] 2 S.C.R. ix; *Canada (Attorney General) v. Bedford*, 2013 SCC 72, [2013] 3 S.C.R. 1101, at paras. 38 and 43-46, *per* McLachlin C.J.).

[24] Of course, the doctrine of *stare decisis* is no longer completely inflexible. As the Court noted in *Bedford*, the precedential value of a judgment may be questioned “if new legal issues are raised as a consequence of significant developments in the law, or if there is a change in the circumstances or evidence that fundamentally shifts the parameters of the debate” (para. 42). Where, on the other hand, the legal issue remains the same and arises in a similar context, the precedent still represents the law and must be followed by the courts (*Bedford*, at para. 46).

[25] Although relatively uncommon in Quebec civil procedure, the mechanism for dismissing actions at a preliminary stage on the basis of *stare decisis* is similar to the *res judicata* exception (art. 165(1) C.C.P.). Under both of them, the legal issues raised by the applicant must already have been clearly resolved by the courts. However, unlike *res judicata*, *stare decisis* does not necessarily require that the dispute be between the same parties. What must be established is that the issue is the same and that the questions it raises have already been answered by a higher court whose judgment has the authority of *res judicata*.

juridiques que soulève le pourvoi. L'appelant ne prétend pas qu'il s'agit d'un cas de *chose jugée* qui permettrait d'invoquer le par. 165(1). Il plaide plutôt que le droit applicable aux questions fondamentales qui scelleront le sort de l'appel a été établi par l'arrêt *CSN c. Canada* qu'a rendu notre Cour en 2008, dans l'exercice de sa fonction d'interprétation, en dernier ressort, du droit constitutionnel et du droit public. Une interprétation contraire à celle adoptée par la Cour dans cet arrêt serait dépourvue de fondement juridique en raison de l'autorité que revêt celui-ci comme précédent (*Canada (Procureur général) c. Imperial Tobacco Ltd.*, 2012 QCCA 2034, [2012] R.J.Q. 2046 (« *Canada c. Imperial Tobacco* »), par. 125-127, le juge Gascon, autorisation d'appel refusée, [2013] 2 R.C.S. ix; *Canada (Procureur général) c. Bedford*, 2013 CSC 72, [2013] 3 R.C.S. 1101, par. 38 et 43-46, la juge en chef McLachlin).

[24] Certes, la règle de l'autorité du précédent ou du *stare decisis* n'est plus d'une rigidité absolue aujourd'hui. Comme l'a rappelé notre Cour dans l'arrêt *Bedford*, la valeur précédenielle d'un jugement peut être remise en cause « lorsque de nouvelles questions de droit sont soulevées par suite d'une évolution importante du droit ou qu'une modification de la situation ou de la preuve change radicalement la donne » (par. 42). En revanche, quand la question juridique demeure la même et s'insère dans un contexte similaire, le précédent représente toujours l'état du droit et doit être respecté par les tribunaux (*Bedford*, par. 46).

[25] D'utilisation limitée dans la procédure civile du Québec, la méthode de rejet au stade préliminaire fondée sur la règle du *stare decisis* se rapproche de l'exception fondée sur la chose jugée (par. 165(1) C.p.c.). Tout comme cette dernière, elle requiert que les questions juridiques soulevées par la partie demanderesse aient déjà été clairement tranchées par les tribunaux. Toutefois, contrairement à la chose jugée, elle n'exige pas nécessairement que le débat oppose les mêmes parties. En effet, l'élément important consiste à établir que le débat, tel qu'il a été entrepris, reste le même, et que les questions qu'il soulève aient déjà été réglées par une juridiction supérieure dont le jugement possède l'autorité de la chose jugée.

[26] In *Canada v. Imperial Tobacco*, Gascon J.A., as he then was, explained this as follows:

[TRANSLATION] In this context, the manufacturers' argument that this case is not *res judicata*, because *Imperial* was not decided by a court of competent civil law jurisdiction or because strict identity of parties, cause and object is not established, does not appear to me to be determinative. I see no need for further discussion of the distinctions the manufacturers raise with respect to these identities of parties, cause and object, which in their view refute the AGC's *res judicata* argument. In my opinion, the appropriate principle to apply to resolve the issue is instead *stare decisis*.

The Superior Court should have held on the basis of *stare decisis* that it was bound by *Imperial*. The Supreme Court, by ruling as it did on the issue of the AGC's immunity in relation to the course or principle of action challenged by the manufacturers, had in a sense barred the manufacturers' actions in warranty by rendering them unfounded in law, even if the alleged facts were assumed to be true.

Stare decisis is a less stringent basis for an argument than *res judicata*, since it requires only a similar or analogous factual framework. *Stare decisis* is a principle "under which a court must follow earlier judicial decisions when the same points arise again in litigation" [*Black's Law Dictionary* (9th ed. 2009), at p. 1537]. It applies, of course, to decisions of the Supreme Court, particularly in the area of public law as here, where the parties were involved in earlier litigation on the specific question at issue. [Emphasis added; paras. 125-27.]

[27] This being said, before granting a motion to dismiss an action because it has no basis in law, the judge must also be satisfied in light of the record and the alleged facts that the precedent relied on by the applicant actually concerns *the entire dispute* that it should normally resolve, and that it provides a *complete, certain and final* solution to the dispute. In case of doubt, the judge may not grant the motion to dismiss, but must instead give the parties an opportunity to argue the issues on the merits.

[26] Dans *Canada c. Imperial Tobacco*, le juge Gascon, alors à la Cour d'appel, a donné les précisions suivantes :

Dans ce contexte, ne m'apparaît pas décisif l'argument des fabricants voulant qu'il ne s'agisse pas ici de chose jugée puisque l'arrêt *Imperial* n'est pas rendu par une cour compétente de juridiction civile ou parce que l'identité stricte de parties, de causes et d'objets n'est pas établie. Je n'estime pas nécessaire de discuter plus amplement des distinctions que soulèvent les fabricants en regard de ces identités de parties, de causes et d'objets qui feraient échec à l'argument de chose jugée qu'invoque le PGC. À mon avis, la règle du *stare decisis* permet plutôt de trancher la question.

Suivant cette règle, la Cour supérieure aurait dû se déclarer liée par l'arrêt *Imperial*. En statuant comme elle l'a fait sur la question de l'immunité dont bénéficie le PGC en regard de la ligne de conduite remise en question par les fabricants, la Cour suprême rendait en quelque sorte leurs actions en garantie irrecevables parce que mal fondées en droit, même en tenant pour avérés les faits allégués.

L'argument fondé sur le *stare decisis* est moins exigeant que la chose jugée puisqu'il ne requiert qu'une trame factuelle similaire ou analogue. La règle du *stare decisis* est un principe [TRANSLATION] « suivant lequel les tribunaux doivent suivre la jurisprudence applicable sur un point donné lorsque le même point se soulève de nouveau devant eux » [*Black's Law Dictionary* (9^e éd. 2009), p. 1537]. Cette règle s'applique bien sûr aux arrêts de la Cour suprême, particulièrement en matière de droit public comme ici, alors que les parties ont participé au débat antérieur sur la question précise en jeu. [Nous soulignons; par. 125-127.]

[27] Cela dit, avant d'accueillir une requête en irrecevabilité pour absence de fondement juridique, encore faut-il que le juge d'instance soit convaincu, au regard du dossier et des faits allégués, que le précédent invoqué par le requérant porte bien sur *l'ensemble du débat* qu'il devrait normalement trancher et qu'il y apporte une solution *complète, certaine et définitive*. En cas de doute, le juge doit rejeter la requête en irrecevabilité et laisser aux parties la possibilité de débattre au fond des questions litigieuses.

B. *Application of the Law to the Facts*(1) True Nature of the Action

[28] The appellant submits that the action in the case at bar must be dismissed on the basis of *stare decisis*. To rule on this argument, it will be necessary to identify the nature of the action that was the subject of the Court's judgment in 2008 and determine how it relates to the allegations and the conclusions sought by the unions in their action brought in 2011.

[29] In a case such as this, the judge sitting on the motion to dismiss can consider more than just form when reviewing the record in order to properly establish the essential nature of the action, which will enable him or her to reject arguments that are new only in how they are presented.

[30] The constitutional questions the Court answered in its 2008 judgment were stated as follows:

1. Do ss. 66 to 66.3 and 72 of the *Employment Insurance Act*, S.C. 1996, c. 23, exceed, in whole, in part or through their combined effect, the unemployment insurance power provided for in s. 91(2A) of the *Constitution Act, 1867*?
2. If the answer to question 1 is affirmative, do ss. 66 to 66.3 and 72 of the *Employment Insurance Act*, S.C. 1996, c. 23, exceed, in whole, in part or through their combined effect, the taxation power provided for in s. 91(3) of the *Constitution Act, 1867*?
3. If the answer to question 2 is negative, do ss. 66 to 66.3 and 72 of the *Employment Insurance Act*, S.C. 1996, c. 23, satisfy the requirements of s. 53 of the *Constitution Act, 1867*?
4. Do ss. 24, 25, 56 to 65.2, 73, 75, 77, 109(c) and 135(2) of the *Employment Insurance Act*, S.C. 1996, c. 23, exceed, in whole, in part or through their combined effect, the unemployment insurance power provided for in s. 91(2A) of the *Constitution Act, 1867*?
5. If the answer to question 4 is affirmative, are ss. 24, 25, 56 to 65.2, 73, 75, 77, 109(c) and 135(2) of the

B. *Application du droit aux faits*(1) La nature véritable du recours

[28] L'appelant prétend que l'application du principe du *stare decisis* entraîne l'irrecevabilité du recours intenté en l'espèce. Pour statuer sur cette prétention, il est nécessaire d'identifier la nature de la demande qui a fait l'objet du jugement de la Cour en 2008 et de la situer par rapport aux allégations et aux conclusions énoncées par les syndicats dans leur recours entrepris en 2011.

[29] Par ailleurs, en semblable matière, le juge saisi de la requête en rejet peut pousser son examen du dossier au-delà de la forme afin de bien dégager le caractère essentiel du recours et de pouvoir ainsi écarter des prétentions qui n'auraient de nouveau que leur présentation.

[30] Les questions constitutionnelles tranchées par la Cour dans son jugement de 2008 étaient formulées ainsi :

1. Les articles 66 à 66.3 et 72 de la *Loi sur l'assurance-emploi*, L.C. 1996, ch. 23, sont-ils, en tout, en partie ou par leur effet combiné, *ultra vires* de la compétence sur l'assurance-chômage conférée par le par. 91(2A) de la *Loi constitutionnelle de 1867*?
2. En cas de réponse affirmative à la question 1, les articles 66 à 66.3 et 72 de la *Loi sur l'assurance-emploi*, L.C. 1996, ch. 23, sont-ils, en tout, en partie ou par leur effet combiné, *ultra vires* de la compétence sur la taxation conférée par le par. 91(3) de la *Loi constitutionnelle de 1867*?
3. En cas de réponse négative à la question 2, les articles 66 à 66.3 et 72 de la *Loi sur l'assurance-emploi*, L.C. 1996, ch. 23, respectent-ils les exigences de l'article 53 de la *Loi constitutionnelle de 1867*?
4. Les articles 24, 25, 56 à 65.2, 73, 75, 77, 109(c) et 135(2) de la *Loi sur l'assurance-emploi*, L.C. 1996, ch. 23, sont-ils, en tout, en partie ou par leur effet combiné, *ultra vires* de la compétence sur l'assurance-chômage conférée par le par. 91(2A) de la *Loi constitutionnelle de 1867*?
5. En cas de réponse affirmative à la question 4, les articles 24, 25, 56 à 65.2, 73, 75, 77, 109(c) et 135(2) de la

Employment Insurance Act, S.C. 1996, c. 23, validly based on the federal spending power?

(*CSN v. Canada*, at para. 17)

[31] In the instant case, the unions are asking the courts for the following conclusions:

[TRANSLATION] Declare that any change in the mechanism for setting premium rates may not disregard the sums collected and recorded in the Employment Insurance Account;

Declare that the balance in the Employment Insurance Account may not be erased and must be allocated to financing the program;

Declare that sections 2185 to 2187, 2189, 2190, 2193 to 2199, 2203, 2204(1) as it relates to subsections 66(1), 2204(2), 2207 and 2208 of the *Act to implement certain provisions of the budget tabled in Parliament on March 4, 2010 and other measures* are invalid;

(Motion to Institute Proceedings (“M.I.P.”), at p. 29; A.R., vol. I, at p. 55)

[32] There is no question that the unions ultimately want the moneys recorded in the Employment Insurance Account to be allocated exclusively to the payment of benefits. In their view, the sums collected for the former program should be used solely to finance the new program. That is the unions’ objective in this case.

[33] In considering the legal bases for the new action, we note that the unions’ underlying premise is that [TRANSLATION] “a balance in the Employment Insurance Account . . . is a debt owed by the Consolidated Revenue Fund to the Employment Insurance Account” (M.I.P., at para. 90; A.R., vol. I, at p. 53).

[34] The unions believe that the constitutional validity of the premiums depends on the transfer of that debt from the former Employment Insurance Account to the new Employment Insurance Operating Account. They argue that [TRANSLATION]

Loi sur l’assurance-emploi, L.C. 1996, ch. 23, sont-ils validement fondés sur le pouvoir fédéral de dépenser?

(*CSN c. Canada*, par. 17)

[31] En l’espèce, les syndicats demandent aux tribunaux de leur accorder les conclusions suivantes :

Déclarer que toute modification au mode de fixation des taux de cotisation ne peut faire abstraction des sommes prélevées et comptabilisées dans le Compte d’assurance-emploi;

Déclarer que le solde créditeur du Compte d’assurance-emploi ne peut être effacé et doit être affecté au financement du régime;

Déclarer invalides les articles 2185 à 2187, 2189 et 2190, 2193 à 2199, 2203, 2204(1) pour ce qui est des paragraphes 66(1), 2204(2), 2207 et 2208 de la *Loi portant exécution de certaines dispositions du budget déposé au parlement le 4 mars 2010 et mettant en œuvre d’autres mesures*;

(requête introductive d’instance (« r.i.i. »), p. 29; d.a., vol. I, p. 55)

[32] Il ne fait aucun doute que les syndicats souhaitent en dernière analyse que l’argent comptabilisé dans le Compte d’assurance-emploi soit affecté exclusivement au paiement des prestations. Pour eux, les sommes prélevées dans le cadre de l’ancien régime devraient servir uniquement au financement du nouveau régime. Tel est l’objectif poursuivi en l’espèce par les syndicats.

[33] Lorsque nous examinons les assises juridiques de la nouvelle demande, nous constatons que, suivant la prémisse sur laquelle repose le recours des syndicats, « l’inscription au Compte d’assurance-emploi d’un solde créditeur [. . .] constitue une dette du Trésor envers le Compte d’assurance-emploi » (r.i.i., par. 90; d.a., vol. I, p. 53).

[34] Les syndicats considèrent que la validité constitutionnelle des cotisations est tributaire du transfert de cette créance de l’ancien Compte d’assurance-emploi vers le nouveau Compte des opérations de l’assurance-emploi. En effet, ils

“[t]his debt cannot be erased . . . without bringing into question the constitutional validity of the sums that have been collected and recorded” (M.I.P., at para. 92; A.R., vol. I, at p. 54). In support of their argument, the unions quote the following passage from this Court’s reasons in *CSN v. Canada*:

However, it is clear that the Account does not constitute — as is the case of pension fund assets — a trust fund or patrimony by appropriation. It forms part of Canada’s government accounting, and premiums form part of the government’s revenues. The government’s use of it does not, therefore, constitute a misappropriation of employment insurance monies. Those monies were used like any other part of the revenues in the Consolidated Revenue Fund, and the appropriate accounts were kept. [Emphasis added; para. 74.]

[35] According to the unions, the reason why the Court held that the sums collected as premiums had been neither stolen nor misappropriated by the government was that they had been properly recorded in the Employment Insurance Account (M.I.P., at para. 89; A.R., vol. I, at p. 52). In short, the premiums paid in the context of the program are constitutionally valid only if they are properly accounted for. According to this argument, without such an accounting link, the use of premiums for any other purposes would constitute a misappropriation of monies collected to finance the employment insurance program and would therefore be unconstitutional.

[36] As the unions see it, this issue was not settled by the Court in 2008. The appellant sees things quite differently, however. The Employment Insurance Account was merely an accounting tool that contained no property or loans, and it was indebted to no one. All transactions — the payment of premiums or of benefits — were conducted through the Consolidated Revenue Fund, which means that the Employment Insurance Account was neither a trust fund nor a patrimony by appropriation.

(2) Is the Action Bound to Fail?

[37] As we mentioned above, to decide whether the action should be dismissed under art. 165(4)

plaident que l’on « ne peut [. . .] effacer cette créance sans remettre en cause la validité constitutionnelle des sommes prélevées et comptabilisées » (r.i.i., par. 92; d.a., vol. I, p. 54). Pour appuyer leur prétention, les syndicats citent le passage suivant de l’arrêt *CSN c. Canada*, où notre Cour a affirmé ce qui suit :

Il est clair toutefois que ce Compte n’est pas un fonds fiduciaire ou un patrimoine d’affectation, comme dans le cas de l’actif d’un fonds de retraite. Il représente une partie de la comptabilité publique du Canada et les cotisations, une portion des recettes publiques de l’État. À ce titre, l’usage fait par le gouvernement ne représente pas un détournement des fonds de l’assurance-emploi. Les fonds ont été employés comme toute autre partie des recettes du Trésor et la comptabilité appropriée a été tenue. [Nous soulignons; par. 74.]

[35] Selon les syndicats, c’est parce que les sommes prélevées au titre de cotisation avaient été dûment comptabilisées au Compte d’assurance-emploi que notre Cour a jugé que les sommes en question n’avaient été ni volées ni détournées par le gouvernement (r.i.i., par. 89; d.a., vol. I, p. 52). Bref, le suivi comptable des cotisations versées dans le cadre du régime représenterait une condition essentielle à la validité constitutionnelle de celles-ci. Selon ce moyen, en l’absence d’un tel lien comptable, l’utilisation des cotisations à d’autres fins constituerait un détournement des fonds de la caisse d’assurance-emploi, et partant, serait inconstitutionnelle.

[36] Pour les syndicats, cette question n’a pas été tranchée par la Cour en 2008. Pour l’appellant, cependant, il en est tout autrement. Le Compte d’assurance-emploi n’est qu’un simple instrument de suivi comptable qui ne contient aucun bien ou aucun emprunt, et ce compte n’a de dette envers personne. Toutes les opérations — versement de cotisations ou paiement de prestations — sont effectuées sur le Trésor public, de telle sorte que le Compte d’assurance-emploi n’est ni un fonds fiduciaire ni un patrimoine d’affectation.

(2) Le recours est-il voué à l’échec?

[37] Tel qu’il a été mentionné précédemment, pour décider si le recours est irrecevable en

C.C.P., this Court must determine whether it is bound to fail even if the alleged facts are true. Given that the appellant is relying on *stare decisis*, we must therefore determine whether the Court's decision in *CSN v. Canada* resolves the entire dispute and provides a complete, certain and final solution to the unions' action in this case.

[38] In our opinion, the precedent relied on by the appellant does in fact do so. As a result, art. 165(4) *C.C.P.* applies, and the action could be dismissed in the interest of the proper administration of justice, even at a preliminary stage.

[39] We reiterate, first, that in the unions' view, [TRANSLATION] "a balance in the Employment Insurance Account . . . is a debt owed by the Consolidated Revenue Fund to the Employment Insurance Account" (M.I.P., at para. 90; A.R., vol. I, at p. 53). The success of their action is directly dependent on the validity of this argument, which is its cornerstone, as the Quebec Court of Appeal in fact recognized. However, the Court of Appeal made a critical error in its analysis with respect to this argument by treating the allegation that the Consolidated Revenue Fund was indebted to the Employment Insurance Account as a fact that had to be assumed true for the purposes of the motion to dismiss, whereas it was really a legal characterization of the facts.

[40] To determine whether the Consolidated Revenue Fund was indebted to the Employment Insurance Account, it is necessary to analyze the nature of the Fund and the Account, as well as the relationship between them. In other words, a conclusion that the former was indebted to the latter presupposes a particular legal characterization of their relationship. In sum, this Court must determine whether, from a legal standpoint, the Consolidated Revenue Fund was indebted to the Employment Insurance Account and, ultimately, whether the unions' basic legal argument is valid.

[41] In this respect, we are of the opinion that the Court's decision in *CSN v. Canada* is of no

application du par. 165(4) *C.p.c.*, notre Cour doit se demander si celui-ci est voué à l'échec, même si les faits allégués sont avérés. Dans ce contexte, puisque la règle du *stare decisis* a été invoquée par l'appelant, nous devons décider si l'arrêt de la Cour dans l'affaire *CSN c. Canada* règle l'ensemble du débat et apporte une solution complète, certaine et définitive à l'action intentée par les syndicats en l'espèce.

[38] Nous sommes d'avis que le précédent invoqué par l'appelant produit cet effet. En conséquence, le par. 165(4) *C.p.c.* s'applique et le recours pouvait être rejeté au nom d'une saine administration de la justice, et ce, même à l'étape préliminaire.

[39] Rappelons tout d'abord que, suivant les syndicats, « l'inscription au Compte d'assurance-emploi d'un solde créditeur [. . .] constitue une dette du Trésor envers le Compte d'assurance-emploi » (r.i.i., par. 90; d.a., vol. I, p. 53). En conséquence, le succès de leur recours dépend directement de la validité de cette prétention, qui en constitue la pierre angulaire, comme l'a d'ailleurs reconnu la Cour d'appel du Québec. Toutefois, cette dernière a commis une erreur déterminante dans l'analyse de cette prétention en assimilant l'allégation relative à l'existence d'une dette du Trésor envers le Compte d'assurance-emploi à un fait qui devait être tenu pour avéré pour les besoins de la requête en irrecevabilité, alors qu'il s'agissait en réalité d'une qualification juridique des faits.

[40] En effet, pour statuer sur l'existence ou non d'une dette du Trésor public envers le Compte d'assurance-emploi, il faut analyser la nature du Trésor et du Compte, ainsi que le rapport qu'ils entretiennent entre eux. En d'autres termes, la conclusion selon laquelle le Trésor public serait endetté envers le Compte d'assurance-emploi suppose une qualification juridique particulière de leur relation. En somme, il incombe à notre Cour de déterminer si, juridiquement, il existe une dette du Trésor envers le Compte d'assurance-emploi, en définitive si le moyen de droit fondamental des syndicats est bien fondé.

[41] À ce propos, nous sommes d'avis que la décision de la Cour dans *CSN c. Canada* n'est d'aucun

assistance to the unions. On the contrary, it deprives their action of any reasonable chance of success. In that case, the Court stated that the Employment Insurance Account “does not constitute — as is the case of pension fund assets — a trust fund or patrimony by appropriation. It forms part of Canada’s government accounting, and premiums form part of the government’s revenues” (para. 74 (emphasis added)). As government revenues, the amounts collected as contributions to the employment insurance program can therefore be used for purposes other than paying benefits.

[42] In fact, no debt of the Consolidated Revenue Fund to the Employment Insurance Account ever existed. Like any legal or natural person, the government cannot be indebted to itself. It follows that any argument based on the existence of such a debt is bound to fail. The enactment of the *2010 Act* did not alter this factual and legal situation.

[43] Moreover, in *CSN v. Canada*, the Court held that the connection between the program and the premiums is a factor that can be considered in determining the *nature* of the levies. But it is wrong to say that the *validity* of these levies depends on the existence of that connection. As we stated in that case, the government can, lawfully, use employees’ premiums for purposes other than financing the employment insurance program.

[44] Accordingly, even if we accept the unions’ argument that the connection between premiums and the employment insurance program was broken by the decision not to transfer the balance from the former account to the new one, this does not mean that the validity of the levies was compromised.

V. Conclusion

[45] In our opinion, it is clear that the unions’ action has no reasonable chance of success. On the basis of *stare decisis*, it is apparent that their main argument that the Consolidated Revenue Fund was indebted to the Employment Insurance Account is

secours pour les syndicats. Au contraire, ce jugement prive leur recours de toute chance raisonnable de succès. Dans cette affaire, notre Cour a affirmé que le Compte d’assurance-emploi « n’est pas un fonds fiduciaire ou un patrimoine d’affectation, comme dans le cas de l’actif d’un fonds de retraite. Il représente une partie de la comptabilité publique du Canada et les cotisations, une portion des recettes publiques de l’État » (par. 74 (nous soulignons)). En tant que recettes de l’État, les sommes recueillies au titre des cotisations à la Caisse d’assurance-emploi peuvent donc être utilisées à d’autres fins que le paiement de prestations.

[42] D’ailleurs, il n’a jamais existé de dette du Trésor envers le Compte d’assurance-emploi. Comme toute personne morale ou physique, l’État ne peut être endetté envers lui-même. Il s’ensuit que toute prétention fondée sur l’existence d’une telle dette est vouée à l’échec. L’adoption de la *Loi de 2010* ne change rien à cet état de fait et au droit.

[43] Par ailleurs, dans *CSN c. Canada*, notre Cour a décidé que le lien entre le régime et les cotisations est un élément dont on peut tenir compte afin d’établir la *nature* des prélèvements. Il est toutefois erroné d’affirmer que la *validité* de ces prélèvements dépend de l’existence de ce lien. Comme nous l’avons affirmé dans cette affaire, le gouvernement peut, légalement, utiliser les cotisations des travailleurs à d’autres fins que le financement du régime d’assurance-emploi.

[44] En conséquence, même si l’on tenait pour avérée la prétention des syndicats suivant laquelle le lien entre les cotisations et le régime d’assurance-emploi serait rompu par la décision de ne pas transférer le solde créditeur de l’ancien compte vers le nouveau, la validité des prélèvements ne serait pas mise en péril pour autant.

V. Conclusion

[45] À notre avis, il est manifeste que le recours des syndicats ne présente aucune possibilité raisonnable de succès. En application de la règle du *stare decisis*, il appert que leur argument principal voulant qu’il existe une dette du Trésor envers le

unfounded, and this conclusion dictates the outcome of the case. As a result, this Court's decision in *CSN v. Canada* provides a complete, certain and final solution to the entire dispute that the unions are trying to revive. Their action was therefore properly dismissed by Perrault J. under art. 165(4) *C.C.P.*

[46] For these reasons, we would allow the appeal and restore the motion judge's judgment, with costs throughout.

Appeal allowed with costs throughout.

Solicitor for the appellant: Attorney General of Canada, Ottawa and Montréal.

Solicitors for the respondent Confédération des syndicats nationaux: Roy Évangéliste avocats, Montréal.

Solicitors for the respondent Fédération des travailleurs et travailleuses du Québec: Ouellet, Nadon & Associés, Montréal.

Compte d'assurance-emploi est sans fondement, et cette conclusion emporte le sort du litige. Dans ce contexte, notre arrêt dans l'affaire *CSN c. Canada* apporte une solution complète, certaine et définitive à l'ensemble du débat que tentent de faire revivre les syndicats. C'est donc à bon droit que leur demande a été déclarée irrecevable par la juge Perrault en application du par. 165(4) *C.p.c.*

[46] Pour ces motifs, nous sommes d'avis d'accueillir le pourvoi et de rétablir le jugement de première instance, avec dépens devant toutes les cours.

Pourvoi accueilli avec dépens devant toutes les cours.

Procureur de l'appelant : Procureur général du Canada, Ottawa et Montréal.

Procureurs de l'intimée la Confédération des syndicats nationaux : Roy Évangéliste avocats, Montréal.

Procureurs de l'intimée la Fédération des travailleurs et travailleuses du Québec : Ouellet, Nadon & Associés, Montréal.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Jamie Kenneth Taylor *Respondent*

and

**Director of Public Prosecutions of Canada,
Attorney General of Ontario and Canadian
Civil Liberties Association** *Interveners*

INDEXED AS: R. v. TAYLOR

2014 SCC 50

File No.: 35609.

2014: April 23; 2014: July 18.

Present: Abella, Rothstein, Moldaver, Karakatsanis and Wagner JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Constitutional law — Charter of Rights — Right to counsel — Accused informed by police of his right to counsel — Accused informing police that he wished to speak to counsel — Police failing to facilitate contact with counsel at scene of accident and hospital — Blood drawn from accused at hospital without accused being able to consult counsel and used as basis for conviction — Whether police’s failure to implement or facilitate access to counsel was in breach of accused’s right to retain and instruct counsel without delay — If so, whether evidence should be excluded — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 10(b), 24(2).

The accused was arrested for impaired driving causing bodily harm when he lost control of his vehicle injuring three of his passengers. At the time of his arrest, he was informed of his *Charter* rights, including his right to counsel, and was asked whether he wanted to call a lawyer. The accused responded that he wanted to speak both to his father and to his lawyer. At no time was the accused given access to a phone while at the scene of the accident. As a precaution and in accordance with normal practice, the accused was taken by ambulance to the hospital for examination. At the hospital, a nurse took

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Jamie Kenneth Taylor *Intimé*

et

**Directeur des poursuites pénales du Canada,
procureur général de l’Ontario et Association
canadienne des libertés civiles** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : R. c. TAYLOR

2014 CSC 50

N° du greffe : 35609.

2014 : 23 avril; 2014 : 18 juillet.

Présents : Les juges Abella, Rothstein, Moldaver, Karakatsanis et Wagner.

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

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à l’assistance d’un avocat — Accusé informé par les policiers de son droit à l’assistance d’un avocat — Mention aux policiers par l’accusé de son désir de parler à un avocat — Omission par les policiers de faciliter la communication avec un avocat sur les lieux de l’accident et à l’hôpital — Du sang prélevé de l’accusé à l’hôpital sans que ce dernier ait été en mesure de consulter un avocat a ensuite été utilisé comme pièce à conviction — L’omission des policiers de donner à l’accusé accès à un avocat ou de faciliter cet accès a-t-elle entraîné la violation du droit de l’accusé d’avoir recours sans délai à l’assistance d’un avocat? — Dans l’affirmative, les éléments de preuve en cause devraient-ils être écartés? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 10b), 24(2).

L’accusé a été arrêté pour conduite avec facultés affaiblies causant des lésions corporelles lorsqu’il a perdu la maîtrise de son véhicule, blessant de ce fait trois de ses passagers. Au moment de son arrestation, il a été informé des droits que lui garantit la *Charte*, notamment de son droit à l’assistance d’un avocat, et on lui a demandé s’il voulait en appeler un. L’accusé a répondu qu’il voulait parler à son père ainsi qu’à son avocat. À aucun moment l’accusé ne s’est vu donner accès à un téléphone pendant qu’il se trouvait sur les lieux de l’accident. Par souci de précaution et conformément à la pratique normale,

five vials of blood from the accused. The police later demanded and obtained a second set of samples of the accused's blood for investigative purposes. At no point during the accused's time in hospital did the police attempt to provide him with an opportunity to speak to his lawyer or determine whether such an opportunity was even logistically or medically feasible. The police successfully applied for a warrant to seize the first vials of blood the hospital took from the accused. The trial judge agreed with the Crown that the second set of blood samples were taken in violation of the accused's s. 10(b) rights, but found that there was no breach of the accused's s. 10(b) rights prior to the first samples being taken. This was based on the trial judge's assumption that where an accused is awaiting or receiving medical treatment, there is no reasonable opportunity to provide private access to the accused to a telephone to implement his right to instruct counsel. The first set of blood samples were admitted at trial. On the basis of this evidence, the accused was convicted of three counts of impaired driving causing bodily harm. A majority in the Court of Appeal allowed the appeal, finding that the trial judge erred when he concluded that there was no reasonable opportunity to facilitate access to a lawyer prior to the taking of these blood samples. The evidence was excluded, the conviction set aside, and an acquittal entered.

Held: The appeal should be dismissed.

Section 10(b) of the *Charter* provides that everyone has the right on arrest or detention to retain and instruct counsel without delay and to be informed of that right. The purpose of the s. 10(b) *Charter* right is to allow an arrested or detained individual not only to be informed of his other rights and obligations under the law but also to obtain advice as to how to exercise those rights. Access to legal advice ensures that an individual who is under control of the state and in a situation of legal jeopardy is able to make a free and informed choice whether to cooperate with the police. The duty to inform a detained person of his or her right to counsel arises immediately upon arrest or detention and the duty to facilitate access to a lawyer, in turn, arises immediately upon the detainee's request to speak to counsel. The arresting officer is therefore under a constitutional obligation to facilitate the requested access to a lawyer at the first reasonably available opportunity. Until the requested access

l'accusé a été transporté à l'hôpital en ambulance afin d'y être examiné. À l'hôpital, une infirmière a prélevé cinq fioles de sang de l'accusé. Les policiers ont par la suite demandé et obtenu une deuxième série d'échantillons du sang de l'accusé aux fins d'enquête. À aucun moment durant le temps qu'a passé l'accusé à l'hôpital, les policiers n'ont tenté de lui donner la possibilité de parler à son avocat ou de voir si cela était même faisable sur le plan logistique ou médical. Les policiers ont demandé avec succès la délivrance d'un mandat autorisant la saisie des cinq premières fioles contenant le sang prélevé de l'accusé par l'hôpital. Le juge du procès a conclu, point qu'avait d'ailleurs concédé le ministère public, que la deuxième série d'échantillons de sang avait été prélevée en violation de l'al. 10b), mais il a statué qu'il n'y avait pas eu violation de ces mêmes droits avant le prélèvement des premiers échantillons. Le juge du procès a tiré cette conclusion en supposant que, lorsqu'un accusé attend de recevoir ou reçoit des soins médicaux, il n'y a aucune possibilité raisonnable de lui fournir accès privé à un téléphone afin de donner effet à son droit à l'assistance d'un avocat. La première série d'échantillons de sang a été admise en preuve au procès. Sur la foi de ces éléments de preuve, l'accusé a été déclaré coupable de trois chefs de conduite avec facultés affaiblies causant des lésions corporelles. La Cour d'appel a accueilli l'appel à la majorité, statuant que le juge du procès avait commis une erreur en concluant qu'il n'y avait eu aucune possibilité raisonnable de faciliter l'accès à un avocat avant le prélèvement des premiers échantillons de sang. Les éléments de preuve ont été écartés, la déclaration de culpabilité a été annulée et un verdict d'acquiescement a été inscrit.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

Aux termes de l'al. 10b) de la *Charte*, chacun a le droit, en cas d'arrestation ou de détention, d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat et d'être informé de ce droit. Cette disposition a pour objet de permettre à la personne détenue ou arrêtée non seulement d'être informée de ses droits et de ses obligations en vertu de la loi, mais également d'obtenir des conseils sur la façon d'exercer ces droits. L'accès à des conseils juridiques fait en sorte qu'une personne qui se trouve sous le contrôle de l'État et encourt un risque juridique soit en mesure d'exercer un choix libre et éclairé quant à la décision de coopérer ou non avec les policiers. L'obligation d'informer le détenu de son droit à l'assistance d'un avocat prend naissance immédiatement après l'arrestation ou la mise en détention, et celle de faciliter l'accès à un avocat prend pour sa part naissance immédiatement après que le détenu a demandé à parler à un avocat. Le policier qui procède à l'arrestation a donc

to counsel is provided, it is uncontroversial that there is an obligation on the police to refrain from taking further investigative steps to elicit evidence.

While the police are under no legal duty to provide their own cell phone to an arrested or detained individual, they nonetheless have a duty both to provide phone access at the first reasonable opportunity to avoid self-incrimination and to refrain from eliciting evidence from the individual before access to counsel has been facilitated. While s. 10(b) of the *Charter* does not create a right to use a specific phone, it does guarantee that the individual will have access to a phone to exercise his right to counsel. The burden is on the Crown to show that a given delay was reasonable in the circumstances.

An individual who enters a hospital to receive medical treatment is not in a *Charter*-free zone. Where the individual has requested access to counsel and is in custody at the hospital, the police have an obligation under s. 10(b) to take steps to ascertain whether private access to a phone is in fact available. In this case, one of the police officers admitted that at the hospital, he made a mistake and that he would have and could have given the accused the requested access if he had remembered to do so. Once at the hospital, it was 20 to 30 minutes before the hospital took any blood from the accused, more than enough time for the police to make inquiries as to whether a phone was available or a phone call medically feasible. At no point did the police even turn their minds to the obligation to provide access.

This is a case not so much about delay in facilitating access, but about its complete denial. This ongoing failure cannot be characterized as reasonable. Constitutional rights cannot be displaced by assumptions of impracticality. Barriers to access must be proven, not assumed, and proactive steps are required to turn the *right* to counsel into *access* to counsel. The accused's s. 10(b) rights were clearly violated. The seriousness of the *Charter* breach and the impact of the police conduct on the accused's interests warrant the exclusion of the evidence.

l'obligation constitutionnelle de faciliter à la première occasion raisonnable l'accès demandé à l'assistance d'un avocat. Nul ne conteste que, tant que l'accès à un avocat qui est demandé n'a pas été fourni, les policiers doivent s'abstenir de prendre d'autres mesures d'investigation en vue de soutirer des éléments de preuve à l'intéressé.

Bien que les policiers ne soient pas légalement tenus de fournir leur propre téléphone cellulaire à une personne arrêtée ou détenue, ils ont néanmoins l'obligation de donner à une telle personne accès à un téléphone à la première occasion raisonnable afin de réduire le risque d'auto-incrimination, ainsi que l'obligation de s'abstenir de tenter de lui soutirer des éléments de preuve tant qu'ils ne lui ont pas facilité l'accès à un avocat. L'alinéa 10b) ne crée pas le droit d'utiliser un téléphone précis, mais il garantit effectivement à l'intéressé l'accès à un téléphone pour qu'il puisse exercer son droit à l'assistance d'un avocat. Il incombe au ministère public de démontrer qu'un délai donné était raisonnable dans les circonstances.

La personne qui entre dans un l'hôpital pour y recevoir des soins médicaux ne se trouve pas dans une zone sans *Charte*. Lorsqu'une personne a demandé à avoir accès à un avocat et qu'elle est sous garde à l'hôpital, les policiers sont tenus par l'al. 10b) de prendre des mesures pour vérifier s'il est dans les faits possible à cette personne d'avoir accès privé à un téléphone. En l'espèce, un des policiers a admis qu'il avait commis une erreur à l'hôpital et qu'il aurait donné à l'accusé — et aurait pu lui donner — l'accès que demandait celui-ci s'il s'était souvenu de le faire. Une fois l'accusé arrivé à l'hôpital, il s'est écoulé de 20 à 30 minutes avant que le personnel de l'hôpital prélève du sang de celui-ci, soit plus de temps qu'il n'en fallait aux policiers pour demander si un téléphone était disponible ou si l'accusé était médicalement apte à faire un appel téléphonique. À aucun moment les policiers n'ont songé à l'obligation de donner accès à l'assistance d'un avocat.

La présente affaire ne porte pas tant sur le temps mis à faciliter l'accès à un avocat que sur le déni complet de cet accès. L'omission persistante de donner accès ne peut être qualifiée de raisonnable. Des droits constitutionnels ne sauraient être écartés sur la base de suppositions d'impossibilité pratique. L'existence d'obstacles à l'accès doit être prouvée — et non pas supposée —, et des mesures proactives sont requises pour que le *droit* à un avocat se concrétise en *accès* à un avocat. Les droits garantis à l'accusé par l'al. 10b) ont été manifestement violés. La gravité de la violation de la *Charte* et l'incidence de la conduite des policiers sur les intérêts de l'accusé justifient l'exclusion des éléments de preuve.

Cases Cited

Referred to: *R. v. Manninen*, [1987] 1 S.C.R. 1233; *R. v. Suberu*, 2009 SCC 33, [2009] 2 S.C.R. 460; *R. v. Sinclair*, 2010 SCC 35, [2010] 2 S.C.R. 310; *R. v. Bartle*, [1994] 3 S.C.R. 173; *R. v. Evans*, [1991] 1 S.C.R. 869; *R. v. Brydges*, [1990] 1 S.C.R. 190; *R. v. Luong*, 2000 ABCA 301, 271 A.R. 368; *Brownridge v. The Queen*, [1972] S.C.R. 926; *R. v. Ross*, [1989] 1 S.C.R. 3; *R. v. Prosper*, [1994] 3 S.C.R. 236; *R. v. Grant*, 2009 SCC 32, [2009] 2 S.C.R. 353; *R. v. Spencer*, 2014 SCC 43, [2014] 2 S.C.R. 212.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 8, 10, 24(2).

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (Berger, O'Brien and Slatter JJ.A.), 2013 ABCA 342, 87 Alta. L.R. (5th) 114, 561 A.R. 103, 594 W.A.C. 103, [2014] 1 W.W.R. 352, 302 C.C.C. (3d) 181, 7 C.R. (7th) 165, 293 C.R.R. (2d) 69, 54 M.V.R. (6th) 190, [2013] A.J. No. 1079 (QL), 2013 CarswellAlta 1933, setting aside the accused's convictions for impaired driving causing bodily harm. Appeal dismissed.

Jason R. Russell, for the appellant.

Patrick C. Fagan, Q.C., and *Kaysi Fagan*, for the respondent.

Nick Devlin and *Jennifer Conroy*, for the intervener the Director of Public Prosecutions of Canada.

Frank Au, for the intervener the Attorney General of Ontario.

David S. Rose, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

The judgment of the Court was delivered by

[1] ABELLA J. — This is a case about the police informing an individual about his right to counsel as soon as he was arrested, then promptly forgetting to implement it throughout his detention, including

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *R. c. Manninen*, [1987] 1 R.C.S. 1233; *R. c. Suberu*, 2009 CSC 33, [2009] 2 R.C.S. 460; *R. c. Sinclair*, 2010 CSC 35, [2010] 2 R.C.S. 310; *R. c. Bartle*, [1994] 3 R.C.S. 173; *R. c. Evans*, [1991] 1 R.C.S. 869; *R. c. Brydges*, [1990] 1 R.C.S. 190; *R. c. Luong*, 2000 ABCA 301, 271 A.R. 368; *Brownridge c. La Reine*, [1972] R.C.S. 926; *R. c. Ross*, [1989] 1 R.C.S. 3; *R. c. Prosper*, [1994] 3 R.C.S. 236; *R. c. Grant*, 2009 CSC 32, [2009] 2 R.C.S. 353; *R. c. Spencer*, 2014 CSC 43, [2014] 2 R.C.S. 212.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 8, 10, 24(2).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (les juges Berger, O'Brien et Slatter), 2013 ABCA 342, 87 Alta. L.R. (5th) 114, 561 A.R. 103, 594 W.A.C. 103, [2014] 1 W.W.R. 352, 302 C.C.C. (3d) 181, 7 C.R. (7th) 165, 293 C.R.R. (2d) 69, 54 M.V.R. (6th) 190, [2013] A.J. No. 1079 (QL), 2013 CarswellAlta 1933, qui a annulé les déclarations de culpabilité pour conduite avec facultés affaiblies causant des lésions corporelles prononcées contre l'accusé. Pourvoi rejeté.

Jason R. Russell, pour l'appelante.

Patrick C. Fagan, c.r., et *Kaysi Fagan*, pour l'intimé.

Nick Devlin et *Jennifer Conroy*, pour l'intervenant le directeur des poursuites pénales du Canada.

Frank Au, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

David S. Rose, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

Version française du jugement de la Cour rendu par

[1] LA JUGE ABELLA — Il s'agit en l'espèce d'une affaire où, dès que l'intéressé a été mis en état d'arrestation, les policiers l'ont informé de son droit à l'assistance d'un avocat, puis ont promptement

during his stay in a hospital. While he was at the hospital, blood samples were taken which were used as evidence at trial to convict him of impaired driving causing bodily harm.

[2] Section 10(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees that detained or arrested individuals have the right to retain and instruct counsel without delay. In *R. v. Manninen*, [1987] 1 S.C.R. 1233, this Court recognized that this imposes a corresponding duty on the police to ensure that individuals are given a reasonable opportunity to exercise the right. This appeal is about the scope of that duty when a detained individual is receiving medical treatment. The question before us is whether the police's failure to take any steps to implement or facilitate access to counsel is a breach of s. 10(b) in the circumstances. In my view, it is and the evidence should be excluded.

Background

[3] On April 13, 2008, Jamie Kenneth Taylor was driving a four-door pickup truck in the early hours of the morning with four passengers after attending a social event in Cochrane, Alberta. He was driving at high speed. Shortly before 1:25 a.m., he lost control while attempting a right turn. The truck hit a street lamp and rolled over several times. Three of his passengers were injured.

[4] Cst. Douglas MacGillivray arrived at the scene of the accident at 1:31 a.m. Emergency medical personnel were there when he arrived, along with several bystanders. One bystander identified Mr. Taylor as the driver of the vehicle. While speaking to Mr. Taylor, Cst. MacGillivray noted that he showed some signs of impairment. Because he had been told that one of the passengers had not survived the accident, Cst. MacGillivray

oublié de donner effet à ce droit pendant tout le temps où l'intéressé a été détenu, y compris durant son séjour à l'hôpital. Pendant que ce dernier se trouvait à l'hôpital, on a prélevé sur lui des échantillons de sang qui ont été utilisés comme éléments de preuve à son procès, au terme duquel il a été déclaré coupable de conduite avec facultés affaiblies ayant causé des lésions corporelles.

[2] L'alinéa 10b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* garantit à chacun le droit, en cas d'arrestation ou de détention, d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat. Dans l'arrêt *R. c. Manninen*, [1987] 1 R.C.S. 1233, notre Cour a reconnu que cette disposition impose aux policiers l'obligation correspondante de veiller à ce que l'intéressé se voie donner une possibilité raisonnable d'exercer ce droit. Le présent pourvoi porte sur l'étendue de cette obligation dans les cas où la personne détenue reçoit des soins médicaux. La question dont nous sommes saisis consiste à décider si l'omission de la police de prendre quelque mesure que ce soit pour donner accès à un avocat ou pour faciliter cet accès a constitué, dans les circonstances, une violation de l'al. 10b). Je suis d'avis que c'est le cas et qu'il y a lieu d'écarter les éléments de preuve en cause.

Historique

[3] Au petit matin du 13 avril 2008, alors qu'il revenait d'une activité sociale qui s'était déroulée à Cochrane en Alberta, Jamie Kenneth Taylor conduisait une camionnette quatre portes dans laquelle prenaient place quatre passagers. Il roulait à grande vitesse. Peu avant 1 h 25, il a perdu la maîtrise de son véhicule en tentant d'effectuer un virage à droite. La camionnette a heurté un réverbère et a fait plusieurs tonneaux. Trois des passagers ont été blessés.

[4] L'agent Douglas MacGillivray est arrivé sur les lieux de l'accident à 1 h 31. Du personnel médical d'urgence ainsi que de nombreux spectateurs se trouvaient déjà sur les lieux lorsqu'il est arrivé. Un spectateur a identifié M. Taylor comme étant le conducteur. Pendant qu'il parlait à M. Taylor, l'agent MacGillivray a constaté que ce dernier présentait certains indices d'affaiblissement des facultés. Comme quelqu'un lui avait dit que l'un des

arrested Mr. Taylor at 1:41 a.m. for impaired driving causing death. Soon afterwards, he learned that there were in fact no fatalities so the charge was modified to impaired driving causing bodily harm.

[5] After arresting Mr. Taylor, Cst. MacGillivray put him in the back of his police cruiser. At 1:43 a.m., he informed him of his *Charter* rights, including his right to counsel, and asked whether he wanted to call a lawyer. Mr. Taylor said he wanted to speak to both his father and to his lawyer, Patrick Fagan.

[6] Mr. Taylor was then assessed by a paramedic in the back of the police car. He was taken into an ambulance for further examination at 2:13 a.m. At first, he was unwilling to cooperate with the paramedic, but when the paramedic explained that the interview and physical examination were for the purpose of patient care, Mr. Taylor became cooperative and forthcoming, telling the paramedic that he had been drinking that night.

[7] The paramedic concluded that there was nothing wrong with Mr. Taylor's physical condition, but as a precaution and in accordance with normal practice, he persuaded Mr. Taylor to be taken by ambulance to the hospital for examination by a physician. The ambulance left the accident scene at 2:19 a.m. and arrived at the hospital at 2:43 a.m.

[8] At no time was Mr. Taylor given access to a phone while at the scene of the accident. Cst. MacGillivray testified that he did not think about giving Mr. Taylor access to a phone there, and that "it was a fault that I made in that it didn't happen" at the scene of the accident. He also said that providing access to a telephone in the back of a police car was "not a practice we normally do. . . . [T]he practice that we normally do, we transport to the detachment. They sit in a room where they have the room to themselves and a list of phone numbers And so, with the practice of not allowing an

passagers n'avait pas survécu à l'accident, l'agent MacGillivray a arrêté M. Taylor à 1 h 41 pour conduite avec facultés affaiblies causant la mort. Peu après, toutefois, il a appris qu'en fait personne n'était décédé et l'accusation a en conséquence été remplacée par celle de conduite avec facultés affaiblies causant des lésions corporelles.

[5] Après avoir arrêté M. Taylor, l'agent MacGillivray lui a fait prendre place à l'arrière de sa voiture de patrouille. À 1 h 43, il l'a informé des droits que lui garantit la *Charte*, notamment de son droit à l'assistance d'un avocat, et il lui a demandé s'il voulait en appeler un. Monsieur Taylor a répondu qu'il voulait parler à son père ainsi qu'à son avocat, Patrick Fagan.

[6] Monsieur Taylor a ensuite été évalué par un ambulancier paramédical à l'arrière de la voiture patrouille. À 2 h 13, il a été emmené dans une ambulance afin de subir d'autres examens. Au début, il ne voulait pas collaborer avec l'ambulancier paramédical, mais lorsque celui-ci lui a expliqué que ses questions et l'examen physique visaient des fins médicales, M. Taylor est devenu coopératif et ouvert, et il a dit à l'ambulancier qu'il avait bu au cours de la soirée.

[7] L'ambulancier paramédical a conclu que l'état physique de M. Taylor ne présentait rien d'anormal, mais, par souci de précaution et conformément à la pratique normale, il a persuadé M. Taylor de se laisser transporter à l'hôpital en ambulance afin d'y être examiné par un médecin. L'ambulance a quitté les lieux de l'accident à 2 h 19 et est arrivée à l'hôpital à 2 h 43.

[8] À aucun moment M. Taylor ne s'est vu donner accès à un téléphone pendant qu'il se trouvait sur les lieux de l'accident. L'agent MacGillivray a témoigné qu'il n'avait pas pensé à donner à M. Taylor accès à un téléphone à cet endroit, et a déclaré : [TRADUCTION] « . . . c'était une faute de ma part si cela ne s'est pas fait » sur les lieux de l'accident. Il a également dit que donner accès à un téléphone à une personne sur la banquette arrière d'une voiture patrouille « n'est pas une pratique que nous suivons normalement. [. . .] [C]onformément à la pratique que nous suivons normalement, nous

accused to use a phone in a police car, that's what I was going with." Constable Elizabeth-Anne MacNamara, who was at the scene of the accident, gave similar evidence about police practices at roadside.

[9] After the ambulance left, Cst. MacGillivray made a note to remind himself to give Mr. Taylor the opportunity to speak to his lawyer at the hospital.

[10] After being admitted, Mr. Taylor waited on a stretcher in a hallway of the hospital until shortly after 3 a.m., when he was moved to a bed in a curtained area and examined by a nurse and doctor. Cst. MacGillivray was present during his medical examination. Cst. MacNamara was also present and taking notes. She was there to observe and maintain continuity of any blood samples that were taken.

[11] A nurse took five vials of blood from Mr. Taylor between 3:05 a.m. and 3:12 a.m. Mr. Taylor's name and a patient number were recorded on each of the vials. Both Cst. MacGillivray and Cst. MacNamara observed the procedure, and Cst. MacNamara tracked the blood until it was delivered to the hospital lab for analysis.

[12] Immediately after the blood was taken, Cst. MacGillivray asked the nurse whether Mr. Taylor would be able to leave the hospital in order to give a breath sample at the police station. When he learned from the nurse at 3:13 a.m. that she did not know when Mr. Taylor would be released, Cst. MacGillivray decided to issue a blood demand to Mr. Taylor. The blood samples were taken by a doctor at 4:53 a.m. Cst. MacGillivray left the hospital at 5:36 a.m. with this second set of blood samples.

amenons la personne au poste. Elle est assise seule dans une pièce où elle a accès à une liste de numéros de téléphone [. . .] Et par conséquent, vu la pratique consistant à ne pas autoriser un accusé à utiliser un téléphone dans un véhicule de police, c'est ce que je faisais. » L'agente Elizabeth-Anne MacNamara, qui se trouvait sur les lieux de l'accident, a témoigné de façon similaire à propos des pratiques suivies par les policiers en bord de route.

[9] Après le départ de l'ambulance, l'agent MacGillivray a rédigé une note afin de se souvenir de donner à M. Taylor la possibilité de parler à son avocat lorsqu'il serait à l'hôpital.

[10] Une fois la procédure d'admission complétée, M. Taylor a attendu sur une civière dans un couloir jusqu'à peu après 3 h, puis on l'a installé dans un lit, dans une aire fermée par des rideaux, où il a été examiné par une infirmière et un médecin. L'agent MacGillivray était présent lors de l'examen médical. L'agente MacNamara y assistait elle aussi et prenait des notes. Elle était présente pour observer le prélèvement d'échantillons sanguins et contrôler la chaîne de possession de ceux-ci.

[11] Une infirmière a prélevé cinq fioles de sang de M. Taylor entre 3 h 05 et 3 h 12. Le nom de ce dernier et son numéro de patient ont été inscrits sur chacune des fioles. L'agent MacGillivray et l'agente MacNamara ont tous les deux observé le déroulement de cette procédure et la seconde a suivi les échantillons de sang jusqu'à leur dépôt au laboratoire de l'hôpital pour analyse.

[12] Immédiatement après les prélèvements sanguins, l'agent MacGillivray a demandé à l'infirmière si M. Taylor était en mesure de quitter l'hôpital afin de donner un échantillon d'haleine au poste de police. Lorsque, à 3 h 13, il a été informé par celle-ci qu'elle ne savait pas quand M. Taylor obtiendrait son congé, l'agent MacGillivray a décidé d'ordonner à celui-ci de fournir des échantillons de sang. Les échantillons ont été prélevés par un médecin à 4 h 53. L'agent MacGillivray a quitté l'hôpital à 5 h 36, muni de cette deuxième série d'échantillons sanguins.

[13] At no point during Mr. Taylor's time in the hospital did Cst. MacGillivray or Cst. MacNamara attempt to provide Mr. Taylor with an opportunity to speak to his lawyer or determine whether such an opportunity was even logistically or medically feasible. Cst. MacNamara testified that since her only purpose at the hospital was to assist in the tracking of the blood, she took no steps to inquire whether Mr. Taylor's s. 10(b) rights had been complied with.

[14] Cst. MacGillivray gave the following explanation for why Mr. Taylor was not provided access to a lawyer at the hospital:

A . . . I didn't think of it. At the time we were in a hospital hallway. I was just watching him. And I didn't think to put a phone to his ear. That's all I can say. It was a -- it was a rookie mistake I guess

. . . .

Q And, just so we are clear, at no time did you undertake any effort to bring a phone to him?

A No, I did not.

. . . .

Q Why didn't you let him use your cell phone when he was laying there on the stretcher at the hospital to call a lawyer?

A I have no explanation. I just didn't.

. . . .

Q I take it if you had to do it all over again, you would have done it differently?

A Oh, yes.

Q You would have given Mr. Taylor an opportunity to consult with a lawyer before those five vials of blood were taken from him, at approximately 3:10 a.m., right?

[13] À aucun moment durant le temps qu'a passé M. Taylor à l'hôpital, les agents MacGillivray et MacNamara n'ont tenté de lui donner la possibilité de parler à son avocat ou de voir si cela était même faisable sur le plan logistique ou médical. L'agente MacNamara a témoigné que, comme son seul rôle à l'hôpital était d'aider au suivi des échantillons de sang, elle n'a pris aucune mesure afin de vérifier si les droits garantis à M. Taylor par l'al. 10b) avaient été respectés.

[14] L'agent MacGillivray a expliqué ainsi les raisons pour lesquelles M. Taylor ne s'est pas vu donner accès à l'assistance d'un avocat pendant qu'il était à l'hôpital :

[TRANSDUCTION]

R . . . Je n'y ai pas pensé. Nous nous trouvions à ce moment-là dans un couloir d'hôpital. Je ne faisais que le surveiller. Et je n'ai pas songé à lui mettre un téléphone sur l'oreille. C'est tout ce que je peux dire. C'était -- c'était une erreur de débutant j'imagine . . .

. . . .

Q Et, pour que les choses soient claires, vous n'avez à aucun moment déployé d'effort pour lui apporter un téléphone?

R Non, je n'ai rien fait.

. . . .

Q Pourquoi ne lui avez-vous pas laissé utiliser votre téléphone cellulaire pour appeler un avocat quand il était étendu sur la civière à l'hôpital?

R Je n'ai pas d'explication. Je ne l'ai tout simplement pas fait.

. . . .

Q Je suppose que si c'était à refaire, vous auriez agi différemment?

R Oh, oui.

Q Vous auriez donné à M. Taylor la possibilité de consulter un avocat avant que ces cinq fioles de sang ne soient prélevées de lui, aux environs de 3 h 10, n'est-ce pas?

A I obviously would have, yes.

He said he did not realize his mistake until days later.

[15] The next day, April 14, Cst. MacGillivray applied for a warrant to seize the first five vials of blood the hospital took from Mr. Taylor. A warrant issued on April 17. On April 18, Cst. MacGillivray took this blood from the hospital. The analysis of both sets of blood samples indicated that at the time of the accident, Mr. Taylor had more alcohol in his blood than was lawfully permitted.

[16] The Crown conceded at trial that there was a breach of s. 10(b) with respect to the second set of blood samples taken at 4:53 a.m. because the police had failed to give Mr. Taylor an opportunity to speak with his lawyer prior to making the demand. The Crown relied instead on the analysis of the first set of blood samples which were taken by the hospital 20 to 30 minutes after Mr. Taylor had arrived at the hospital.

[17] The trial judge made a number of unequivocal findings confirming that the police did not at any time provide access to a phone at the hospital despite Mr. Taylor's stable condition:

- “The Accused ‘was well ambulatory with no neural deficits’. [His] speech was fine, he was alert, there was no slurring or impediments to his speech and he answered questions appropriately.”
- “... at no time during the detainment was the request of the detainee [for counsel] honoured by the [police].”
- “[Taylor] was not provided an opportunity to exercise his right to counsel at any point during the course of his detention”
- “. . . no telephone was provided to the Accused at the scene of the accident.”

R Je l’aurais évidemment fait, oui.

L’agent MacGillivray a dit que ce n’est que quelques jours plus tard qu’il a pris conscience de son erreur.

[15] Le lendemain, le 14 avril, l’agent MacGillivray a sollicité un mandat autorisant la saisie des cinq premières fioles contenant le sang prélevé de M. Taylor par l’hôpital. Un mandat a été délivré le 17 avril. Le 18 avril, l’agent MacGillivray est allé chercher ce sang à l’hôpital. L’analyse des deux séries d’échantillons sanguins a révélé que, au moment de l’accident, M. Taylor avait un taux d’alcoolémie plus élevé que celui permis par la loi.

[16] Au procès, le ministère public a concédé qu’il y avait eu violation de l’al. 10b) en ce qui a trait à la deuxième série d’échantillons sanguins prélevés à 4 h 53, parce que les policiers n’avaient pas donné à M. Taylor la possibilité de parler à son avocat avant de lui donner l’ordre de fournir ces échantillons. Le ministère public s’est plutôt fondé sur l’analyse de la première série d’échantillons de sang prélevés par l’hôpital 20 à 30 minutes après l’arrivée de M. Taylor à cet endroit.

[17] Le juge du procès a tiré plusieurs conclusions non équivoques confirmant que les policiers n’avaient à aucun moment donné à M. Taylor accès à un téléphone à l’hôpital, malgré le fait que ce dernier était dans un état stable :

[TRADUCTION]

- « L’accusé “était à même de se mouvoir et ne souffrait d’aucun déficit neurologique”. [II] s’exprimait normalement, il était alerte, il n’avait pas de difficulté ou de problème à articuler et il répondait aux questions de manière appropriée. »
- « . . . à aucun moment durant la détention les [policiers] n’ont donné suite à la demande du détenu [de consulter un avocat]. »
- « [M. Taylor] ne s’est vu donner la possibilité d’exercer son droit à l’assistance d’un avocat à aucun moment au cours de sa détention . . . »
- « . . . aucun téléphone n’a été fourni à l’accusé sur les lieux de l’accident. »

- “At no time while the Accused was at the hospital did either of the police officers take any steps towards affording the Accused the opportunity to speak to counsel.”
- Cst. MacGillivray acknowledged that he “made a mistake”, that “there was a lot going on at the hospital”, and that he “did not think to put his cell phone to the Accused’s ear, or obtain a phone number for him”.
- Since Mr. Taylor “was not [Cst. MacNamara’s] responsibility . . . she did not direct her mind” towards his right to counsel. She did not take “any steps to facilitate a telephone call for the accused”.
- « À aucun moment pendant que l’accusé se trouvait à l’hôpital, l’un ou l’autre des policiers n’a pris quelque mesure que ce soit afin de donner à l’accusé la possibilité de parler à un avocat. »
- L’agent MacGillivray a reconnu qu’il « a commis une erreur », qu’« il y avait beaucoup d’activité à l’hôpital » et qu’il « n’avait pas pensé à mettre son téléphone portable sur l’oreille de l’accusé ou à obtenir un numéro de téléphone pour lui ».
- Comme M. Taylor « n’était pas sous la responsabilité de [l’agente MacNamara] [. . .] elle ne s’est pas attardée » au droit de celui-ci à l’assistance d’un avocat. Elle n’a pris « aucune mesure pour faciliter un appel téléphonique par l’accusé ».

[18] The trial judge agreed with the Crown that there was a s. 10(b) breach when Cst. MacGillivray made a demand for the second set of blood samples without “implement[ing] [Mr. Taylor’s] right to counsel”, but concluded that there was no breach of Mr. Taylor’s s. 10(b) rights prior to the first set of blood samples being taken. He also found that no phone needed to be provided at the accident scene. As for the hospital, he assumed that where an accused “is awaiting or receiving emergency medical treatment, there is no reasonable opportunity to provide private access to the accused to a telephone to implement his right to instruct counsel”. The first set of blood samples were accordingly admitted into evidence. On the basis of this evidence, Mr. Taylor was convicted of three counts of impaired driving causing bodily harm.

[19] A majority in the Court of Appeal allowed the appeal, finding that the trial judge erred when he concluded that there was no reasonable opportunity to facilitate access to a lawyer prior to the taking of the first set of blood samples. In its view, Mr. Taylor’s s. 10(b) rights were violated, and this resulted in Mr. Taylor’s “inability to exercise a meaningful and informed choice as to whether he should or should not consent” to the taking of blood samples by the hospital. The evidence was excluded, the conviction set aside, and an acquittal

[18] Le juge de première instance a conclu, point qu’il avait d’ailleurs concédé le ministère public, qu’il y avait eu violation de l’al. 10b) lorsque l’agent MacGillivray avait ordonné le prélèvement d’une deuxième série d’échantillons de sang sans [TRADUCTION] « donner effet au droit [de M. Taylor] à l’assistance d’un avocat », mais il a statué qu’il n’y avait pas eu violation de ce droit avant le prélèvement de la première série d’échantillons. Il a également conclu qu’il n’était pas nécessaire de fournir un téléphone sur les lieux de l’accident. Pour ce qui est de l’hôpital, il est parti du principe que, lorsqu’un accusé « attend de recevoir ou reçoit des soins médicaux d’urgence, il n’y a aucune possibilité raisonnable de lui fournir accès privé à un téléphone afin de donner effet à son droit à l’assistance d’un avocat ». La première série d’échantillons de sang a en conséquence été admise en preuve. Sur la foi de ces éléments de preuve, M. Taylor a été déclaré coupable de trois chefs de conduite avec facultés affaiblies causant des lésions corporelles.

[19] La Cour d’appel a, à la majorité, accueilli l’appel, statuant que le juge du procès avait commis une erreur en concluant qu’il n’y avait eu aucune possibilité raisonnable de faciliter l’accès à un avocat avant le prélèvement des premiers échantillons de sang. De l’avis de la Cour d’appel, les droits garantis à M. Taylor par l’al. 10b) ont été violés, ce qui a eu pour conséquence que ce dernier [TRADUCTION] « n’a pas été en mesure de décider de manière utile et éclairée s’il devait consentir ou non » au prélèvement des échantillons sanguins par

entered. I agree with the majority of the Court of Appeal's conclusion.

Analysis

[20] Section 10 of the *Charter* states:

10. Everyone has the right on arrest or detention

(a) to be informed promptly of the reasons therefor;

(b) to retain and instruct counsel without delay and to be informed of that right; and

(c) to have the validity of the detention determined by way of *habeas corpus* and to be released if the detention is not lawful.

This appeal engages s. 10(b). The issue is whether the police complied with the duty to facilitate Mr. Taylor's request to speak to counsel "without delay".

[21] The purpose of the s. 10(b) right is "to allow the detainee not only to be informed of his rights and obligations under the law but, equally if not more important, to obtain advice as to how to exercise those rights": *Manninen*, at pp. 1242-43. The right to retain and instruct counsel is also "meant to assist detainees regain their liberty, and guard against the risk of involuntary self-incrimination": *R. v. Suberu*, [2009] 2 S.C.R. 460, at para. 40. Access to legal advice ensures that an individual who is under control of the state and in a situation of legal jeopardy "is able to make a choice to speak to the police investigators that is both free and informed": *R. v. Sinclair*, [2010] 2 S.C.R. 310, at para. 25.

[22] In *R. v. Bartle*, [1994] 3 S.C.R. 173, Lamer C.J. explained why the right to counsel must be facilitated "without delay":

This opportunity is made available because, when an individual is detained by state authorities, he or she is put in a position of disadvantage relative to the state. Not

l'hôpital. Les éléments de preuve ont été écartés, la déclaration de culpabilité a été annulée et un verdict d'acquittement a été inscrit. Je fais mienne la conclusion de la Cour d'appel.

Analyse

[20] L'article 10 de la *Charte* énonce ce qui suit :

10. Chacun a le droit, en cas d'arrestation ou de détention :

a) d'être informé dans les plus brefs délais des motifs de son arrestation ou de sa détention;

b) d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat et d'être informé de ce droit;

c) de faire contrôler, par *habeas corpus*, la légalité de sa détention et d'obtenir, le cas échéant, sa libération.

Le présent pourvoi fait intervenir l'al. 10b). Il s'agit de décider si les policiers se sont acquittés de leur obligation d'aider M. Taylor à parler à un avocat « sans délai », comme il le demandait.

[21] L'alinéa 10b) a pour objet « de permettre à la personne détenue non seulement d'être informée de ses droits et de ses obligations en vertu de la loi, mais également, voire qui plus est, d'obtenir des conseils sur la façon d'exercer ces droits » : *Manninen*, p. 1242-1243. Le droit à l'assistance d'un avocat « vise [...] à aider les détenus à recouvrer leur liberté et à les protéger contre le risque qu'ils s'incriminent involontairement » : *R. c. Suberu*, [2009] 2 R.C.S. 460, par. 40. L'accès à des conseils juridiques fait en sorte qu'une personne qui se trouve sous le contrôle de l'État et encourt un risque juridique « [est] en mesure d'exercer un choix libre et éclairé quant à la décision de parler ou non aux enquêteurs de la police » : *R. c. Sinclair*, [2010] 2 R.C.S. 310, par. 25.

[22] Dans l'arrêt *R. c. Bartle*, [1994] 3 R.C.S. 173, le juge en chef Lamer a expliqué pourquoi l'exercice du droit à l'assistance d'un avocat doit être facilité « sans délai » :

Cette possibilité lui est donnée, parce que, étant détenue par les représentants de l'État, [une personne] est désavantagée par rapport à l'État. Non seulement elle

only has this person suffered a deprivation of liberty, but also this person may be at risk of incriminating him- or herself. Accordingly, a person who is “detained” within the meaning of s. 10 of the *Charter* is in *immediate need of legal advice* in order to protect his or her right against self-incrimination and to assist him or her in regaining his or her liberty Under s. 10(b), a detainee is entitled as of right to seek such legal advice “without delay” and upon request. . . . [T]he right to counsel protected by s. 10(b) is designed to ensure that persons who are arrested or detained are treated fairly in the criminal process. [Emphasis added; p. 191.]

[23] He also confirmed the three corresponding duties set out in *Manninen* which are imposed on police who arrest or detain an individual:

- (1) to inform the detainee of his or her right to retain and instruct counsel without delay and of the existence and availability of legal aid and duty counsel;
- (2) if a detainee has indicated a desire to exercise this right, to provide the detainee with a reasonable opportunity to exercise the right (except in urgent and dangerous circumstances); and
- (3) to refrain from eliciting evidence from the detainee until he or she has had that reasonable opportunity (again, except in cases of urgency or danger).

(*Bartle*, at p. 192, citing *Manninen*, at pp. 1241-42; *R. v. Evans*, [1991] 1 S.C.R. 869, at p. 890; and *R. v. Brydges*, [1990] 1 S.C.R. 190, at pp. 203-4.)

[24] The duty to inform a detained person of his or her right to counsel arises “immediately” upon arrest or detention (*Suberu*, at paras. 41-42), and the duty to facilitate access to a lawyer, in turn, arises immediately upon the detainee’s request to speak to counsel. The arresting officer is therefore under a constitutional obligation to facilitate the requested access to a lawyer at the first reasonably available opportunity. The burden is on the Crown to show that a given delay was reasonable in the circumstances (*R. v. Luong* (2000), 271 A.R. 368, at para. 12 (C.A.)). Whether a delay in facilitating access to counsel is reasonable is a factual inquiry.

a été privée de sa liberté, mais encore elle risque de s’incriminer. Par conséquent, la personne « détenue » au sens de l’art. 10 de la *Charte* a *immédiatement besoin de conseils juridiques*, afin de protéger son droit de ne pas s’incriminer et d’obtenir une aide pour recouvrer sa liberté [. . .] L’alinéa 10b) habilite la personne détenue à recourir de plein droit à l’assistance d’un avocat « sans délai » et sur demande. [. . .] [L]e droit à l’assistance d’un avocat prévu à l’al. 10b) vise à assurer le traitement équitable dans le processus pénal des personnes arrêtées ou détenues. [Italique ajouté; p. 191.]

[23] Il a également confirmé les trois obligations correspondantes qui ont été énoncées dans l’arrêt *Manninen* et s’imposent aux policiers qui arrêtent une personne ou la détiennent :

- (1) informer la personne détenue de son droit d’avoir recours sans délai à l’assistance d’un avocat et de l’existence de l’aide juridique et d’avocats de garde;
- (2) si la personne détenue a indiqué qu’elle voulait exercer ce droit, lui donner la possibilité raisonnable de le faire (sauf en cas d’urgence ou de danger);
- (3) s’abstenir de tenter de soutirer des éléments de preuve à la personne détenue jusqu’à ce qu’elle ait eu cette possibilité raisonnable (encore une fois, sauf en cas d’urgence ou de danger).

(*Bartle*, p. 192, citant *Manninen*, p. 1241-1242; *R. c. Evans*, [1991] 1 R.C.S. 869, p. 890; *R. c. Brydges*, [1990] 1 R.C.S. 190, p. 203-204.)

[24] L’obligation d’informer le détenu de son droit à l’assistance d’un avocat prend naissance « immédiatement » après l’arrestation ou la mise en détention (*Suberu*, par. 41-42), et celle de faciliter l’accès à un avocat prend pour sa part naissance immédiatement après que le détenu a demandé à parler à un avocat. Le policier qui procède à l’arrestation a donc l’obligation constitutionnelle de faciliter à la première occasion raisonnable l’accès à un avocat qui est demandé. Il incombe au ministère public de démontrer qu’un délai donné était raisonnable dans les circonstances (*R. c. Luong* (2000), 271 A.R. 368, par. 12 (C.A.)). La question de savoir si le délai qui s’est écoulé avant que l’on facilite l’accès à un avocat était raisonnable est une question de fait.

[25] This means that to give effect to the right to counsel, the police must inform detainees of their s. 10(b) rights *and* facilitate access to those rights where requested, both without delay. This includes “allowing [the detainee] upon his request to use the telephone for that purpose if one is available” (*Manninen*, at p. 1242). And all this because the detainee is in the control of the police and cannot exercise his right to counsel unless the police give him a reasonable opportunity to do so (see *Brownridge v. The Queen*, [1972] S.C.R. 926, at pp. 952-53).

[26] Until the requested access to counsel is provided, it is uncontroversial that there is an obligation on the police to refrain from taking further investigative steps to elicit evidence (*R. v. Ross*, [1989] 1 S.C.R. 3, at p. 12; *R. v. Prosper*, [1994] 3 S.C.R. 236, at p. 269).

[27] The majority in the Court of Appeal was of the view that in light of Cst. MacGillivray’s acknowledgement that he could have provided his own cell phone, the “‘mistake’ in failing to provide it” gave rise to a breach of s. 10(b). The Crown takes issue with this finding, and I agree that in light of privacy and safety issues, the police are under no legal duty to provide their own cell phone to a detained individual.

[28] But the police nonetheless have both a duty to provide phone access as soon as practicable to reduce the possibility of accidental self-incrimination and to refrain from eliciting evidence from the individual before access to counsel has been facilitated. While s. 10(b) does not create a “right” to use a specific phone, it *does* guarantee that the individual will have access to a phone to exercise his right to counsel at the *first* reasonable opportunity.

[29] As the trial judge found, Cst. MacGillivray admitted that at the hospital, he made a “mistake”

[25] Il s’ensuit que, pour donner effet au droit à l’assistance d’un avocat, la police doit, sans délai dans les deux cas, informer les détenus des droits que leur garantit l’al. 10b) *et* faciliter l’exercice de ces droits sur demande en ce sens. Cela signifie notamment qu’« à la demande [du détenu], on doit lui permettre d’utiliser le téléphone à cette fin s’il en est un de disponible » (*Manninen*, p. 1242). Tout cela parce que le détenu est sous le contrôle des policiers et ne peut exercer son droit de recourir à l’assistance d’un avocat que si ceux-ci lui donnent une possibilité raisonnable de le faire (voir *Brownridge c. La Reine*, [1972] R.C.S. 926, p. 952-953).

[26] Nul ne conteste que, tant que l’accès à un avocat qui est demandé n’a pas été fourni, les policiers doivent s’abstenir de prendre d’autres mesures d’investigation en vue de soutirer des éléments de preuve au détenu (*R. c. Ross*, [1989] 1 R.C.S. 3, p. 12; *R. c. Prosper*, [1994] 3 R.C.S. 236, p. 269).

[27] De l’avis des juges majoritaires de la Cour d’appel, comme l’agent MacGillivray a reconnu qu’il aurait pu fournir son propre téléphone cellulaire, l’[TRADUCTION] « “erreur” commise en omettant de le fournir » a entraîné une violation de l’al. 10b). Le ministère public conteste cette conclusion et je reconnais que, compte tenu des problèmes qu’une telle mesure soulève en matière de protection de la vie privée et de sécurité, les policiers ne sont pas légalement tenus de fournir leur propre téléphone cellulaire à une personne détenue.

[28] Toutefois, les policiers ont néanmoins l’obligation de donner à une telle personne accès à un téléphone dès que cela est possible en pratique, afin de réduire le risque d’auto-incrimination accidentelle, ainsi que l’obligation de s’abstenir de tenter de lui soutirer des éléments de preuve tant qu’ils ne lui ont pas facilité l’accès à un avocat. L’alinéa 10b) ne crée pas le « droit » d’utiliser un téléphone précis, mais garantit *effectivement* à l’intéressé l’accès à un téléphone pour qu’il puisse exercer son droit à l’assistance d’un avocat à la *première* occasion raisonnable.

[29] Comme a conclu le juge du procès, l’agent MacGillivray a admis qu’il a commis une

and that he would have — *and could have* — given Mr. Taylor the requested access if he had remembered to do so. In other words, Mr. Taylor could have been given the opportunity to speak to counsel at the hospital if Cst. MacGillivray had remembered to do so. He made no mention of any practical obstacles to access, such as a medical emergency, the absence of a phone, or even problems in providing sufficient privacy to Mr. Taylor.

[30] There is, in fact, virtually no evidence about what logistical or medical barriers stood between Mr. Taylor and a phone call to his lawyer. It is true that Cst. MacNamara testified that at the hospital “[t]here was absolutely no way [Mr. Taylor] could have contacted counsel and had any privacy in the setting that we were in”, but this retrospective imputation of impracticability is of limited relevance given her acknowledgement that she was only there to track the blood samples and whether such access was possible was not part of her duties there. As a result, she too made no inquiries of the hospital staff.

[31] There may well be circumstances when it will not be possible to facilitate private access to a lawyer for a detained person receiving emergency medical treatment. As this Court noted in *Bartle*, a police officer’s implementational duties under s. 10(b) are necessarily limited in urgent or dangerous circumstances. But those attenuating circumstances are not engaged in this case. As the trial judge found, the paramedic “did not feel there was anything wrong with the Accused”, but took Mr. Taylor to the hospital only “out of an abundance of caution, and in accordance with normal practice”. And once at the hospital, it was 20 to 30 minutes before the hospital took any blood from Mr. Taylor, more than enough time for the police to make

[TRADUCTION] « erreur » à l’hôpital et qu’il aurait donné à M. Taylor — *et aurait pu lui donner* — l’accès que demandait celui-ci s’il s’était souvenu de le faire. Autrement dit, M. Taylor aurait pu se voir accorder la possibilité de communiquer avec un avocat pendant qu’il se trouvait à l’hôpital si l’agent MacGillivray s’était souvenu de lui donner cette possibilité. Ce dernier n’a fait état d’aucun obstacle d’ordre pratique à l’accès demandé, par exemple une urgence médicale, l’absence de téléphone ou même des difficultés à fournir à M. Taylor la possibilité de consulter son avocat suffisamment en privé.

[30] En fait, il n’y a virtuellement aucune preuve indiquant que des obstacles d’ordre logistique ou médical empêchaient M. Taylor d’appeler son avocat. Il est vrai que l’agente MacNamara a témoigné que, à l’hôpital, [TRADUCTION] « [i]l aurait été absolument impossible [à M. Taylor] de communiquer avec un avocat et de disposer de quelque intimité vu l’environnement dans lequel nous nous trouvions », mais cette impossibilité pratique, invoquée rétrospectivement, n’a qu’une pertinence limitée, puisque l’agente a reconnu qu’elle était présente à l’hôpital uniquement pour assurer le suivi des échantillons de sang et que la question de savoir si l’accès à un avocat était possible ne faisait alors pas partie de ses tâches. Par conséquent, elle aussi n’a pas fait de démarches à cet égard auprès des membres du personnel de l’hôpital.

[31] Il peut fort bien se présenter des circonstances dans lesquelles il n’est pas possible d’aider une personne détenue qui reçoit un traitement médical d’urgence à avoir accès en privé à un avocat. Comme l’a souligné la Cour dans l’arrêt *Bartle*, les obligations qu’ont les policiers de donner effet aux droits garantis par l’al. 10(b) sont nécessairement limitées lors de situations urgentes ou dangereuses. Mais nous ne sommes pas en présence de telles circonstances restrictives en l’espèce. Comme l’a affirmé le juge du procès, l’ambulancier paramédical [TRADUCTION] « n’estimait pas que l’état de l’accusé présentait quoi que ce soit d’anormal », mais il a amené celui-ci à l’hôpital uniquement « par surcroît de prudence et conformément à la pratique

inquiries as to whether a phone was available or a phone call medically feasible.

[32] The duty of the police is to provide access to counsel at the earliest practical opportunity. To suggest, as the trial judge did, that it is presumptively reasonable to delay the implementation of the right to counsel for the entire duration of an accused's time waiting for and receiving medical treatment in a hospital emergency ward, without any evidence of the particular circumstances, undermines the constitutional requirement of access to counsel "without delay".

[33] Not everything that happens in an emergency ward is necessarily a medical emergency of such proportions that communication between a lawyer and an accused is not reasonably possible. Constitutional rights cannot be displaced by *assumptions* of impracticality. Barriers to access must be proven, not assumed, and proactive steps are required to turn the *right* to counsel into *access* to counsel.

[34] An individual who enters a hospital to receive medical treatment is not in a *Charter*-free zone. Where the individual has requested access to counsel and is in custody at the hospital, the police have an obligation under s. 10(b) to take steps to ascertain whether private access to a phone is in fact available, given the circumstances. Since most hospitals have phones, it is not a question simply of whether the individual is in the emergency room, it is whether the Crown has demonstrated that the circumstances are such that a private phone conversation is not reasonably feasible.

habituelle ». Une fois M. Taylor arrivé à l'hôpital, il s'est écoulé de 20 à 30 minutes avant que le personnel de l'hôpital effectue un prélèvement de son sang, soit plus de temps qu'il n'en fallait aux policiers pour demander si un téléphone était disponible ou si M. Taylor était médicalement apte à faire un appel téléphonique.

[32] Les policiers ont l'obligation de permettre l'accès à un avocat dès que la chose est possible en pratique. Le fait de présumer, comme le suggère le juge du procès, qu'il est raisonnable de tarder à donner effet au droit à l'assistance d'un avocat pendant toute la période où l'accusé attend de recevoir un traitement médical à l'urgence d'un hôpital ainsi que pendant toute la durée de ce traitement, et ce, en l'absence de toute preuve des circonstances particulières en cause, compromettrait le respect de l'obligation constitutionnelle relative à l'accès « sans délai » à l'assistance d'un avocat.

[33] Les cas traités en salle d'urgence ne constituent pas nécessairement tous des urgences médicales telles que les communications entre un avocat et un accusé ne sont pas raisonnablement possibles. Des droits constitutionnels ne sauraient être écartés sur la base de *suppositions* d'impossibilité pratique. L'existence d'obstacles à l'accès doit être prouvée — et non pas supposée —, et des mesures proactives sont requises pour que le *droit* à un avocat se concrétise en *accès* à un avocat.

[34] La personne qui entre dans un l'hôpital pour y recevoir des soins médicaux ne se trouve pas dans une zone sans *Charte*. Lorsqu'une personne a demandé à avoir accès à un avocat et qu'elle est sous garde à l'hôpital, les policiers sont tenus par l'al. 10b) de prendre des mesures pour vérifier s'il est dans les faits possible à cette personne d'avoir accès privé à un téléphone, eu égard aux circonstances. Comme la plupart des hôpitaux sont dotés de téléphones, la question ne consiste pas simplement à déterminer si le détenu se trouvait à l'urgence, mais plutôt si le ministère public a démontré que les circonstances étaient telles qu'une conversation téléphonique privée n'était pas raisonnablement possible en pratique.

[35] The result of the officers' failure to even turn their minds that night to the obligation to provide this access, meant that there was virtually no evidence about whether a private phone call would have been possible, and therefore no basis for assessing the reasonableness of the failure to facilitate access. In fact, this is a case not so much about delay in facilitating access, but about its complete denial. It is difficult to see how this ongoing failure can be characterized as reasonable. Mr. Taylor's s. 10(b) rights were clearly violated. With respect, the trial judge erred in concluding otherwise.

[36] In light of the conclusion that Mr. Taylor's s. 10(b) rights were violated by the failure on the part of the police to take *any* steps to facilitate Mr. Taylor's requested access to counsel before the first set of blood samples were taken, it is unnecessary to decide whether his s. 8 *Charter* right against unreasonable search and seizure was breached. I would note only that the police should not be able to circumvent the duty to implement an arrested individual's s. 10(b) rights by attempting to cure any tainted evidence with a warrant authorizing its seizure.

[37] Having concluded that there was a breach of Mr. Taylor's right to counsel under s. 10(b) prior to the taking of the first set of blood samples, the remaining issue is whether to exclude the evidence under s. 24(2) of the *Charter*. When faced with an application for exclusion under s. 24(2), a court must assess and balance the effect of admitting the evidence on the public's confidence in the justice system, having regard to "the seriousness of the *Charter*-infringing state conduct, the impact of the breach on the *Charter*-protected interests of the accused, and the societal interest in an adjudication

[35] Comme les policiers n'ont même pas songé cette nuit-là à l'obligation qu'ils avaient d'offrir l'accès à un avocat, il s'ensuit qu'il n'y a virtuellement aucune preuve concernant la question de savoir s'il aurait été possible ou non de faire un appel téléphonique en privé et, par conséquent, aucune base permettant d'apprécier le caractère raisonnable de l'omission de faciliter cet accès. En fait, la présente affaire ne porte pas tant sur le temps mis à faciliter l'accès à un avocat que sur le déni complet de cet accès. Il est difficile d'imaginer comment cette omission persistante pourrait être qualifiée de raisonnable. Les droits garantis à M. Taylor par l'al. 10b) ont été manifestement violés. Avec égards, le juge du procès a commis une erreur en concluant différemment.

[36] Compte tenu de la conclusion selon laquelle les droits garantis à M. Taylor par l'al. 10b) ont été violés par suite de l'omission des policiers, avant le prélèvement de la première série d'échantillons de sang, de prendre *quelque mesure que ce soit* afin de lui faciliter l'accès à un avocat comme il l'avait demandé, il est inutile de se demander s'il y a eu atteinte au droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives reconnu à l'art. 8 de la *Charte*. Je ferai seulement remarquer que les policiers ne devraient pas être en mesure de se soustraire à l'obligation de donner effet aux droits garantis par l'al. 10b) à la personne arrêtée en essayant de corriger tout vice qui entacherait un élément de preuve par l'obtention d'un mandat autorisant la saisie de cet élément.

[37] Comme j'ai conclu que le droit à l'assistance d'un avocat garanti par l'al. 10b) à M. Taylor a été violé avant le prélèvement de la première série d'échantillons sanguins, il reste à décider si les éléments de preuve en cause doivent être écartés en application du par. 24(2) de la *Charte*. Le tribunal saisi d'une demande d'exclusion fondée sur le par. 24(2) doit évaluer et mettre en balance l'effet que l'utilisation des éléments de preuve aurait sur la confiance du public dans le système de justice, en tenant compte des éléments suivants : « la gravité de la conduite attentatoire de l'État, l'incidence de

on the merits”: *R. v. Grant*, [2009] 2 S.C.R. 353, at para. 85.

[38] It goes without saying that the public has an interest in an adjudication of the merits of a case where, as here, the evidence sought to be excluded is reliable and key to the case. But as this Court has consistently said, most recently in *R. v. Spencer*, [2014] 2 S.C.R. 212, at para. 80, the public also has an interest “in ensuring that the justice system remains above reproach in its treatment of those charged with these serious offences”.

[39] This brings us to the seriousness of the *Charter*-infringing state conduct. The record indicates that the s. 10(b) breach was not the result of a wilful disregard for Mr. Taylor’s rights. Nevertheless, Cst. MacGillivray’s failure to facilitate Mr. Taylor’s s. 10(b) rights constituted a significant departure from the standard of conduct expected of police officers and cannot be condoned. In short, at no point did the police do anything to facilitate Mr. Taylor’s access to counsel at the hospital, either before the initial hospital samples were taken or when they demanded a blood sample. This branch of the *Grant* test therefore leans in favour of exclusion.

[40] Moreover, the impact of the breach on Mr. Taylor’s *Charter*-protected interests was serious. Arrested individuals in need of medical care who have requested access to counsel should not be confronted with a Hobson’s choice between a frank and open discussion with medical professionals about their medical circumstances and treatment, and exercising their constitutional right to silence. The police placed Mr. Taylor’s medical interests in direct tension with his constitutional rights. His legal vulnerability was significant, and, correspondingly, so was his need for his requested assistance from counsel.

la violation sur les droits de l’accusé garantis par la *Charte* et l’intérêt de la société à ce que l’affaire soit jugée au fond » : *R. c. Grant*, [2009] 2 R.C.S. 353, par. 85.

[38] Il va sans dire que le public a intérêt à ce qu’une affaire soit jugée au fond dans les cas où, comme en l’espèce, la preuve dont on demande l’exclusion est fiable et déterminante pour l’issue de l’affaire. Or, comme l’a affirmé de façon constante notre Cour, tout récemment au par. 80 de l’arrêt *R. c. Spencer*, [2014] 2 R.C.S. 212, le public a également intérêt « à ce que le fonctionnement du système de justice demeure irréprochable au regard des individus accusés de ces infractions graves ».

[39] Ce qui nous amène à la gravité de la conduite attentatoire de l’État. Selon le dossier, la violation de l’al. 10(b) n’était pas la conséquence d’un mépris délibéré des droits de M. Taylor. Néanmoins, l’omission de l’agent MacGillivray de faciliter l’exercice, par M. Taylor, des droits que lui garantit l’al. 10(b) constituait un écart important par rapport à la norme de conduite attendue des policiers et elle ne saurait être tolérée. Bref, à aucun moment les policiers n’ont fait quoi que ce soit pour faciliter l’accès de M. Taylor à un avocat pendant qu’il se trouvait à l’hôpital, que ce soit avant le prélèvement par l’hôpital des premiers échantillons ou lorsqu’ils ont ordonné le prélèvement d’échantillons de sang. Ce volet du critère établi dans *Grant* penche donc en faveur de l’exclusion.

[40] De plus, l’incidence de la violation sur les droits garantis par la *Charte* à M. Taylor était sérieuse. La personne arrêtée qui a besoin de soins médicaux et qui a demandé à consulter un avocat ne devrait pas avoir à choisir — choix qui n’en est pas vraiment un — entre, d’une part, avoir une discussion franche et ouverte avec des professionnels de la santé relativement à sa situation médicale et au traitement qui s’impose et, d’autre part, exercer son droit constitutionnel de garder le silence. Les policiers ont mis les intérêts médicaux de M. Taylor en opposition directe avec ses droits constitutionnels. Sa vulnérabilité sur le plan juridique était importante et, corollairement, son besoin de recourir, comme il le demandait, à l’assistance d’un avocat.

[41] There is no need to speculate about the advice Mr. Taylor might have received had he been given access to counsel as he requested, such as whether he would have refused to consent to the taking of any blood samples for medical purposes. It is clear that the denial of the requested access had the effect of depriving him of the opportunity to make an informed decision about whether to consent to the routine medical treatment that had the potential to create — and in fact ultimately did create — incriminating evidence that would be used against him at trial. The impact of the breach on Mr. Taylor’s s. 10(b) rights was exacerbated when Mr. Taylor was placed in the unnecessarily vulnerable position of having to choose between his medical interests and his constitutional ones, without the benefit of the requested advice from counsel. Mr. Taylor’s blood samples, taken in direct violation of his right to counsel under s. 10(b), significantly compromised his autonomy, dignity, and bodily integrity. This supports the exclusion of this evidence. As this Court said in *Grant*, “it may be ventured in general that where an intrusion on bodily integrity is deliberately inflicted and the impact on the accused’s . . . bodily integrity and dignity is high, bodily evidence will be excluded, notwithstanding its relevance and reliability” (para. 111).

[42] After weighing all the relevant considerations, in my view the seriousness of the *Charter* breach and the impact of the police conduct on Mr. Taylor’s interests are such that the admission of the evidence would so impair public confidence in the administration of justice as to warrant the exclusion of the evidence.

[43] I would dismiss the appeal.

Appeal dismissed.

Solicitor for the appellant: Attorney General of Alberta, Edmonton.

Solicitors for the respondent: Fagan & McKay, Calgary.

[41] Il n’est point besoin de s’interroger sur les conseils que M. Taylor aurait pu recevoir si on lui avait donné accès à un avocat comme il l’avait demandé, par exemple s’il aurait, par suite d’une telle consultation, refusé de consentir au prélèvement d’échantillons sanguins à des fins médicales. Il est manifeste que le refus de l’accès demandé a eu pour effet de le priver de la possibilité de prendre une décision éclairée à l’égard de la question de savoir s’il devait consentir à ce traitement médical de routine susceptible de créer — et qui a en définitive créé — une preuve incriminante qui a été utilisée contre lui au procès. L’incidence de la violation des droits garantis par l’al. 10b) a été exacerbée lorsque M. Taylor a été inutilement placé dans la situation de vulnérabilité d’avoir à choisir entre ses intérêts médicaux et ses intérêts constitutionnels, sans le bénéfice des conseils juridiques qu’il avait demandé d’obtenir. Les échantillons sanguins prélevés de M. Taylor en violation directe du droit à l’assistance d’un avocat que lui garantit l’al. 10b) ont considérablement compromis son autonomie, sa dignité et son intégrité physique. Ce facteur appuie l’exclusion de ces éléments de preuve. Comme l’a affirmé la Cour dans *Grant*, « on peut dire que, en règle générale, les éléments de preuve seront écartés en dépit de leur pertinence et de leur fiabilité lorsque l’atteinte à l’intégrité corporelle est délibérée et a des effets importants sur [. . .] l’intégrité corporelle et la dignité de l’accusé » (par. 111).

[42] Après avoir soupesé toutes les considérations pertinentes, j’estime que la gravité de la violation de la *Charte* et l’incidence de la conduite des policiers sur les intérêts de M. Taylor sont telles que l’utilisation des éléments de preuve minerait à ce point la confiance du public dans l’administration de la justice qu’il est justifié de les écarter.

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

Pourvoi rejeté.

Procureur de l’appelante : Procureur général de l’Alberta, Edmonton.

Procureurs de l’intimé : Fagan & McKay, Calgary.

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

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

Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: David Rose Law, Toronto.

Procureur de l'intervenant le directeur des poursuites pénales du Canada : Service des poursuites pénales du Canada, Toronto.

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

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : David Rose Law, Toronto.

Commission des normes du travail *Appellant*

v.

Asphalte Desjardins inc. *Respondent***INDEXED AS: QUEBEC (COMMISSION DES NORMES DU TRAVAIL) v. ASPHALTE DESJARDINS INC.****2014 SCC 51**

File No.: 35375.

2014: March 28; 2014: July 25.

Present: McLachlin C.J. and LeBel, Rothstein, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis and Wagner JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Employment law — Contracts — Contract of employment for indeterminate term — Obligation to give notice of termination — Employee giving notice of termination to employer to terminate contract of employment as of later date — Employer terminating contract of employment before departure date announced by employee — Whether employer who receives notice of termination from employee can terminate contract of employment before notice period expires without in turn having to give notice of termination or pay indemnity in lieu of such notice — Civil Code of Québec, arts. 2091, 2092 — Act respecting labour standards, CQLR, c. N-1.1, ss. 82, 83.

The employee in question had been working for his employer since 1994. On Friday, February 15, 2008, he gave his employer a notice of resignation in which he announced that he would be terminating his contract of employment as of March 7, 2008, that is, three weeks later. On Monday, February 18, after failing to convince the employee to stay with the company, the employer decided without any other formalities to terminate his contract of employment the very next day, February 19, 2008, rather than March 7 — the departure date announced by the employee.

The appellant, the Commission des normes du travail (“Commission”), claimed on the employee’s behalf an indemnity equivalent to a notice period of three weeks, which corresponded to the notice of termination given by the employee in his letter of resignation. It also claimed,

Commission des normes du travail *Appelante*

c.

Asphalte Desjardins inc. *Intimée***RÉPERTORIÉ : QUÉBEC (COMMISSION DES NORMES DU TRAVAIL) c. ASPHALTE DESJARDINS INC.****2014 CSC 51**

N° du greffe : 35375.

2014 : 28 mars; 2014 : 25 juillet.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges LeBel, Rothstein, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis et Wagner.

EN APPEL DE LA COUR D’APPEL DU QUÉBEC

Droit de l’emploi — Contrats — Contrat de travail à durée indéterminée — Obligation de donner un délai de congé — Salarié ayant donné délai de congé à son employeur afin de mettre fin au contrat de travail à une date ultérieure — Employeur mettant fin au contrat de travail avant date de départ annoncée par salarié — L’employeur qui reçoit un délai de congé d’un salarié peut-il mettre fin au contrat de travail avant l’expiration du délai, sans avoir à lui-même donner un délai de congé ou à verser une indemnité qui en tient lieu? — Code civil du Québec, art. 2091, 2092 — Loi sur les normes du travail, RLRQ, ch. N-1.1, art. 82, 83.

Le salarié en cause travaillait pour son employeur depuis 1994. Le vendredi 15 février 2008, le salarié remet à son employeur un avis de démission annonçant qu’il compte mettre fin à son contrat de travail le 7 mars 2008, soit trois semaines plus tard. Le lundi 18 février, n’ayant pas réussi à convaincre le salarié de demeurer en poste, l’employeur décide, sans autre formalité, de mettre fin au contrat de travail dès le lendemain, soit le 19 février 2008, plutôt que le 7 mars 2008 — la date de départ annoncée par le salarié.

L’appelante, la Commission des normes du travail (« Commission »), réclame pour le compte du salarié une indemnité équivalente à trois semaines de préavis, ce qui correspond au délai de congé donné par le salarié dans sa lettre de démission. La Commission réclame également,

in the same proportion, the monetary value of his annual leave. The Court of Québec found in the Commission's favour, but the Court of Appeal ruled against it.

Held: The appeal should be allowed.

This appeal raises the issue of the interplay of the provisions of the *Civil Code of Québec* ("C.C.Q.") and the *Act respecting labour standards* that relate to the effect of the notice of termination in the context of a contract of employment for an indeterminate term. The provisions in question must be interpreted harmoniously, since they are all concerned with the same subject, namely termination of the employment relationship.

A party may unilaterally terminate a contract of employment for an indeterminate term without giving reasons, but on condition that he or she give notice of termination to the other party in reasonable time in accordance with art. 2091 C.C.Q. The obligation under art. 2091 C.C.Q. to give notice of termination applies to both the employee and the employer, for the entire term of the contract.

Added to the principles established in the *Civil Code* are the standards provided for in the *Act respecting labour standards*, including the one set out in s. 82, which imposes an obligation on the employer to give written notice to an employee where it is the employer that terminates the contract of employment. This section specifies the duration of the notice period, which depends on the employee's years of service. Absent such notice, the employer must pay the employee an equivalent compensatory indemnity in accordance with s. 83 of the *Act respecting labour standards*. In the context of this appeal, the *Act respecting labour standards* clarifies the employer's obligations, and in light of its purpose, it should be given a large and liberal interpretation.

A contract of employment for an indeterminate term is not terminated immediately upon notice of termination being given in accordance with art. 2091 C.C.Q. The wording of s. 82 of the *Act respecting labour standards* confirms that the contract of employment for an indeterminate term is not terminated at the time of the notice. It is well established that a contract is not automatically resiliated upon receipt of a notice of termination and that the contractual relationship continues to exist until the date specified in the notice given by the employee or the employer. This means that even after one of the parties to a contract of employment for an indeterminate term gives the other party notice of termination, both parties must continue to perform their obligations under the contract until the notice period expires. This includes

dans la même proportion, la valeur monétaire du congé annuel. Elle a eu gain de cause en Cour du Québec, mais elle a été déboutée en Cour d'appel.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli.

Le présent pourvoi soulève la question de l'interaction des dispositions du *Code civil du Québec* (« C.c.Q. ») et de la *Loi sur les normes du travail* eu égard à l'effet d'un délai de congé dans le cadre d'un contrat de travail à durée indéterminée. Une interprétation concordante des dispositions en cause s'impose puisqu'elles s'inscrivent dans le même contexte, à savoir la cessation des relations de travail.

Une partie peut sans motif mettre fin unilatéralement à un contrat de travail à durée indéterminée, à la condition toutefois de donner un délai de congé (c'est-à-dire un préavis) raisonnable à son cocontractant conformément à l'art. 2091 C.c.Q. L'obligation de donner un délai de congé qu'impose l'art. 2091 C.c.Q. s'applique tant au salarié qu'à l'employeur, et ce, pour toute la durée du contrat.

Aux principes édictés par le *Code civil* s'ajoutent les normes formulées par la *Loi sur les normes du travail*, dont celle à l'art. 82 qui impose à l'employeur l'obligation de donner un préavis écrit au salarié lorsque l'employeur est celui qui met fin au contrat de travail. Cette disposition précise la durée du préavis en fonction des années de service du salarié. À défaut de préavis, l'employeur doit verser au salarié une indemnité compensatrice équivalente conformément à l'art. 83 de la *Loi sur les normes du travail*. La *Loi sur les normes du travail*, dans le contexte du présent pourvoi, vient préciser les obligations de l'employeur et, vu son objectif, il y a lieu de l'interpréter de manière large et libérale.

Le contrat de travail à durée indéterminée ne prend pas fin au moment même où le délai de congé est donné conformément à l'art. 2091 C.c.Q. Le libellé de l'art. 82 de la *Loi sur les normes du travail* confirme que le contrat de travail à durée indéterminée ne prend pas fin au moment même de la remise du préavis. Il est acquis qu'il n'y a pas résiliation automatique du contrat dès réception d'un délai de congé et que la relation contractuelle continue jusqu'à la date prévue par le délai de congé donné par le salarié ou l'employeur. En conséquence, même après que l'une des parties au contrat de travail à durée indéterminée a donné un délai de congé à son cocontractant, chaque partie demeure tenue de respecter les obligations qui lui incombent en vertu du contrat de travail jusqu'à l'expiration de ce délai. Cela comprend

the obligation to give notice of termination set out in art. 2091 *C.C.Q.*, which the other party must meet if he or she wishes in turn to terminate the contract before the notice given by the first expires.

It is inappropriate to deal with the issue of the effect of notice of termination from the perspective of renunciation. The notice announces the termination of the contract of employment: it does not authorize a departure from the principle that a party may not unilaterally cease performing his or her contractual obligations, to the detriment of the other party's rights. In this context, the argument based on renunciation of the notice of termination is an unacceptable fiction. An employer who advances the date of termination of the contract after an employee has given notice of termination effects not a "renunciation", but a unilateral rescission of the contract of employment, which is authorized only as provided by law (arts. 1439 and 2091 *C.C.Q.*).

In sum, an employer who receives from an employee the notice of termination provided for in art. 2091 *C.C.Q.* cannot terminate the contract of employment for an indeterminate term unilaterally without in turn giving notice of termination or paying an indemnity in lieu of such notice. The notice given by the employee does not have the effect of immediately releasing the parties from their respective obligations under the contract. If the employer prevents the employee from working and refuses to pay him or her during the notice period, the employer is "terminating the contract" within the meaning of s. 82 of the *Act respecting labour standards*.

Moreover, art. 2092 *C.C.Q.* does not establish an exception to the rule that a party who wishes to terminate a contract unilaterally without giving a reason must in every case, as required by art. 2091 *C.C.Q.*, give notice of termination to the other party. Indeed, art. 2092 *C.C.Q.* concerns not the notice of termination itself, but the employee's right to claim an indemnity if the notice is insufficient. It is wrong to conclude that the absence of an equivalent provision in the employer's favour means that the employer may "renounce" a notice of termination received from the employee.

Finally, the distinction between circumstances such as those in the instant case and circumstances in which an employee resigns effective immediately but nonetheless offers to keep working for a certain time should be accepted. In the latter case, if the employer does indeed want the employee to leave immediately, there is a meeting of minds and notice of termination is unnecessary, since a contract for an indeterminate term can be

l'obligation de donner un délai de congé en vertu de l'art. 2091 *C.c.Q.* qui s'impose à celui qui souhaite à son tour mettre fin au contrat avant l'expiration du délai de congé donné par l'autre.

Il est inopportun de traiter de la question de l'effet du délai de congé sous l'angle de la renonciation. Le fait de donner un délai de congé annonce la fin du contrat de travail : il ne permet pas de déroger au principe selon lequel une partie ne peut unilatéralement cesser d'exécuter ses obligations contractuelles au détriment des droits de l'autre partie. L'argument fondé sur la renonciation au délai de congé dans ce contexte est une fiction irrecevable. L'employeur qui précipite la fin du contrat après qu'un salarié lui a donné un délai de congé n'effectue pas une « renonciation », mais bien une résiliation unilatérale du contrat de travail, ce qui n'est autorisé que suivant les modalités prévues par la loi (art. 1439 et 2091 *C.c.Q.*).

En somme, un employeur qui reçoit d'un salarié le délai de congé prévu à l'art. 2091 *C.c.Q.* ne peut mettre fin unilatéralement au contrat de travail à durée indéterminée sans donner à son tour un délai de congé ou une indemnité qui en tient lieu. Le délai de congé donné par le salarié n'a pas pour effet de libérer immédiatement les parties de leurs obligations respectives découlant du contrat de travail. Si l'employeur refuse de laisser le salarié fournir sa prestation de travail et de le rémunérer pendant le délai de congé, il se trouve à « mettre fin au contrat » au sens de l'art. 82 de la *Loi sur les normes du travail*.

Par ailleurs, l'art. 2092 *C.c.Q.* ne constitue pas une exception à la règle suivant laquelle une partie doit dans tous les cas, comme le veut l'art. 2091 *C.c.Q.*, remettre un délai de congé à son cocontractant si elle désire mettre fin unilatéralement au contrat sans motif. En réalité, l'art. 2092 *C.c.Q.* ne cible pas le délai de congé en tant que tel, mais bien le droit du salarié de réclamer une indemnité lorsqu'un tel délai est insuffisant. Il est inexact de conclure que l'absence d'une disposition équivalente pour l'employeur signifie que ce dernier peut « renoncer » au délai de congé que lui donne le salarié.

Enfin, il convient de retenir la distinction entre des circonstances comme celles de la présente espèce et celles où un salarié démissionne sur-le-champ en offrant néanmoins de rester à l'emploi pendant un certain temps, auquel cas, si l'employeur souhaite effectivement que le salarié quitte sur-le-champ, il y a rencontre des volontés, et le délai de congé n'est pas nécessaire puisqu'un contrat à durée indéterminée peut prendre fin de l'accord

terminated by agreement of the parties. In such a case, art. 2092 *C.C.Q.* does not apply, since the termination of the employment does not then flow from a unilateral act by the employer. Nor would the indemnity provided for in ss. 82 and 83 of the *Act respecting labour standards* apply, since the termination of the contract would flow from an agreement between the parties: the employer could not be found to have terminated the contract.

In this case, the circumstances of the employee's resignation were not ambiguous. When he gave his employer a letter in which he announced that he would be resigning, the employee did not terminate his contract immediately: rather, he was complying with art. 2091 *C.C.Q.* and announcing to his employer that their contractual relationship would be terminated in the near future. When the employer asked the employee to leave before the announced date, it terminated the contract unilaterally without giving sufficient notice of termination, thereby defaulting on its obligation under art. 2091 *C.C.Q.*, and this had the effect of triggering the application of ss. 82 and 83 of the *Act respecting labour standards*. Since the employee did not claim the full indemnity provided for in those sections, it is preferable to leave the question whether the notice period of s. 82 of the *Act respecting labour standards* and the equivalent indemnity of s. 83 are matters of directive or protective public order for another occasion.

Cases Cited

Referred to: *ChemAction inc. v. Clermont*, 2008 QCCQ 7353 (CanLII); *Commission des normes du travail v. 9063-1003 Québec inc.*, 2009 QCCQ 2969 (CanLII); *Commission des normes du travail v. S2I inc.*, [2005] R.J.D.T. 200; *Commission des normes du travail v. Compogest inc.*, 2003 CanLII 39374; *Martin v. Compagnie d'assurances du Canada sur la vie*, [1987] R.J.Q. 514; *Syndicat de la fonction publique du Québec v. Québec (Attorney General)*, 2010 SCC 28, [2010] 2 S.C.R. 61; *Commission des normes du travail v. Centre de décoration des sols inc.*, 2009 QCCQ 2587 (CanLII); *Commission des normes du travail v. Commission scolaire de Laval*, 2003 CanLII 42505; *Wallace v. United Grain Growers Ltd.*, [1997] 3 S.C.R. 701; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; *IBM Canada ltée v. D.C.*, 2014 QCCA 1320 (CanLII); *Atwater Badminton and Squash Club Inc. v. Morgan*, 2014 QCCA 998 (CanLII); *Aksich v. Canadian Pacific Railway*, 2006 QCCA 931, [2006] R.J.D.T. 997; *Nurun inc. v. Deschênes*, 2004 CanLII 27918; *Isidore Garon ltée v. Tremblay*, 2006 SCC 2, [2006] 1 S.C.R. 27; *Garcia Transport Ltée v. Royal Trust Co.*, [1992] 2 S.C.R. 499;

des parties. Dans un tel cas, l'art. 2092 *C.c.Q.* ne trouve pas application, puisque la fin de l'emploi n'est pas alors le fruit d'un acte unilatéral de l'employeur. De plus, il ne serait pas question de l'indemnité prévue aux art. 82 et 83 de la *Loi sur les normes du travail*, puisque la fin du contrat résulterait d'une entente entre les parties : il serait impossible de conclure que l'employeur a mis fin au contrat.

En l'espèce, les circonstances entourant la démission du salarié n'étaient pas ambiguës. En remettant une lettre annonçant sa démission, le salarié n'a pas mis fin au contrat immédiatement : il s'est plutôt conformé aux exigences de l'art. 2091 *C.c.Q.* et a annoncé à son employeur la fin de leur relation contractuelle dans un futur rapproché. En demandant au salarié de quitter avant la date annoncée, l'employeur a mis fin au contrat de façon unilatérale sans délai de congé suffisant, manquant ainsi à l'obligation que lui imposait l'art. 2091 *C.c.Q.*, et, par voie de conséquences, cela a déclenché l'application des art. 82 et 83 de la *Loi sur les normes du travail*. Le salarié n'ayant pas réclamé la pleine indemnité prévue à ces dispositions, il est préférable de laisser pour plus tard la question de décider si la durée du préavis prévue à l'art. 82 de la *Loi sur les normes du travail*, et l'indemnité équivalente à l'art. 83, relèvent de l'ordre public de direction ou de protection.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *ChemAction inc. c. Clermont*, 2008 QCCQ 7353 (CanLII); *Commission des normes du travail c. 9063-1003 Québec inc.*, 2009 QCCQ 2969 (CanLII); *Commission des normes du travail c. S2I inc.*, [2005] R.J.D.T. 200; *Commission des normes du travail c. Compogest inc.*, 2003 CanLII 39374; *Martin c. Compagnie d'assurances du Canada sur la vie*, [1987] R.J.Q. 514; *Syndicat de la fonction publique du Québec c. Québec (Procureur général)*, 2010 CSC 28, [2010] 2 R.C.S. 61; *Commission des normes du travail c. Centre de décoration des sols inc.*, 2009 QCCQ 2587 (CanLII); *Commission des normes du travail c. Commission scolaire de Laval*, 2003 CanLII 42505; *Wallace c. United Grain Growers Ltd.*, [1997] 3 R.C.S. 701; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; *IBM Canada ltée c. D.C.*, 2014 QCCA 1320 (CanLII); *Atwater Badminton and Squash Club Inc. c. Morgan*, 2014 QCCA 998 (CanLII); *Aksich c. Canadian Pacific Railway*, 2006 QCCA 931, [2006] R.J.D.T. 997; *Nurun inc. c. Deschênes*, 2004 CanLII 27918; *Isidore Garon ltée c. Tremblay*, 2006 CSC 2, [2006] 1 R.C.S. 27; *Garcia Transport Ltée c. Cie Trust Royal*, [1992] 2 R.C.S. 499;

Commission des normes du travail v. Quesnel, [1999] J.Q. n° 6966 (QL); *Transforce inc. v. Baillargeon*, 2012 QCCA 1495, [2012] R.J.Q. 1626.

Statutes and Regulations Cited

Act respecting labour standards, CQLR, c. N-1.1, ss. 82, 83, 114.
Civil Code of Québec, arts. 1380, 1439, 2085 to 2097, 2086, 2087, 2088, 2091, 2092, 2094.

Authors Cited

Béliveau, Nathalie-Anne, avec la collaboration de Marc Ouellet. *Les normes du travail*, 2^e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2010.
 Gagnon, Robert P. *Le droit du travail du Québec*, 7^e éd., mis à jour par Langlois Kronström Desjardins, sous la direction de Yann Bernard et autres. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2013.
 Lluelles, Didier, et Benoît Moore. *Droit des obligations*, 2^e éd. Montréal: Thémis, 2012.
 Morin, Fernand. «*Démission et congédiement: la difficile parité des règles de droit applicables à ces deux actes*» (2013), 43 *R.G.D.* 637.
 Morin, Fernand, et autres. *Le droit de l'emploi au Québec*, 4^e éd. Montréal: Wilson & Lafleur, 2010.
 Québec. Ministère de la Justice. *Commentaires du ministre de la Justice*, t. II, *Le Code civil du Québec — Un mouvement de société*. Québec: Publications du Québec, 1993.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Pelletier, Bich and Fournier JJ.A.), 2013 QCCA 484, [2013] AZ-50948335, [2013] J.Q. n° 2366 (QL), 2013 CarswellQue 2371, setting aside a decision of Massol J.C.Q., 2010 QCCQ 7473, [2010] R.J.D.T. 935, [2010] AZ-50668866, [2010] J.Q. n° 8693 (QL), 2010 CarswellQue 9152. Appeal allowed.

Robert Rivest and Jessica Laforest, for the appellant.

Claude J. Denis and Frédérick Langlois, for the respondent.

English version of the judgment of the Court was delivered by

[1] WAGNER J. — This appeal concerns the notice required to terminate a contract of employment

Commission des normes du travail c. Quesnel, [1999] J.Q. n° 6966 (QL); *Transforce inc. c. Baillargeon*, 2012 QCCA 1495, [2012] R.J.Q. 1626.

Lois et règlements cités

Code civil du Québec, art. 1380, 1439, 2085 à 2097, 2086, 2087, 2088, 2091, 2092, 2094.
Loi sur les normes du travail, RLRQ, ch. N-1.1, art. 82, 83, 114.

Doctrine et autres documents cités

Béliveau, Nathalie-Anne, avec la collaboration de Marc Ouellet. *Les normes du travail*, 2^e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2010.
 Gagnon, Robert P. *Le droit du travail du Québec*, 7^e éd., mis à jour par Langlois Kronström Desjardins, sous la direction de Yann Bernard et autres. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2013.
 Lluelles, Didier, et Benoît Moore. *Droit des obligations*, 2^e éd. Montréal: Thémis, 2012.
 Morin, Fernand. «*Démission et congédiement: la difficile parité des règles de droit applicables à ces deux actes*» (2013), 43 *R.G.D.* 637.
 Morin, Fernand, et autres. *Le droit de l'emploi au Québec*, 4^e éd. Montréal: Wilson & Lafleur, 2010.
 Québec. Ministère de la Justice. *Commentaires du ministre de la Justice*, t. II, *Le Code civil du Québec — Un mouvement de société*. Québec: Publications du Québec, 1993.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (les juges Pelletier, Bich et Fournier), 2013 QCCA 484, [2013] AZ-50948335, [2013] J.Q. n° 2366 (QL), 2013 CarswellQue 2371, qui a infirmé une décision du juge Massol, 2010 QCCQ 7473, [2010] R.J.D.T. 935, [2010] AZ-50668866, [2010] J.Q. n° 8693 (QL), 2010 CarswellQue 9152. Pourvoi accueilli.

Robert Rivest et Jessica Laforest, pour l'appelante.

Claude J. Denis et Frédérick Langlois, pour l'intimée.

Le jugement de la Cour a été rendu par

[1] LE JUGE WAGNER — Le présent pourvoi porte sur le délai de congé servant à mettre fin à

for an indeterminate term. More specifically, the question is whether an employer who receives a notice of termination from an employee can terminate the contract of employment before the notice period expires without in turn having to give notice of termination or pay an indemnity in lieu of such notice. For the reasons that follow, I would answer this question in the negative and allow the appeal.

I. Background

[2] The facts of this case are not in dispute. The employee in question, Daniel Guay, had been working for the respondent, Asphalte Desjardins inc., since 1994. Asphalte Desjardins is a paving company that generates its income from contracts with municipalities and the provincial government. There is some competition in that market, and contracts are generally awarded under calls for tenders. Mr. Guay was employed as a project manager and had access to confidential information, including the prices proposed by the company in its tenders and the costs of performance of its work.

[3] On Friday, February 15, 2008, Mr. Guay gave Asphalte Desjardins a notice of resignation in which he announced that he would be terminating his contract of employment as of March 7, 2008, that is, three weeks later. In handing in his notice, Mr. Guay explained that he was leaving to work for a competitor, which had offered him a higher salary. He also stressed that the intervening three weeks would suffice to finish his work and ensure an orderly transition with his replacement.

[4] On Monday, February 18, some Asphalte Desjardins managers tried unsuccessfully to convince Mr. Guay to stay with the company. Asphalte Desjardins then decided without any other formalities to terminate his contract of employment the very next day, February 19, 2008, rather than March 7 — the departure date announced by Mr. Guay.

[5] The appellant, the Commission des normes du travail (“Commission”), claimed on Mr. Guay’s

un contrat de travail à durée indéterminée. Plus particulièrement, il s’agit de trancher la question de savoir si l’employeur qui reçoit un délai de congé d’un salarié peut mettre fin au contrat de travail avant l’expiration du délai, sans avoir à lui-même donner un délai de congé ou à verser une indemnité qui en tient lieu. Je suis d’avis de répondre par la négative à cette question et d’accueillir le pourvoi, et voici pourquoi.

I. Le contexte

[2] Les faits de l’espèce ne sont pas contestés. Le salarié en cause, M. Daniel Guay, travaillait pour l’intimée, Asphalte Desjardins inc., depuis 1994. Cette dernière œuvre dans le domaine du pavage et tire ses revenus de contrats avec des municipalités et le gouvernement provincial. Il existe une certaine concurrence dans le domaine et les contrats sont généralement attribués au moyen d’appels d’offres. Monsieur Guay occupait le poste de directeur de projets et avait accès à des renseignements confidentiels, y compris les prix proposés par l’entreprise dans ses soumissions ainsi que les coûts de réalisation des travaux par celle-ci.

[3] Le vendredi 15 février 2008, M. Guay remet à Asphalte Desjardins un avis de démission annonçant qu’il compte mettre fin à son contrat de travail le 7 mars 2008, soit trois semaines plus tard. En remettant son avis de démission, M. Guay précise qu’il quitte pour travailler chez un concurrent, lequel lui offre des conditions salariales plus avantageuses. Il souligne également que le délai de trois semaines sera suffisant pour finaliser les dossiers et assurer une transition ordonnée avec son successeur.

[4] Le lundi 18 février, certains dirigeants d’Asphalte Desjardins tentent de convaincre M. Guay de demeurer en poste, mais sans succès. Asphalte Desjardins décide donc, sans autre formalité, de mettre fin au contrat de travail dès le lendemain, soit le 19 février 2008, plutôt que le 7 mars 2008 — la date de départ annoncée par M. Guay.

[5] L’appelante, la Commission des normes du travail (« Commission »), réclame pour le compte de

behalf an indemnity equivalent to a notice period of three weeks, which corresponded to the notice of termination given by Mr. Guay in his letter of resignation, even though under s. 82 of *An Act respecting labour standards*, CQLR, c. N-1.1, he would have been entitled to four weeks as an employee credited with five to ten years of uninterrupted service. The Commission also claimed, in the same proportion, the monetary value of his annual leave.

II. Judicial History

A. *Court of Québec, 2010 QCCQ 7473, [2010] R.J.D.T. 935*

[6] Judge Massol allowed the Commission's action with the exception of its claim for a 20 percent lump sum for itself under s. 114 of the *Act respecting labour standards*. In ordering Asphalte Desjardins to pay the amounts claimed in respect of the notice period and annual leave, he stated that where an employee gives an employer notice that he or she plans to resign as of a future date and the employer decides to terminate the contract of employment prior to the effective date of the resignation, the employer must in turn give the employee notice or pay him or her an indemnity in lieu of notice. In other words, the employee is entitled to be paid during the period between the notice of resignation and the date it takes effect (para. 35).

[7] Judge Massol stated that a distinction should be drawn between an employee who announces that he or she intends to resign on a specific date (as in this case) and one who announces that he or she intends to resign immediately but also *offers* to keep working for a certain time (as in *ChemAction inc. v. Clermont*, 2008 QCCQ 7353 (CanLII), at paras. 37 *et seq.*). In the instant case, because Mr. Guay had indicated clearly in his letter of resignation that he would be resigning effective March 7, 2008, Judge Massol concluded that Mr. Guay had done more than simply offer to remain in the employ of Asphalte Desjardins for the three weeks until his departure date.

M. Guay une indemnité équivalente à trois semaines de préavis, ce qui correspond au délai de congé donné par M. Guay dans sa lettre de démission, nonobstant l'art. 82 de la *Loi sur les normes du travail*, RLRQ, ch. N-1.1, qui lui donne droit à un préavis de quatre semaines en sa qualité de salarié justifiant de cinq à dix ans de service continu. La Commission réclame également, dans la même proportion, la valeur monétaire du congé annuel.

II. Historique judiciaire

A. *Cour du Québec, 2010 QCCQ 7473, [2010] R.J.D.T. 935*

[6] Le juge Massol accueille la demande de la Commission, à l'exception de sa réclamation pour obtenir une somme forfaitaire de 20 p. 100 pour son compte en vertu de l'art. 114 de la *Loi sur les normes du travail*. En condamnant Asphalte Desjardins aux sommes réclamées en guise de préavis et de congé annuel, le juge Massol rappelle que l'employeur qui entend se séparer d'un salarié l'ayant avisé qu'il compte démissionner à une date future devra lui-même fournir un préavis à ce salarié ou lui verser une indemnité qui en tient lieu s'il entend mettre fin au contrat de travail avant la date de prise d'effet de la démission. En d'autres termes, le salarié a le droit d'être rémunéré pendant la période comprise entre l'avis de démission et la prise d'effet de celle-ci (par. 35).

[7] Selon le juge Massol, il y a lieu de faire la distinction entre, d'une part, un salarié qui annonce son intention de démissionner à une date déterminée (comme en l'espèce) et, d'autre part, un salarié qui annonce son intention de démissionner sur-le-champ tout en *offrant* de travailler pendant un certain temps (comme dans l'affaire *ChemAction inc. c. Clermont*, 2008 QCCQ 7353 (CanLII), par. 37 *et suiv.*). Dans la présente affaire, comme la lettre de démission de M. Guay indiquait clairement qu'il quitterait son poste le 7 mars 2008, le juge Massol conclut que M. Guay formulait plus qu'une offre de demeurer à l'emploi d'Asphalte Desjardins pendant les trois semaines précédant la date de son départ.

[8] In this regard, Judge Massol stressed that it is up to the employee to choose the time at which the termination of the employment relationship will take effect. This choice must be respected insofar as the employee satisfies his or her obligation under art. 2091 of the *Civil Code of Québec* (“*C.C.Q.*”) to give notice of termination. Judge Massol concluded that, [TRANSLATION] “[w]hen all is said and done, although the employer benefits from a protection, that protection cannot be renounced to the detriment of the employee’s own rights” (para. 49).

B. *Quebec Court of Appeal, 2013 QCCA 484 (Can-LII)*

(1) Reasons of the Majority by Bich J.A. (Concurred in by Fournier J.A.)

[9] The majority of the Quebec Court of Appeal, *per* Bich J.A., allowed the appeal of Asphalte Desjardins and dismissed the Commission’s action. In the majority’s view, the purpose of the notice of termination provided for in art. 2091 *C.C.Q.* is to protect the party who receives the notice by enabling that party [TRANSLATION] “to limit the adverse effects of a termination [of a contract of employment] that he or she can neither counter nor prevent” (para. 55). The majority acknowledged that the party giving notice of termination may in practice derive certain benefits from it, but nevertheless found that that is not the purpose of art. 2091 *C.C.Q.* According to them, the notice of termination does not “resul[t] in a synallagmatic obligation that would be binding on the party who receives it” (para. 56), which means that an employee who gives notice to his or her employer cannot place the employer under an obligation to comply in full with the notice. Likewise, an employee cannot be forced to comply until the very end with a notice from the employer that includes a period “to be worked”, and if the employee in question decides to leave earlier, he or she cannot be required to give notice of termination in turn or to indemnify the employer (para. 58).

[10] Nor, the majority added, is the notice of termination provided for in art. 2091 *C.C.Q.* a condition for exercising the power of unilateral resiliation

[8] À cet égard, le juge Massol souligne que le salarié peut choisir le moment à partir duquel la cessation du lien d’emploi prendra effet. Ce choix doit être respecté dès lors que le salarié se conforme à l’obligation imposée par l’art. 2091 du *Code civil du Québec* (« *C.c.Q.* ») de donner un délai de congé. Le juge Massol conclut qu’« [e]n définitive, si l’employeur bénéficie d’une protection, celui-ci ne peut y renoncer au détriment des droits propres du salarié » (par. 49).

B. *Cour d’appel du Québec, 2013 QCCA 484 (Can-LII)*

(1) Motifs majoritaires de la juge Bich (auxquels souscrit le juge Fournier)

[9] Sous la plume de la juge Bich, la majorité de la Cour d’appel du Québec accueille l’appel d’Asphalte Desjardins et rejette l’action de la Commission. Selon la majorité, le délai de congé prévu à l’art. 2091 *C.c.Q.* a pour but de protéger la partie qui reçoit le délai de congé en lui permettant « de pallier les inconvénients découlant d’une rupture [du contrat de travail] qu’elle ne peut ni contrer ni empêcher » (par. 55). Reconnaisant que le délai de congé peut, en pratique, comporter un certain avantage pour la partie qui le donne, la majorité estime toutefois qu’il ne s’agit pas là de l’objectif poursuivi par l’art. 2091 *C.c.Q.* Selon la majorité, le délai de congé n’est pas « porteur d’une obligation synallagmatique qui lierait la partie qui le reçoit » (par. 56), si bien qu’un salarié ne peut imposer à l’employeur l’obligation de respecter intégralement le délai de congé qu’il lui donne. De même, un salarié ne peut être contraint de respecter jusqu’à la toute fin un délai de congé « travaillé » que lui donnerait son employeur, et s’il décide de partir plus tôt, le même salarié ne peut être tenu de donner un délai de congé à son tour ou encore d’indemniser l’employeur (par. 58).

[10] La majorité ajoute par ailleurs que le délai de congé prévu à l’art. 2091 *C.c.Q.* n’est pas non plus une condition d’exercice de la faculté de résiliation

that would serve to determine whether a resiliation is valid: in the absence of such notice, the resiliation is not null, and the right of the other party to the contract is limited to obtaining compensation for the injury flowing from the fact that he or she was not given notice of termination (para. 59).

[11] The subject, purpose and nature of the obligation to give notice of termination lead, at first glance, to the conclusion that the recipient of the notice can renounce it (para. 60). But the majority noted that, because of the risk of abuse that might entail for employees, the legislature had established a measure designed to protect them, in art. 2092 *C.C.Q.*, by prohibiting any renunciation of their right to an indemnity should the notice of termination be insufficient or should the resiliation be abusive. They pointed out that this prohibition — which applies only to the employee — shows that, were it not for art. 2092 *C.C.Q.*, it would in fact be possible to renounce the notice of termination (paras. 61-62). The majority also pointed out that the prohibition set out in art. 2092 *C.C.Q.* is not absolute and that an employee can, on certain conditions, renounce the notice of termination his or her employer is required to give. In short, in their view, both the employee (on certain conditions) and the employer (without conditions) can renounce the notice of termination (paras. 63-65).

[12] The majority noted that, as a general rule, the contract of employment continues to exist during the notice period, unless the party who receives the notice of termination renounces it (para. 66). However, they added that an employer who renounces a notice of termination received from an employee cannot be considered to be terminating the contract within the meaning of s. 82 of the *Act respecting labour standards*. From the time the employee gives notice of termination, the fate of the contract of employment is [TRANSLATION] “inevitable” (para. 70). The notice merely delays the effect of the employee’s unilateral decision to terminate the contract: “The employer’s renunciation of the notice can change neither this fact nor its legal consequences” (para. 70). In other words, a resignation does not become a dismissal if the employer renounces the notice of termination.

unilatérale, qui déterminerait la validité de celle-ci : en son absence, la résiliation n’est pas nulle, et le droit du cocontractant se limite à celui d’être indemnisé du préjudice découlant du fait de ne pas avoir reçu un délai de congé (par. 59).

[11] L’objet, le but et la nature de l’obligation de donner un délai de congé amènent a priori à conclure que la partie qui reçoit le délai de congé peut y renoncer (par. 60). La majorité souligne cependant qu’en raison du risque d’abus que cela peut entraîner pour le salarié, le législateur a édicté une mesure de protection à son intention à l’art. 2092 *C.c.Q.* en interdisant toute renonciation à son droit à une indemnité en cas de délai de congé insuffisant ou de résiliation abusive. La majorité fait remarquer que cette interdiction — qui n’est édictée qu’à l’égard du salarié — témoigne qu’à défaut de l’art. 2092 *C.c.Q.*, une renonciation au délai de congé serait effectivement possible (par. 61-62). La majorité fait également observer que l’interdiction établie à l’art. 2092 *C.c.Q.* n’est pas absolue, et qu’un salarié peut, à certaines conditions, renoncer au délai de congé que doit lui donner l’employeur. Bref, selon la majorité, tant le salarié (à certaines conditions) que l’employeur (sans condition) peut renoncer au bénéfice du délai de congé (par. 63-65).

[12] La majorité rappelle que, de façon générale, le contrat de travail se poursuit pendant le délai de congé, sauf si la partie qui reçoit le délai de congé y renonce (par. 66). Elle ajoute cependant que la renonciation de l’employeur au délai de congé que lui donne le salarié ne peut être considérée comme mettant fin au contrat au sens de l’art. 82 de la *Loi sur les normes du travail*. À partir du moment où le salarié donne le délai de congé, le sort du contrat de travail est « irrémédiablement fixé » (par. 70). Le délai de congé ne fait que retarder l’effet de la décision unilatérale du salarié de mettre fin au contrat : « La renonciation de l’employeur à ce préavis ne peut changer le fait ni les conséquences juridiques de celui-ci » (par. 70). En d’autres termes, une démission ne devient pas un congédiement par voie de renonciation de l’employeur au délai de congé.

[13] As for the distinction between a situation in which an employee announces that he or she intends to resign as of a subsequent date and one in which an employee announces that he or she intends to resign immediately but offers to keep working for a certain time, the majority rejected it. They explained that, in either situation, the employer can renounce the notice of termination without engaging s. 82 of the *Act respecting labour standards* (para. 74). Despite the fact that it refers to “terminating” the contract of employment, that section is not intended to protect an employee who resigns, but instead concerns situations in which the contract of employment is terminated on the employer’s initiative (paras. 77-80).

[14] Turning to another topic, the majority expressed the opinion that there was no reason to reconsider the practice according to which an employer can, if he or she so desires, resiliate the contract immediately and pay the employee an indemnity in lieu of notice of termination. In their opinion, the analysis of Pelletier J.A., dissenting, would, if applied, jeopardize that practice (para. 82).

[15] In sum, the majority of the Court of Appeal held that the employer can freely renounce the notice of termination the resigning employee is required to give him or her under art. 2091 *C.C.Q.* and that, in so doing, the employer does not terminate the contract of employment within the meaning of s. 82 of the *Act respecting labour standards*, which does not apply in such a case (para. 84).

[16] Finally, the majority invited the legislature to intervene to change the law with respect to the applicability of s. 82 of the *Act respecting labour standards* in such a case, as they found that it could in some circumstances lead to a result that would be unfair for the employee (paras. 85-86).

(2) Dissenting Reasons of Pelletier J.A.

[17] Pelletier J.A. would have dismissed the appeal and affirmed the trial judge’s judgment. He noted that this case raises [TRANSLATION] “the issue of the interplay of sections 82 and 83 of the *Act*

[13] Quant à la distinction entre la situation où un salarié annonce son intention de démissionner à une date ultérieure et celle où un salarié annonce son intention de démissionner sur-le-champ tout en offrant de demeurer à l’emploi un certain temps, elle est rejetée par la majorité. Selon la majorité, dans un cas comme dans l’autre, l’employeur peut renoncer au délai de congé sans entraîner pour autant l’application de l’art. 82 de la *Loi sur les normes du travail* (par. 74). Cette disposition, malgré son emploi de l’expression « mettre fin » au contrat de travail, ne vise pas à protéger le salarié en cas de démission, mais plutôt les situations dans lesquelles le contrat de travail est rompu à l’initiative de l’employeur (par. 77-80).

[14] Dans un autre ordre d’idées, la majorité est d’avis qu’il n’y a pas lieu de remettre en question la pratique selon laquelle l’employeur peut, à sa convenance, résilier immédiatement le contrat en versant au salarié une indemnité au lieu de donner un délai de congé. Selon la majorité, l’application des motifs dissidents du juge Pelletier mettrait en péril cette pratique (par. 82).

[15] En somme, la majorité de la Cour d’appel conclut que l’employeur peut librement renoncer au délai de congé que le salarié démissionnaire est tenu de lui donner en vertu de l’art. 2091 *C.c.Q.*, et que ce faisant, il ne met pas fin au contrat de travail au sens de l’art. 82 de la *Loi sur les normes du travail*, qui n’a pas d’application en pareil cas (par. 84).

[16] La majorité invite finalement le législateur à intervenir afin de changer l’état du droit quant à l’applicabilité de l’art. 82 de la *Loi sur les normes du travail* dans un tel cas de figure, puisqu’elle reconnaît que dans certaines circonstances cela pourrait mener à des résultats injustes pour le salarié (par. 85-86).

(2) Motifs dissidents du juge Pelletier

[17] Le juge Pelletier aurait pour sa part rejeté l’appel et confirmé le jugement de première instance. Il souligne que cette affaire soulève « le problème de l’interaction des articles 82 et 83 de la

[*respecting labour standards*] and the general law rules provided for in the *Civil Code of Québec*, and in particular those flowing from articles 2091 and 2092 *C.C.Q.*” (para. 10). He stated that the first step in considering this issue was to go back to February 15, 2008, and he mentioned the trial judge’s finding that on that date, Mr. Guay had clearly told Asphalte Desjardins that he would keep working until March 7, 2008 (para. 23). In Pelletier J.A.’s view, the effect of that finding was that the instant case can be distinguished from *ChemAction* in that Mr. Guay had not offered Asphalte Desjardins an alternative that would have given it the choice of immediately, on a consensual basis, terminating the mutual obligations flowing from the contract of employment (paras. 24-25).

[18] Pelletier J.A. stated that there had not, in the case at bar, been a meeting of minds for the immediate termination of the employment relationship (para. 25). He noted in this regard that Asphalte Desjardins was not arguing that Mr. Guay had consented to the immediate termination of the contract of employment. Rather, it was submitting that Mr. Guay’s letter of resignation had given it the opportunity to unilaterally renounce the performance of work for the time remaining until March 7, 2008 and that the effect of that renunciation was to release it from its obligation to pay Mr. Guay his salary (para. 26). In support of this argument, Asphalte Desjardins expressly invoked the concept of “release” within the meaning of the *Civil Code of Québec*. But, Pelletier J.A. stated, there could not have been a release, since release from a debt is a synallagmatic contract, requiring the agreement of both parties (para. 27). He added that, according to the interpretation that was most favourable to Asphalte Desjardins, this situation would constitute a renunciation that had the incidental effect of releasing both parties (para. 28).

[19] Pelletier J.A. pointed out that art. 2091 *C.C.Q.* requires that a party wanting to unilaterally terminate a contract give notice of termination to the other party. Where the termination of a contract of employment for an indeterminate term flows from the will of only one of the parties, it does not occur

Loi [sur les normes du travail] avec les règles de droit commun prévues au *Code civil du Québec*, notamment celles découlant des articles 2091 et 2092 *C.c.Q.* » (par. 10). Selon lui, afin d’aborder ce problème, il est nécessaire de se reporter au 15 février 2008, et il rappelle que le juge de première instance a conclu qu’à cette date, M. Guay avait clairement indiqué à Asphalte Desjardins qu’il continuerait de fournir sa prestation de travail jusqu’au 7 mars 2008 (par. 23). En raison de cette conclusion, le juge Pelletier est d’avis que cette affaire se distingue de l’affaire *ChemAction*, en ce que M. Guay n’a pas offert à Asphalte Desjardins une alternative qui aurait permis à celle-ci, à son choix, de mettre fin immédiatement et de façon consensuelle aux obligations mutuelles découlant du contrat de travail (par. 24-25).

[18] En l’espèce, il n’y a pas eu selon le juge Pelletier rencontre des volontés quant à la terminaison immédiate du lien d’emploi (par. 25). Le juge Pelletier souligne à cet égard qu’Asphalte Desjardins ne plaide pas que M. Guay a consenti à la cessation immédiate du contrat de travail. Elle soutient plutôt que l’avis de démission remis par ce dernier donnait à l’entreprise l’occasion de renoncer unilatéralement à la prestation de travail pour le temps à écouler jusqu’au 7 mars 2008, et que cette renonciation lui permettait de se libérer de son obligation de payer à M. Guay son salaire (par. 26). Au soutien de cette prétention, Asphalte Desjardins invoque expressément la notion de remise au sens du *Code civil du Québec*. Or, selon le juge Pelletier, il ne peut y avoir remise, puisqu’une remise de dette est un contrat synallagmatique nécessitant l’accord des deux parties (par. 27). Le juge Pelletier ajoute que, dans la meilleure des hypothèses pour Asphalte Desjardins, il s’agirait d’une renonciation ayant accessoirement un effet libérateur pour l’une et l’autre des parties (par. 28).

[19] Le juge Pelletier rappelle que conformément à l’art. 2091 *C.c.Q.* une partie doit donner un délai de congé à son cocontractant si elle souhaite mettre fin au contrat unilatéralement. La cessation d’un contrat de travail à durée indéterminée qui découle de la volonté d’une seule des parties ne

at the time the decision is announced, since the period corresponding to the notice of termination must elapse first. This is true both for the employer and for the employee (para. 31). Pelletier J.A. explained that if an employee were to renounce in advance his or her right to obtain an indemnity for any injury that might result from the employer's failure to perform the obligation under art. 2091 *C.C.Q.*, that renunciation would be absolutely null as a result of art. 2092 *C.C.Q.* (para. 32). However, he stated that nothing would preclude the parties from freely agreeing to immediately terminate their contractual relationship, in which case art. 2092 *C.C.Q.* would not apply, [TRANSLATION] "because the termination of the employment does not result from a unilateral act on the employer's part" (para. 34).

[20] Pelletier J.A. added that it was in his opinion inappropriate to analyze the issue before the court from the perspective of renunciation, since the contract of employment between the parties had continued to apply during the notice period and since only an agreement between them, and not a unilateral act, could have released them from their obligations (para. 36). Asphalt Desjardins had unilaterally terminated the employment relationship for the purposes of s. 82 of the *Act respecting labour standards* on February 19, 2008, thereby laying itself open to the consequences provided for in s. 83 of that Act (para. 37).

[21] Pelletier J.A. advanced two other arguments in support of his analysis. First, in his opinion, the position of Asphalt Desjardins meant that [TRANSLATION] "a resignation in compliance with article 2091 *C.C.Q.* would, for the employee, amount to a renunciation in advance of the employee's right to obtain an indemnity for any injury he or she suffers" (para. 39 (emphasis deleted)), whereas art. 2092 *C.C.Q.* expressly prohibits such a renunciation. Second, Pelletier J.A. stated, regardless of whether the employer's unilateral act can be characterized as a "dismissal", the employee's compliance with his or her obligation under art. 2091 *C.C.Q.* cannot cause the employee to lose the protection afforded by ss. 82 and 83 of the *Act respecting labour standards* and the minimum compensation for which they provide (para. 40).

survient pas dès l'annonce de la décision, car la période correspondant au délai de congé doit s'écouler. Cette règle vaut tant pour l'employeur que pour le salarié (par. 31). Le juge Pelletier précise que l'art. 2092 *C.c.Q.* frappe de nullité absolue une renonciation à l'avance par le salarié à son droit d'obtenir réparation du préjudice qui résulterait du non-respect par l'employeur de l'obligation imposée par l'art. 2091 *C.c.Q.* (par. 32). Il indique toutefois que rien n'empêche les parties de convenir librement de la fin immédiate de leur relation contractuelle, auquel cas l'art. 2092 *C.c.Q.* ne trouve pas application « parce que la fin de l'emploi n'est pas le fruit du geste unilatéral de l'employeur » (par. 34).

[20] Le juge Pelletier ajoute également qu'à son avis, il est inapproprié d'analyser le problème en cause sous l'angle de la renonciation puisque le contrat de travail entre les parties demeurerait applicable pendant le délai de congé, et que seule une entente entre les parties, et non un geste unilatéral, pouvait les libérer de leurs obligations (par. 36). En l'espèce, Asphalt Desjardins a mis fin unilatéralement au lien d'emploi le 19 février 2008 au sens de l'art. 82 de la *Loi sur les normes du travail*, entraînant ainsi les conséquences prescrites à l'art. 83 de ladite Loi (par. 37).

[21] Le juge Pelletier avance deux autres arguments au soutien de son raisonnement. Premièrement, selon lui, la thèse d'Asphalt Desjardins signifie que « la démission faite conformément à l'art. 2091 *C.c.Q.* emporterait, pour le salarié, une renonciation à l'avance à son droit d'obtenir une indemnité en réparation du préjudice qu'il subit » (par. 39 (italique omis)). Or, une telle renonciation est expressément interdite par l'art. 2092 *C.c.Q.* Deuxièmement, selon le juge Pelletier, le respect par le salarié de son obligation énoncée à l'art. 2091 *C.c.Q.* ne peut emporter pour lui la perte de la protection que lui procurent les art. 82 et 83 de la *Loi sur les normes du travail* et la compensation minimale qui y est prévue, peu importe que l'on puisse ou non qualifier le geste unilatéral de l'employeur de « congédiement » (par. 40).

[22] Finally, in Pelletier J.A.'s view, because Asphalte Desjardins had terminated the employment relationship for the purposes of s. 82 of the *Act respecting labour standards*, it was the debtor of the obligation provided for in s. 83 (para. 44). Pelletier J.A. accepted that under s. 82, Mr. Guay would have been entitled to four weeks' notice. However, given that Mr. Guay had consented to the resiliation of the contract as of March 7, 2008, and assuming that it could be inferred that Asphalte Desjardins had consented to that same date, Pelletier J.A. found that the obligation to pay an indemnity associated with the notice of termination had expired as of that date: [TRANSLATION] "In other words, as of March 7, 2008, the dismissal ceased to be the sole explanation for the termination of the contract of employment, which was then also based on the agreement of the parties. When the mutual consent of the parties to terminate their agreement took effect, it also, as it were, terminated the application of sections 82 and 83 of the *Act* to the rights and obligations flowing from the employment relationship" (para. 45).

III. Issue

[23] This appeal raises the following issue: In the context of a contract of employment for an indeterminate term, can an employer who has received a notice of termination from an employee lawfully terminate the contract before the expiration of the notice period without in turn having to give the employee notice of termination or an indemnity in lieu of such notice?

IV. Analysis

[24] I would adopt Pelletier J.A.'s reasons in part, allow the appeal and restore the trial judge's judgment.

[25] I will begin by noting that in their reasons, the majority of the Quebec Court of Appeal underscored a certain confusion with respect to the notice of termination concept, the effects of such notice and what must happen for a court to find that a contract of employment has been terminated. In so doing, they overruled a well-established line of authority at the trial level in Quebec labour relations

[22] Finalement, le juge Pelletier est d'avis qu'Asphalte Desjardins, ayant mis fin au lien d'emploi au sens de l'art. 82 de la *Loi sur les normes du travail*, est débitrice de l'obligation prévue à l'art. 83 (par. 44). Il reconnaît qu'en vertu de l'art. 82, M. Guay aurait eu droit à quatre semaines de préavis. Cependant, compte tenu du consentement donné par M. Guay à la résiliation du contrat à partir du 7 mars 2008, et tenant pour acquis que l'on puisse inférer le consentement d'Asphalte Desjardins à cette même date, le juge Pelletier conclut que l'obligation de payer une indemnité afférente au délai de congé a pris fin à cette date : « Dit autrement, à compter du 7 mars 2008, ce n'est plus le seul congédiement qui explique la terminaison du contrat d'emploi, c'est aussi l'accord des parties. La prise d'effet du consentement respectif des parties à mettre fin à leur entente vient aussi, en quelque sorte, mettre un terme à l'application des articles 82 et 83 de la *Loi* à l'égard des droits et obligations nés du lien d'emploi » (par. 45).

III. Question en litige

[23] Le pourvoi soulève la question suivante : Dans le cadre d'un contrat de travail à durée indéterminée, un employeur qui a reçu un délai de congé d'un salarié est-il autorisé par la loi à mettre fin au contrat avant l'expiration de ce délai, sans être tenu de donner à son tour à ce salarié un délai de congé ou une indemnité qui en tient lieu?

IV. Analyse

[24] Je suis d'avis de retenir en partie les motifs exposés par le juge Pelletier, d'accueillir le pourvoi et de rétablir le jugement de première instance.

[25] D'emblée, je souligne que par ses motifs, la majorité de la Cour d'appel du Québec met en relief une certaine confusion sur la notion de délai de congé, sur ses effets et sur les événements qui permettent de conclure à la cessation d'un contrat de travail. Ce faisant, la Cour d'appel a écarté un courant jurisprudentiel bien établi en première instance au Québec en matière de relations de travail,

law according to which an employer cannot renounce a notice of termination without engaging ss. 82 and 83 of the *Act respecting labour standards* (see, e.g., *Commission des normes du travail v. 9063-1003 Québec inc.*, 2009 QCCQ 2969 (CanLII); *Commission des normes du travail v. S2I inc.*, [2005] R.J.D.T. 200 (C.Q.); *Commission des normes du travail v. Compogest inc.*, 2003 CanLII 39374 (C.Q.)). That line of authority is not unanimous, however. In *ChemAction*, the Court of Québec held that an employer can renounce a notice of termination received from an employee, that such a renunciation does not transform a resignation into a dismissal and that the resignation is immediate, which means that the employee cannot then demand an indemnity under either s. 83 of the *Act respecting labour standards* or art. 2092 *C.C.Q.*

[26] A decision by a court of appeal that overrules a dominant line of authority at the trial level is not, of course, open to challenge for that reason alone. On the contrary, such a decision is within the jurisdiction of an appellate court. After all, someone always has to take the first step if the law is to change. Nevertheless, it is impossible to disregard the impact of such a radical reversal in a field of law whose general principles, while based on civil law rules, are also subject to specific legislative provisions relating exclusively to labour relations, which is what makes this appeal so important.

[27] I will begin by discussing certain principles and standards applicable to the contract of employment for an indeterminate term, after which I will consider the question of the notice of termination in the context of such contracts.

A. *Principles and Standards Applicable to the Contract of Employment for an Indeterminate Term*

[28] The contract of employment is a synallagmatic contract — one that creates obligations to be performed by both parties (art. 1380 *C.C.Q.*) — in which an employee undertakes for a limited period to do work for remuneration, according to the instructions and under the direction or control of

suivant lequel l'employeur ne peut renoncer au délai de congé sans entraîner pour autant l'application des art. 82 et 83 de la *Loi sur les normes du travail* (voir, à titre d'exemple, *Commission des normes du travail c. 9063-1003 Québec inc.*, 2009 QCCQ 2969 (CanLII); *Commission des normes du travail c. S2I inc.*, [2005] R.J.D.T. 200 (C.Q.); *Commission des normes du travail c. Compogest inc.*, 2003 CanLII 39374 (C.Q.)). Ce courant jurisprudentiel n'est toutefois pas unanime. Dans *ChemAction*, la Cour du Québec a décidé que l'employeur peut renoncer au délai de congé donné par le salarié, que cette renonciation ne transforme pas une démission en congédiement, et que ladite démission est immédiate, si bien que le salarié ne peut alors exiger une indemnité, que ce soit celle prévue à l'art. 83 de la *Loi sur les normes du travail* ou celle prévue à l'art. 2092 *C.c.Q.*

[26] Il va de soi qu'une décision d'une cour d'appel qui renverse un courant jurisprudentiel dominant en première instance n'est pas pour ce seul motif contestable en droit. Au contraire, il est du ressort d'une cour d'appel de procéder ainsi. Après tout, il y a toujours une première fois dans l'évolution du droit. Cela dit, on ne peut néanmoins ignorer l'impact d'un revirement aussi radical dans un domaine du droit dont les contours sont non seulement façonnés par des règles du droit civil, mais également tributaires de dispositions législatives spécifiques et exclusives aux relations de travail, d'où l'importance du présent pourvoi.

[27] J'estime opportun de rappeler d'abord certains principes et normes applicables aux contrats de travail à durée indéterminée, et d'aborder ensuite la question du délai de congé mettant fin à de tels contrats.

A. *Principes et normes applicables au contrat de travail à durée indéterminée*

[28] Le contrat de travail est un contrat synallagmatique, créant des obligations à la charge de chaque partie (art. 1380 *C.c.Q.*), et en vertu duquel le salarié s'oblige, pour un temps limité et moyennant rémunération, à effectuer un travail sous la direction ou le contrôle de l'employeur (art. 2085 *C.c.Q.*). À

an employer (art. 2085 *C.C.Q.*). Articles 2085 to 2097 of the *Civil Code* set out the general law with respect to the contract of employment, adding to the general framework of the law of obligations. A contract of employment can be for a fixed term or for an indeterminate term (art. 2086 *C.C.Q.*). The employer undertakes to allow the performance of the employee's work and to pay the employee's remuneration while at the same time protecting the employee's health, safety and dignity (art. 2087 *C.C.Q.*). The employee is bound to perform his or her work with prudence and diligence, and faithfully and honestly (art. 2088 *C.C.Q.*).

[29] More broadly, art. 1439 *C.C.Q.* establishes the principle that a contract is irrevocable: a party cannot resiliate it unilaterally except on grounds recognized by law or by agreement of the parties. The parties to the contract must therefore, *inter alia*, respect its term. This principle also applies to a contract for an indeterminate term, such as the one at issue in the case at bar. Thus, D. Lluellas and B. Moore state that [TRANSLATION] “the contract for an indeterminate term is, in principle, just as irrevocable as the contract for a fixed term. . . . A contracting party cannot be allowed to revoke the contract suddenly, brusquely and immediately” (*Droit des obligations* (2nd ed. 2012), at pp. 1218-19).

[30] The power of unilateral resiliation provided for in legislation [TRANSLATION] “is an exceptional privilege whose intended scope is narrow” (Lluellas and Moore, at p. 1198). Where the contract of employment is concerned, the *Civil Code* provides for two circumstances in which a party may terminate the contractual relationship unilaterally. First, a party may unilaterally resiliate a contract of employment for a serious reason without giving notice (art. 2094 *C.C.Q.*), regardless of whether the contract is for a fixed term or for an indeterminate term. Second, as in the instant case, a party may unilaterally terminate a contract of employment for an indeterminate term without giving reasons, but on condition that he or she give notice of termination to the other party in reasonable time in accordance with art. 2091 *C.C.Q.*, which reads as follows:

cet égard, les art. 2085 à 2097 du *Code civil* établissent le droit commun qui encadre le contrat de travail et ajoutent au régime général du droit des obligations. Le contrat de travail peut être à durée déterminée ou indéterminée (art. 2086 *C.c.Q.*). L'employeur s'engage à permettre au salarié d'exécuter la prestation de travail et à lui verser une rémunération, tout en protégeant sa santé, sa sécurité et sa dignité (art. 2087 *C.c.Q.*). Le salarié, quant à lui, est tenu d'exécuter sa prestation de travail avec prudence, diligence et loyauté (art. 2088 *C.c.Q.*).

[29] De manière plus générale, l'art. 1439 *C.c.Q.* énonce le principe de l'irrévocabilité du contrat, lequel ne peut être résilié unilatéralement par l'une des parties que pour les causes reconnues par la loi ou de l'accord des parties. Les parties au contrat doivent donc notamment en respecter la durée. Ce principe vaut également pour les contrats à durée indéterminée, comme celui en cause en l'espèce. Les auteurs D. Lluellas et B. Moore indiquent ainsi que « le contrat à durée indéterminée est, en principe, autant irrévocable que le contrat à durée déterminée. [. . .] Il ne saurait être question qu'un contractant révoque le contrat soudainement, brutalement et immédiatement » (*Droit des obligations* (2^e éd. 2012), p. 1218-1219).

[30] La faculté de résiliation unilatérale fondée sur un texte de loi « est un privilège exceptionnel, voué à une application stricte » (Lluellas et Moore, p. 1198). En matière de contrat de travail, le *Code civil* prévoit deux cas de figure où une partie peut mettre fin unilatéralement à la relation contractuelle. Premièrement, une partie peut résilier unilatéralement le contrat de travail pour motif sérieux sans donner de préavis (art. 2094 *C.c.Q.*), qu'il s'agisse d'un contrat à durée déterminée ou d'un contrat à durée indéterminée. Deuxièmement, comme dans le cas qui nous occupe, une partie peut sans motif mettre fin unilatéralement à un contrat de travail à durée indéterminée, à la condition toutefois de donner un délai de congé (c'est-à-dire un préavis) raisonnable à son cocontractant conformément à l'art. 2091 *C.c.Q.*, lequel se lit comme suit :

2091. Either party to a contract for an indeterminate term may terminate it by giving notice of termination to the other party.

The notice of termination shall be given in reasonable time, taking into account, in particular, the nature of the employment, the specific circumstances in which it is carried on and the duration of the period of work.

[31] It should also be mentioned, given that this is crucial to the outcome of this appeal, that the obligation under art. 2091 *C.C.Q.* to give notice of termination applies to both the employee and the employer, for the entire term of the contract.

[32] Added to the principles established in the *Civil Code* are the standards provided for in the *Act respecting labour standards*, the purpose of which is to correct the imbalance of power between employer and employee by establishing minimum standards for employees by means of provisions of public order (*Martin v. Compagnie d'assurances du Canada sur la vie*, [1987] R.J.Q. 514 (C.A.), at p. 517; *Syndicat de la fonction publique du Québec v. Québec (Attorney General)*, 2010 SCC 28, [2010] 2 S.C.R. 61, at paras. 6-8). These standards supplement the framework established in the *Civil Code*.

[33] The standards in question include the one set out in s. 82 of the *Act respecting labour standards*, which imposes an obligation *on the employer* to give written notice to an employee where it is the employer that terminates the contract of employment. This section specifies the duration of the notice period, which depends on the employee's years of service. Absent such notice, the employer must pay the employee an equivalent compensatory indemnity in accordance with s. 83 of the *Act respecting labour standards*. Sections 82 and 83 read as follows:

82. The employer must give written notice to an employee before terminating his contract of employment or laying him off for six months or more.

The notice shall be of one week if the employee is credited with less than one year of uninterrupted service, two weeks if he is credited with one year to five years

2091. Chacune des parties à un contrat à durée indéterminée peut y mettre fin en donnant à l'autre un délai de congé.

Le délai de congé doit être raisonnable et tenir compte, notamment, de la nature de l'emploi, des circonstances particulières dans lesquelles il s'exerce et de la durée de la prestation de travail.

[31] Il convient également de noter, puisque ceci revêt une importance capitale pour l'issue du présent pourvoi, que l'obligation de donner un délai de congé imposée par l'art. 2091 *C.c.Q.* s'applique tant au salarié qu'à l'employeur, et ce, pour toute la durée du contrat.

[32] Aux principes édictés par le *Code civil* s'ajoutent les normes formulées par la *Loi sur les normes du travail*, laquelle vise à corriger le déséquilibre des forces entre employeur et salarié en établissant des normes minimales à l'intention des salariés au moyen de dispositions d'ordre public (*Martin c. Compagnie d'assurances du Canada sur la vie*, [1987] R.J.Q. 514 (C.A.), p. 517; *Syndicat de la fonction publique du Québec c. Québec (Procureur général)*, 2010 CSC 28, [2010] 2 R.C.S. 61, par. 6-8). Les normes suppléent à la toile de fond établie par les dispositions du *Code civil*.

[33] Parmi ces normes figure celle exprimée à l'art. 82 de la *Loi sur les normes du travail*, imposant à l'employeur l'obligation de donner un préavis écrit au salarié lorsque l'employeur est celui qui met fin au contrat de travail. Cette disposition précise la durée du préavis en fonction des années de service du salarié. À défaut de préavis, l'employeur doit verser au salarié une indemnité compensatrice équivalente conformément à l'art. 83 de la *Loi sur les normes du travail*. Les articles 82 et 83 se lisent comme suit :

82. Un employeur doit donner un avis écrit à un salarié avant de mettre fin à son contrat de travail ou de le mettre à pied pour six mois ou plus.

Cet avis est d'une semaine si le salarié justifie de moins d'un an de service continu, de deux semaines s'il justifie d'un an à cinq ans de service continu, de quatre semaines

of uninterrupted service, four weeks if he is credited with five years to ten years of uninterrupted service and eight weeks if he is credited with ten years or more of uninterrupted service.

This section does not deprive an employee of a right granted to him under another Act.

83. An employer who does not give the notice prescribed by section 82, or who gives insufficient notice, must pay the employee a compensatory indemnity equal to his regular wage excluding overtime for a period equal to the period or remaining period of notice to which he was entitled.

[34] The purpose of s. 82 is to advise the employee that the employment relationship will soon be terminated and to give him or her reasonable time to try to find a new job (see, e.g., *Commission des normes du travail v. Centre de décoration des sols inc.*, 2009 QCCQ 2587 (CanLII), at para. 38; *Commission des normes du travail v. Commission scolaire de Laval*, 2003 CanLII 42505 (C.Q.), at para. 15). The *Act respecting labour standards* does not impose similar minimum periods for notice given by an employee, although art. 2091 *C.C.Q.* does require that an employee who wishes to unilaterally terminate a contract of employment for an indeterminate term give notice of termination “in reasonable time”. This asymmetry is not surprising given that the purpose of the *Act respecting labour standards* is to protect employees as vulnerable members of society, a fact that has been acknowledged on many occasions (*Wallace v. United Grain Growers Ltd.*, [1997] 3 S.C.R. 701, at para. 93; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038, at p. 1051).

[35] The parties can agree to lengthen the minimum notice period provided for in the *Act respecting labour standards*. Moreover, even if there is no such provision in the contract, it is possible for an employee to be entitled under art. 2091 *C.C.Q.* to a notice period longer than the one provided for in

s’il justifie de cinq à dix ans de service continu et de huit semaines s’il justifie de dix ans ou plus de service continu.

Le présent article n’a pas pour effet de priver un salarié d’un droit qui lui est conféré par une autre loi.

83. L’employeur qui ne donne pas l’avis prévu à l’article 82 ou qui donne un avis d’une durée insuffisante doit verser au salarié une indemnité compensatrice équivalente à son salaire habituel, sans tenir compte des heures supplémentaires, pour une période égale à celle de la durée ou de la durée résiduaire de l’avis auquel il avait droit.

[34] L’objectif de l’art. 82 est de prévenir le salarié que le lien d’emploi sera bientôt rompu et de lui consentir un délai raisonnable pour lui permettre de se trouver un nouvel emploi (voir, à titre d’exemple, *Commission des normes du travail c. Centre de décoration des sols inc.*, 2009 QCCQ 2587 (CanLII), par. 38; *Commission des normes du travail c. Commission scolaire de Laval*, 2003 CanLII 42505 (C.Q.), par. 15). La *Loi sur les normes du travail* n’impose pas de tels délais minimums quant à la durée d’un préavis donné par le salarié, qui est tout de même tenu de fournir un délai de congé « raisonnable » selon l’art. 2091 *C.c.Q.* s’il souhaite mettre fin de façon unilatérale au contrat de travail à durée indéterminée. Cette asymétrie n’est pas surprenante dans la mesure où la *Loi sur les normes du travail* vise à protéger les salariés en tant que personnes vulnérables de la société, une réalité maintes fois reconnue (*Wallace c. United Grain Growers Ltd.*, [1997] 3 R.C.S. 701, par. 93; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038, p. 1051).

[35] Les parties peuvent d’un commun accord convenir d’allonger la durée minimale du préavis établie par la *Loi sur les normes du travail*. De plus, même en l’absence d’une telle stipulation au contrat, il est possible qu’un salarié puisse, en application de l’art. 2091 *C.c.Q.*, avoir droit à un délai de

s. 82 of the *Act respecting labour standards*. The cardinal rule with respect to the unilateral resiliation of a contract of employment is the giving, in reasonable time, of a notice of termination that takes into account, in particular, the nature of the employment, the specific circumstances in which it is carried on and the duration of the period of work. The courts have, although without suggesting that these were maximums, accepted notice periods of 9, 12, 15 and 18 months, and even 24 months in certain circumstances (R. P. Gagnon, *Le droit du travail du Québec* (7th ed. 2013), at p. 166; *IBM Canada ltée v. D.C.*, 2014 QCCA 1320 (CanLII), at para. 39; *Atwater Badminton and Squash Club Inc. v. Morgan*, 2014 QCCA 998 (CanLII), at para. 17; *Aksich v. Canadian Pacific Railway*, 2006 QCCA 931, [2006] R.J.D.T. 997, at para. 124).

[36] Having reviewed the principles and standards applicable to the contract of employment for an indeterminate term, I must reiterate that this appeal raises the issue of the interplay of the provisions of the *Civil Code* and the *Act respecting labour standards* that relate to the effect of the notice of termination. In my opinion, the provisions of the *Civil Code* and the *Act respecting labour standards* in question must be interpreted harmoniously, since they are all concerned with the same subject, namely termination of the employment relationship. The *Civil Code* forms the backdrop for the contractual relationship between employees and employers in the workplace and establishes the general law that applies to all those who are bound by contracts of employment. As for the *Act respecting labour standards*, in the context of this appeal it clarifies the employer's obligations, and in light of its purpose, it should be given a large and liberal interpretation.

B. *Effect of the Notice of Termination*

[37] The Quebec Court of Appeal in the instant case (both the majority and the dissenting judge), like the academic writers, rightly recognized that a contract of employment for an indeterminate term is not terminated immediately upon notice of termination being given in accordance with art. 2091 *C.C.Q.* (paras. 31, 66 and 70; see also *Nurun inc. v. Deschênes*, 2004 CanLII 27918 (Que. C.A.), at

congé plus long que celui prévu à l'art. 82 de la *Loi sur les normes du travail*. En effet, la règle cardinale en matière de résiliation unilatérale du contrat de travail est la remise d'un délai de congé raisonnable qui tient compte, notamment, de la nature de l'emploi, des circonstances particulières dans lesquelles il s'exerce et de la durée de la prestation de travail. Sans pour autant suggérer qu'il s'agit d'une durée maximale, la jurisprudence reconnaît des délais de congé de 9, 12, 15, 18, voire 24 mois, dans certaines circonstances (R. P. Gagnon, *Le droit du travail du Québec* (7^e éd. 2013), p. 166; *IBM Canada ltée c. D.C.*, 2014 QCCA 1320 (CanLII), par. 39; *Atwater Badminton and Squash Club Inc. c. Morgan*, 2014 QCCA 998 (CanLII), par. 17; *Aksich c. Canadian Pacific Railway*, 2006 QCCA 931, [2006] R.J.D.T. 997, par. 124).

[36] Ayant fait ce tour d'horizon des principes et normes applicables au contrat de travail à durée indéterminée, il y a lieu de rappeler que le présent pourvoi soulève la question de l'interaction des dispositions du *Code civil* et de la *Loi sur les normes du travail* eu égard à l'effet du délai de congé. À mon avis, une interprétation concordante des dispositions du *Code civil* et de la *Loi sur les normes du travail* en cause s'impose, puisqu'elles s'inscrivent toutes dans le même contexte, à savoir la cessation des relations de travail. Le *Code civil* tisse la toile de fond des relations contractuelles entre le salarié et l'employeur en milieu de travail et il établit le droit commun applicable à toutes les parties liées par un contrat de travail. La *Loi sur les normes du travail*, dans le contexte du présent pourvoi, vient préciser les obligations de l'employeur et, vu son objectif, il y a lieu de l'interpréter de manière large et libérale.

B. *L'effet du délai de congé*

[37] La Cour d'appel du Québec dans le jugement dont appel (tant la majorité que la dissidence), à l'instar de la doctrine, reconnaît à juste titre que le contrat de travail à durée indéterminée ne prend pas fin au moment même où le délai de congé est donné conformément à l'art. 2091 *C.c.Q.* (par. 31, 66 et 70; voir également *Nurun inc. c. Deschênes*, 2004 CanLII 27918 (C.A. Qué.), par. 44). Le libellé

para. 44). The wording of s. 82 of the *Act respecting labour standards* also confirms that the contract of employment for an indeterminate term is not terminated at the time notice is given: “The employer must give written notice to an employee before terminating his contract of employment” Nevertheless, the majority of the Court of Appeal in the case at bar expressed the opinion that the fate of the contract of employment is [TRANSLATION] “inevitable as of the time when the employee announces his or her resignation” (para. 70).

[38] It is well established that a contract is not automatically resiliated upon receipt of a notice of termination and that, on the contrary, the contractual relationship continues to exist until the date specified in the notice given by the employee or the employer. This means that even after one of the parties to a contract of employment for an indeterminate term gives the other party notice of termination, both parties must continue to perform their obligations under the contract until the notice period expires. This includes the obligation to give notice of termination set out in art. 2091 *C.C.Q.*, which the other party must meet if he or she wishes in turn to terminate the contract before the notice given by the first expires. The argument that the parties’ legal situation “crystallizes” when notice of termination is given in that the notice merely delays the termination of the employment by postponing the employee’s date of departure must therefore fail. The notice of termination does not immediately terminate the contract of employment, preserving only the conditions of employment during the notice period. Rather, the contract itself continues to exist in its entirety until that period expires.

[39] I agree with Pelletier J.A. that it seems inappropriate to deal with the issue of the effect of notice of termination from the perspective of renunciation. The notice announces the termination of the contract of employment: it does not authorize a departure from the principle that a party may not unilaterally cease performing his or her contractual obligations, to the detriment of the other party’s rights. In this context, the argument based on renunciation of the notice of termination is an unacceptable fiction.

de l’art. 82 de la *Loi sur les normes du travail* confirme également que le contrat de travail à durée indéterminée ne prend pas fin au moment même de la remise du préavis : « Un employeur doit donner un avis écrit à un salarié avant de mettre fin à son contrat de travail . . . » Néanmoins, en l’espèce, la majorité de la Cour d’appel est d’avis que le sort du contrat de travail est « irrémédiablement fixé à compter du moment où le salarié annonce sa démission » (par. 70).

[38] Il est acquis qu’il n’y a pas résiliation automatique du contrat dès réception d’un délai de congé et qu’au contraire, la relation contractuelle continue jusqu’à la date prévue par le délai de congé donné par le salarié ou l’employeur. En conséquence, même après que l’une des parties au contrat de travail à durée indéterminée a donné un délai de congé à son cocontractant, chaque partie demeure tenue de respecter les obligations qui lui incombent en vertu du contrat de travail jusqu’à l’expiration de ce délai. Cela comprend l’obligation de donner un délai de congé en vertu de l’art. 2091 *C.c.Q.* qui s’impose à celui qui souhaite à son tour mettre fin au contrat avant l’expiration du délai de congé donné par l’autre. Il y a donc lieu de rejeter la prétention suivant laquelle, en remettant un délai de congé, la situation juridique des parties se « cristalliserait », ce délai ne faisant que retarder la fin de l’emploi en reportant la date du départ du salarié. Le délai de congé ne met pas fin sur-le-champ au contrat de travail pour n’en préserver que les conditions de travail pendant l’écoulement du délai. C’est le contrat de travail lui-même, dans son entièreté, qui continue d’exister jusqu’à l’expiration du délai de congé.

[39] À l’instar du juge Pelletier, il m’apparaît inopportun de traiter de la question de l’effet du délai de congé sous l’angle de la renonciation. Le fait de donner un délai de congé annonce la fin du contrat de travail : il ne permet pas de déroger au principe selon lequel une partie ne peut unilatéralement cesser d’exécuter ses obligations contractuelles au détriment des droits de l’autre partie. L’argument fondé sur la renonciation au délai de congé dans ce contexte est une fiction irrecevable.

[40] An employer who advances the date of termination of the contract after an employee has given notice of termination effects not a “renunciation”, but a unilateral rescission of the contract of employment, which is authorized only as provided by law (arts. 1439 and 2091 *C.C.Q.*). By “renouncing” a notice received from an employee, the employer prevents the employee from performing his or her work and ceases to pay the employee, thereby defaulting on the contractual obligations the employer is required to fulfil until the expiration of the notice period. In the case at bar, as Pelletier J.A. rightly stated at para. 36 of his reasons, [TRANSLATION] “[u]ntil that date, only an agreement, and not a unilateral act, [can] release the parties from their obligations.”

[41] In sum, an employer who receives from an employee the notice of termination provided for in art. 2091 *C.C.Q.* cannot terminate the contract of employment for an indeterminate term unilaterally without in turn giving notice of termination or paying an indemnity in lieu of such notice. The notice given by the employee does not have the effect of immediately releasing the parties from their respective obligations under the contract. If the employer prevents the employee from working and refuses to pay him or her during the notice period, the employer is “terminating the contract” within the meaning of s. 82 of the *Act respecting labour standards*.

[42] Unlike the majority of the Court of Appeal, I cannot bring myself to conclude that the general principle that the contract continues to exist during the notice period is subject to an exception that applies where the party who receives the notice of termination renounces it. With respect, if this conclusion were accepted, it would also have to be accepted that it is the party who “renounces” the notice who unilaterally terminates the contract, with the consequences that would entail for the employer.

[43] I agree with Bich J.A., writing for the majority of the Court of Appeal, that the notice of termination does not result in a synallagmatic obligation that would be binding on the party who receives it (para. 56). It is because of the contract of employment for an indeterminate term that the

[40] L’employeur qui précipite la fin du contrat après qu’un salarié lui a donné un délai de congé n’effectue pas une « renonciation », mais bien une résiliation unilatérale du contrat de travail, ce qui n’est autorisé que suivant les modalités prévues par la loi (art. 1439 et 2091 *C.c.Q.*). En « renonçant » au délai de congé qu’un salarié lui donne, l’employeur empêche le salarié de fournir sa prestation de travail et cesse de le rémunérer, manquant ainsi aux obligations contractuelles auxquelles il est tenu jusqu’à l’expiration du délai de congé. En l’espèce, comme l’exprime avec justesse le juge Pelletier, au par. 36 de ses motifs, « [j]usqu’à ce que cette date arrive, seule une entente, et non un geste unilatéral, [peut] libérer les parties de leurs obligations. »

[41] En somme, un employeur qui reçoit d’un salarié le délai de congé prévu à l’art. 2091 *C.c.Q.* ne peut mettre fin unilatéralement au contrat de travail à durée indéterminée sans donner à son tour un délai de congé ou une indemnité qui en tient lieu. Le délai de congé donné par le salarié n’a pas pour effet de libérer immédiatement les parties de leurs obligations respectives découlant du contrat de travail. Si l’employeur refuse de laisser le salarié fournir sa prestation de travail et de le rémunérer pendant le délai de congé, il se trouve à « mettre fin au contrat » au sens de l’art. 82 de la *Loi sur les normes du travail*.

[42] Contrairement à la majorité de la Cour d’appel, je ne peux me résoudre à conclure que le principe général selon lequel le contrat se poursuit pendant le délai de congé connaît une exception lorsque la partie qui reçoit le délai de congé y renonce. Avec égards, si on accepte cette conclusion, il faut également reconnaître que c’est la partie qui « renonce » au bénéfice du délai de congé qui met fin unilatéralement au contrat, avec les conséquences que cela emporte pour l’employeur.

[43] Je suis d’accord avec le juge Bich lorsqu’elle affirme, au nom de la majorité de la Cour d’appel, que le délai de congé n’est pas porteur d’une obligation synallagmatique qui lierait la partie qui le reçoit (par. 56). C’est en raison du contrat de travail à durée indéterminée que les parties ont des

parties have reciprocal obligations: if, on being advised of the date when the other party wishes to terminate the contract in accordance with art. 2091 C.C.Q., the party receiving the notice (the employer in the instant case) objects, he or she must in turn give notice of termination under art. 2091 C.C.Q.

[44] Of course, the notice period chosen unilaterally by the employee cannot be “imposed” on the employer. An employer can deny an employee access to the workplace during the notice period, but must nonetheless pay his or her wages for that period, provided that the employee’s notice of termination was given in reasonable time. The employer can also choose to terminate the contract by giving notice of termination in reasonable time or by paying the corresponding indemnity in accordance with art. 2091 C.C.Q. and under ss. 82 and 83 of the *Act respecting labour standards* (F. Morin, “*Démision et congédiement: la difficile parité des règles de droit applicables à ces deux actes*” (2013), 43 R.G.D. 637, at p. 651; see also F. Morin et al., *Le droit de l’emploi au Québec* (4th ed. 2010), at para. II-179; N.-A. Béliveau with M. Ouellet, *Les normes du travail* (2nd ed. 2010), at p. 364).

(1) Reciprocal Nature of the Obligation to Give Notice of Termination Provided for in Article 2091 C.C.Q.

[45] The majority of the Court of Appeal reached the following conclusion regarding the obligation to give notice of termination at para. 58 of their reasons:

[TRANSLATION] Thus, an employee cannot place an employer under an obligation to comply in full with a notice that the former gives, unilaterally, to the latter; likewise, when it is the employer who resiliates the contract and gives the employee notice including a period “to be worked”, the employee cannot, in my opinion, be forced to comply with it until the very end and, if the employee decides to leave earlier, he or she certainly cannot be required to give notice in turn of that earlier departure or to indemnify the employer, which was counting on receiving his or her services until the notice period expired. [Emphasis added.]

obligations réciproques : ayant été avisée de la date à laquelle une partie souhaite mettre fin à ce contrat conformément à l’art. 2091 C.c.Q., la partie cocontractante qui s’y oppose (en l’occurrence l’employeur) devra à son tour donner un délai de congé conformément à l’art. 2091 C.c.Q.

[44] Bien sûr, on ne peut « imposer » à l’employeur le délai de congé décidé unilatéralement par le salarié. Un employeur peut refuser qu’un salarié se présente sur les lieux de travail pour la durée du délai, mais il doit néanmoins le rémunérer pour cette période, dans la mesure où le délai de congé fourni par le salarié est raisonnable. L’employeur peut également choisir de mettre fin au contrat moyennant un délai de congé raisonnable ou une indemnité correspondante, le tout conformément à l’art. 2091 C.c.Q. et en vertu des art. 82 et 83 de la *Loi sur les normes du travail* (F. Morin, « *Démision et congédiement : la difficile parité des règles de droit applicables à ces deux actes* » (2013), 43 R.G.D. 637, p. 651; voir également F. Morin et autres, *Le droit de l’emploi au Québec* (4^e éd. 2010), par. II-179; N.-A. Béliveau, avec la collaboration de M. Ouellet, *Les normes du travail* (2^e éd. 2010), p. 364).

(1) La réciprocité de l’obligation de donner un délai de congé imposée par l’art. 2091 C.c.Q.

[45] Au paragraphe 58 de ses motifs, la majorité de la Cour d’appel en arrive à la conclusion suivante au sujet de l’obligation de donner un délai de congé :

Ainsi, le salarié ne peut imposer à l’employeur de respecter intégralement le préavis que le premier, unilatéralement, donne au second; pareillement, lorsque c’est l’employeur qui résilie le contrat et donne un délai de congé « travaillé » au salarié, celui-ci ne peut pas être contraint, à mon avis, de le respecter jusqu’à la toute fin et, s’il décide de partir plus tôt, il ne peut certainement pas être tenu de donner à son tour un préavis de ce départ anticipé ou d’indemniser l’employeur qui comptait sur ses services jusqu’à la fin du délai de congé. [Je souligne.]

[46] The obligation to give notice of termination provided for in art. 2091 *C.C.Q.* applies equally to both parties to the contract. The obligation's reciprocal nature means that, contrary to the conclusion reached by the majority of the Court of Appeal, an employee who, after receiving from his or her employer a notice of termination that includes a period to be worked (as opposed to an indemnity in lieu of such notice), stops working without in turn giving notice of termination defaults on his or her contractual obligations and could be sued for damages. In practice, this consequence for the employee will tend to be hypothetical given that the employer would be required to prove that he or she has sustained an injury. Be that as it may, if the employer was able to prove an injury caused by the employee's failure to perform his or her contractual obligations, the fact that the employee had received a notice of termination from the employer could not prevent the employer from bringing an action against that employee. An employee who has received such a notice is, like the employer, still bound by his or her contractual obligations.

[47] Of course, since the contract is an *intuitu personae* contract, specific performance is not an option if the employee wishes to leave the company. He or she will nevertheless be required, in turn, to give notice of termination in reasonable time in order to satisfy the requirements of art. 2091 *C.C.Q.*

(2) Notice of Termination That Benefits Both Parties

[48] As I mentioned above, the majority of the Court of Appeal noted that the purpose of the notice of termination is to enable [TRANSLATION] “*the party who receives it to limit the adverse effects of a termination that he or she can neither counter nor prevent*” (para. 55 (emphasis in original)). They stated that although the notice of termination may in practice result in benefits for the party who gives it — by providing him or her with a transition period, for example — that is not the purpose of art. 2091 *C.C.Q.*, which is instead designed to protect the other party (para. 55).

[49] However, notice of termination is not given solely to benefit the recipient. Regardless of who

[46] L'obligation de donner un délai de congé énoncée à l'art. 2091 *C.c.Q.* incombe de manière égale aux deux contractants. La réciprocité de cette obligation signifie que, contrairement à ce que conclut la majorité de la Cour d'appel, le salarié qui cesse de fournir sa prestation de travail après avoir reçu un délai de congé « travaillé » de son employeur (plutôt qu'une indemnité qui en tient lieu) et qui ne donne pas de délai de congé à son tour, manque à ses obligations contractuelles et s'expose à une action en dommages-intérêts. En réalité, une telle conséquence pour le salarié est plutôt théorique, étant donné la nécessité pour l'employeur de prouver que la situation lui cause un préjudice. Néanmoins, si l'employeur était en mesure de démontrer l'existence d'un préjudice découlant du manquement du salarié à ses obligations contractuelles, le fait que ce dernier ait reçu un délai de congé de l'employeur ne saurait empêcher l'employeur d'exercer un recours contre ce salarié. Un salarié ayant reçu un délai de congé reste, comme l'employeur, tenu à ses obligations contractuelles.

[47] Certes, comme il s'agit d'un contrat *intuitu personae*, l'on ne saurait forcer le salarié à exécuter le contrat en nature s'il souhaite quitter l'entreprise. Il n'en demeure pas moins qu'il sera à son tour tenu de donner un délai de congé raisonnable pour respecter les prescriptions de l'art. 2091 *C.c.Q.*

(2) Le délai de congé au bénéfice des deux parties

[48] Tel que noté précédemment, la majorité de la Cour d'appel souligne que le délai de congé a pour but de permettre « *à la partie qui le reçoit de pallier les inconvénients découlant d'une rupture qu'elle ne peut ni contrer ni empêcher* » (par. 55 (en italique dans l'original)). Selon la majorité, bien que le délai de congé puisse en pratique comporter des avantages pour la partie qui le donne — du fait, à titre d'exemple, qu'elle ménage ainsi une période de transition —, il ne s'agit pas là de l'objet de l'art. 2091 *C.c.Q.*, qui vise plutôt la protection du cocontractant (par. 55).

[49] Or, le délai de congé n'est pas donné au seul bénéficiaire de la personne qui le reçoit. En effet, peu

terminates the contract, the notice can benefit both parties: When it is given by an employee, he or she counts on the notice period for financial planning purposes, while the employer can use it to limit any adverse effects of the employee's resignation. Likewise, when notice of termination is given by an employer, the employer can benefit from the transition period corresponding to the notice period to finalize certain projects on which the employee has been working, while the employee can use it if necessary to get his or her finances in order and find a new job.

[50] In sum, it is my opinion that the notice of termination serves the interests not only of the party who receives it, but also of the party who gives it, and that this is true in circumstances that are far from being as exceptional as the reasons of the majority of the Court of Appeal suggest in this regard. Unlike the majority of the Court of Appeal, I conclude that the notice of termination not only benefits its recipient, but in fact benefits both parties to the contract of employment.

(3) Protection Afforded to the Employee by Article 2092 C.C.Q.

[51] Article 2092 C.C.Q. prohibits the renunciation of the employee's right to an indemnity. It reads as follows:

2092. The employee may not renounce his right to obtain an indemnity for any injury he suffers where insufficient notice of termination is given or where the manner of resiliation is abusive.

[52] Article 2092 C.C.Q. makes it impossible for an employee to renounce redress for an injury flowing from, *inter alia*, insufficient notice of termination. Put differently, art. 2092 C.C.Q. precludes the employer from limiting his or her liability. It nullifies any clause in a contract of employment by which the employee has renounced the indemnity to which he or she would be entitled should the employer terminate the contract unilaterally without sufficient notice.

importe qui met fin au contrat, le délai de congé peut être avantageux pour les deux parties : Lorsqu'il est donné par le salarié, ce dernier compte sur le délai pour les besoins de sa planification financière, alors que l'employeur peut l'utiliser pour atténuer les inconvénients que la démission de son salarié pourrait entraîner. De même, lorsque le délai de congé est donné par l'employeur, ce dernier peut profiter de la période de transition correspondant au délai pour finaliser certains dossiers du salarié, alors que le salarié en fera usage pour s'ajuster financièrement et se trouver un nouvel emploi, le cas échéant.

[50] En somme, je suis d'avis que le délai de congé sert non seulement les intérêts de celui qui le reçoit, mais aussi ceux de celui qui le donne, et ce, dans des cas de figure qui sont loin d'être aussi exceptionnels que le laissent entendre les motifs de la majorité de la Cour d'appel à cet égard. Contrairement à la majorité de la Cour d'appel, j'en arrive à la conclusion que le délai de congé n'est pas qu'au seul bénéfice de celui qui le reçoit, mais bien au bénéfice des deux parties au contrat de travail.

(3) La protection conférée au salarié en vertu de l'art. 2092 C.c.Q.

[51] L'article 2092 C.c.Q. interdit la renonciation au droit du salarié à une indemnité en ces termes :

2092. Le salarié ne peut renoncer au droit qu'il a d'obtenir une indemnité en réparation du préjudice qu'il subit, lorsque le délai de congé est insuffisant ou que la résiliation est faite de manière abusive.

[52] L'article 2092 C.c.Q. rend impossible pour le salarié de renoncer à la réparation du préjudice qui découlerait, notamment, d'un délai de congé insuffisant. Autrement dit, l'art. 2092 C.c.Q. empêche l'employeur de limiter sa responsabilité. Cette disposition frappe de nullité toute clause du contrat de travail par laquelle le salarié renoncerait à l'indemnité à laquelle il aurait droit si l'employeur mettait fin au contrat de façon unilatérale sans délai de congé suffisant.

[53] This is a protective provision of public order, and the employee — the party for whose benefit the provision was enacted — cannot renounce the right in question until it has been acquired (*Isidore Garon ltée v. Tremblay*, 2006 SCC 2, [2006] 1 S.C.R. 27, at para. 60; *Garcia Transport Ltée v. Royal Trust Co.*, [1992] 2 S.C.R. 499, at pp. 530-31).

[54] Article 2092 *C.C.Q.* does not establish an exception to the rule that a party who wishes to terminate a contract unilaterally without giving a reason must in every case, as required by art. 2091 *C.C.Q.*, give notice of termination to the other party. Indeed, art. 2092 *C.C.Q.* concerns not the notice of termination itself, but the employee's right to claim an indemnity if the notice is insufficient. The commentary of the Minister of Justice on art. 2092 *C.C.Q.* is revealing: [TRANSLATION] “The purpose of this article is to confer a right on the employee. Like wages, the indemnity is a vital element, and it is accordingly viewed as replacing an essential element of the contract. It seemed reasonable to prohibit any renunciation of the indemnity; this article is therefore of public order” (Ministère de la Justice, *Commentaires du ministre de la Justice*, vol. II, *Le Code civil du Québec — Un mouvement de société* (1993), at p. 1315 (emphasis added)).

[55] In commenting on the scope of art. 2092 *C.C.Q.*, F. Morin et al. stress that [TRANSLATION] “[t]his is an incapacity of protection . . . that applies solely to the employee and ensures that the employee is entitled to a sufficient indemnity” (*Le droit de l'emploi au Québec*, at para. II-37 (emphasis added)). Article 2092 *C.C.Q.* thus relates not to a right to receive a notice of termination, that is, to an actual period of work, but to its monetary equivalent.

[56] Furthermore, art. 2092 *C.C.Q.* confirms the legitimacy of the practice according to which an employer gives an employee an indemnity if the employer wants to terminate the employee's contract immediately, since it establishes the employee's right to receive an indemnity if he or she is not given sufficient notice.

[53] Il s'agit d'une disposition de protection d'ordre public et le salarié — la partie en faveur de laquelle la disposition a été édictée — ne peut renoncer au droit en cause qu'une fois qu'il est acquis (*Isidore Garon ltée c. Tremblay*, 2006 CSC 2, [2006] 1 R.C.S. 27, par. 60; *Garcia Transport Ltée c. Cie Trust Royal*, [1992] 2 R.C.S. 499, p. 530-531).

[54] L'article 2092 *C.c.Q.* ne constitue pas une exception à la règle suivant laquelle une partie doit dans tous les cas, comme le veut l'art. 2091 *C.c.Q.*, remettre un délai de congé à son cocontractant si elle désire mettre fin unilatéralement au contrat sans motif. En réalité, l'art. 2092 *C.c.Q.* ne cible pas le délai de congé en tant que tel, mais bien le droit du salarié de réclamer une indemnité lorsqu'un tel délai est insuffisant. Les commentaires du ministre de la Justice à l'égard de l'art. 2092 *C.c.Q.* sont éloquents : « Cet article a pour but d'accorder un droit au salarié. Tout comme le salaire, l'indemnité est un élément vital et, par conséquent, s'envisage comme tenant lieu d'élément essentiel à ce contrat. Il a paru raisonnable de prohiber toute renonciation à l'indemnité; cet article est donc d'ordre public » (Ministère de la Justice, *Commentaires du ministre de la Justice*, t. II, *Le Code civil du Québec — Un mouvement de société* (1993), p. 1315 (je souligne)).

[55] En commentant la portée de l'art. 2092 *C.c.Q.*, les auteurs F. Morin et autres soulignent qu'« [i]l s'agit là d'une incapacité de protection [. . .] qui vise uniquement le salarié et lui assure le droit à une indemnité suffisante » (*Le droit de l'emploi au Québec*, par. II-37 (je souligne)). L'article 2092 *C.c.Q.* ne porte donc pas sur un droit de recevoir un délai de congé, c'est-à-dire une période réelle de travail, mais bien sur son équivalent en numéraire.

[56] L'article 2092 *C.c.Q.* confirme également la légitimité de la pratique par laquelle l'employeur remet une indemnité au salarié s'il veut mettre fin au contrat de façon immédiate, puisqu'il consacre le droit du salarié d'obtenir une indemnité s'il ne reçoit pas un délai de congé suffisant.

[57] Contrary to the view expressed by the majority of the Court of Appeal, art. 2092 *C.C.Q.* concerns not a situation in which an employee renounces the notice of termination, but, rather, one in which the employee renounces the indemnity in lieu of such notice. The Court of Appeal stated:

[TRANSLATION] Paradoxically, however, the fact that the legislature, in article 2092 *C.C.Q.*, thus precludes the employee from renouncing a notice of termination given in reasonable time or the indemnity in lieu of such notice confirms that absent this prohibition, such a renunciation is possible. And it is in fact because it is possible that the legislature wanted to bar the employee from doing so. Otherwise, it would not have been necessary to enact this provision.

Moreover, I note that the courts have held that article 2092 *C.C.Q.* does not establish an absolute prohibition: the employee can renounce the notice the employer who resiliates the contract is required to give him or her, provided that this is done after the termination of the contract and that certain requirements are met. This being said, I do not see why the employer would be precluded from renouncing the notice given by a resigning employee, and I would also find it odd to preclude the employer from renouncing it in advance (by means, for example, of a contract clause agreed on while negotiating the contract that would allow the employee to resign without notice). [Emphasis added; emphasis in original deleted; paras. 62-63.]

[58] With respect, this *a contrario* reasoning of the majority of the Court of Appeal cannot be accepted. The fact that the legislature established a measure to protect employees by enacting art. 2092 *C.C.Q.* merely shows that, without this article, it would be possible for the employee, while negotiating the contract of employment for example, to release the employer from the obligation to pay such an *indemnity*. This is a possibility the legislature wished to preclude because of the employee's vulnerability in relation to the employer.

[59] Given that art. 2092 *C.C.Q.* deals with renunciation of *the indemnity* to which the employee is entitled in cases in which the notice of termination is insufficient (or in which the manner of resiliation is abusive), it is wrong to conclude that the absence of an equivalent provision in the employer's favour means that the employer may "renounce" a *notice*

[57] Contrairement à ce qui est énoncé dans les motifs de la majorité de la Cour d'appel, l'art. 2092 *C.c.Q.* ne vise pas les situations où un salarié renoncerait au délai de congé, mais plutôt celles où le salarié renoncerait à l'indemnité en tenant lieu. La Cour d'appel s'exprime ainsi :

Paradoxalement, toutefois, le fait que le législateur, à l'article 2092 *C.c.Q.*, empêche ainsi le salarié de renoncer au délai de congé raisonnable ou à l'indemnité qui en tient lieu confirme qu'à défaut de cet empêchement, une telle renonciation est possible. Et c'est bien parce qu'elle l'est qu'on a voulu l'interdire au salarié. S'il en était autrement, en effet, il n'aurait pas été nécessaire d'édicter cet interdit.

Je note par ailleurs que, selon la jurisprudence, l'article 2092 *C.c.Q.* n'énonce pas une prohibition absolue : le salarié peut en effet renoncer au préavis que doit lui donner l'employeur qui résilie le contrat, et ce, à condition que cette renonciation survienne après la rupture du contrat et selon certaines exigences. Cela étant, je ne vois pas pourquoi il serait interdit à l'employeur de renoncer de son côté au préavis que lui donne le salarié démissionnaire, tout comme il me semblerait incongru de l'empêcher d'y renoncer par avance (par exemple par une stipulation contractuelle convenue au moment de la conclusion du contrat, qui permettrait au salarié de démissionner sans préavis). [Je souligne; italique dans l'original omis; par. 62-63.]

[58] Avec égards, ce raisonnement *a contrario* de la majorité de la Cour d'appel ne peut être retenu. Le fait que le législateur a édicté une mesure de protection en faveur du salarié à l'art. 2092 *C.c.Q.* démontre tout simplement que, sans cette disposition, il serait possible pour le salarié de dégager l'employeur de son obligation de payer une telle *indemnité*, notamment à l'étape de la négociation du contrat de travail. Il s'agit d'une possibilité que le législateur a voulu écarter en raison de la vulnérabilité du salarié par rapport à l'employeur.

[59] Comme l'art. 2092 *C.c.Q.* traite de la renonciation à *l'indemnité* à laquelle le salarié a droit dans les cas où le délai de congé est insuffisant (ou la résiliation faite de manière abusive), il est inexact de conclure que l'absence d'une disposition équivalente pour l'employeur signifie que ce dernier peut « renoncer » au *délai de congé* que lui donne

of termination received from the employee. The prohibition established in art. 2092 C.C.Q. does not imply — as the majority of the Court of Appeal suggest — that otherwise the possibility of renouncing the notice of termination of art. 2091 C.C.Q. is the “default” rule.

[60] With respect, I am of the opinion that the majority of the Court of Appeal erred in their analysis of art. 2092 C.C.Q. by confusing renunciation of the indemnity with renunciation of the notice of termination. This article cannot in fact preclude an employee from renouncing the notice of termination: specific performance cannot be required in the case of an *intuitu personae* contract. It is the monetary equivalent — the indemnity — that is at issue in art. 2092 C.C.Q.

(4) Notice of Termination or Agreement to Terminate the Contract

[61] The distinction between circumstances such as those in the instant case and circumstances in which an employee resigns effective immediately but nonetheless offers to keep working for a certain time should be accepted. This distinction seems to me to have legal consequences, and contrary to the majority of the Court of Appeal, I find that it is more than a [TRANSLATION] “question of semantics” (Court of Appeal’s reasons, at para. 73). Disregarding this distinction removes some flexibility from the analysis with respect to the termination of the employment relationship. Yes, the notice of termination is, until the notice period (and the contract) expires, an obligation for both the employer and the employee, but the two parties can very well agree, if they so wish, to terminate the contract immediately and thereby avoid the obligation to give notice of termination (see, e.g., *Commission des normes du travail v. Quesnel*, [1999] J.Q. n° 6966 (QL) (C.Q.)).

[62] An employee who tells the employer that he or she intends to resign effective immediately but who nonetheless offers to remain for a certain time must be aware and accept that the employer could renounce the right to notice of termination: if the employer does indeed want the employee to leave immediately, there is a meeting of minds and notice

le salarié. L’interdiction édictée à l’art. 2092 C.c.Q. ne sous-entend pas qu’autrement, comme le laisse entendre la majorité de la Cour d’appel, la possibilité de renoncer au délai de congé de l’art. 2091 C.c.Q. est la règle « par défaut ».

[60] Avec égards, je suis d’avis que la majorité de la Cour d’appel commet une erreur lorsqu’elle confond la renonciation à l’indemnité avec la renonciation au délai de congé dans son analyse de l’art. 2092 C.c.Q. Cette disposition ne saurait d’ailleurs empêcher un salarié de renoncer au délai de congé : on ne peut forcer en principe un individu à exécuter un contrat *intuitu personae* en nature. C’est l’équivalent en numéraire — l’indemnité — qui est visé à l’art. 2092 C.c.Q.

(4) Le délai de congé ou un accord en vue de mettre fin au contrat

[61] Il convient de retenir la distinction entre des circonstances comme celles de la présente espèce et celles où un salarié démissionne sur-le-champ en offrant néanmoins de rester à l’emploi pendant un certain temps. Cette distinction m’apparaît avoir une incidence juridique et, contrairement à la majorité de la Cour d’appel, je suis d’avis qu’elle va au-delà d’une « sémantique de circonstance » (motifs de la Cour d’appel, par. 73). Faire abstraction de cette distinction enlève une mesure de flexibilité à l’analyse relative à la fin de la relation de travail. Certes, le délai de congé est une obligation qui, jusqu’à son expiration (et jusqu’à expiration du contrat), incombe tant à l’employeur qu’au salarié, mais les deux parties peuvent par ailleurs très bien convenir, si elles le désirent, de mettre fin immédiatement au contrat, et ainsi se soustraire à l’obligation de donner un délai de congé (voir, à titre d’exemple, *Commission des normes du travail c. Quesnel*, [1999] J.Q. n° 6966 (QL) (C.Q.)).

[62] Le salarié qui avise son employeur qu’il entend démissionner sur-le-champ, mais offre néanmoins de rester un certain temps, doit comprendre et accepter que l’employeur peut ne pas se prévaloir du droit de recevoir un délai de congé : si l’employeur souhaite effectivement que le salarié quitte sur-le-champ, il y a rencontre des volontés, et le délai

of termination is unnecessary, since a contract for an indeterminate term can be terminated by agreement of the parties (art. 1439 *C.C.Q.*). In such a case, art. 2092 *C.C.Q.*, which precludes the employee from renouncing his or her right to obtain an indemnity, does not apply, since the termination of the employment does not then flow from a unilateral act by the employer. Nor would the indemnity provided for in ss. 82 and 83 of the *Act respecting labour standards* apply, since the termination of the contract would flow from an agreement between the parties: the employer could not be found to have terminated the contract.

[63] Thus, there is an important legal distinction between such a fact situation and the one at issue in the case at bar. I agree with the majority of the Court of Appeal that employees do not always express themselves perfectly clearly in announcing to their employer a decision — which will often have been difficult to make — to quit a job. But that does not eliminate the fundamental difference between the two situations.

(5) Practical Considerations

[64] I wish to point out that the decision of the majority of the Court of Appeal would have undesirable practical consequences. Employees — who are already vulnerable — would in fact face losing wages simply because they must comply with art. 2091 *C.C.Q.* if they want to terminate their contract of employment for an indeterminate term. Furthermore, such an outcome would be inconsistent with art. 2092 *C.C.Q.*, which expressly prohibits any advance renunciation by the employee of the indemnity for insufficient notice of termination. If some employees were to refuse to place themselves in a situation of vulnerability such as this, the decision of the majority of the Court of Appeal would encourage them to quit their jobs surreptitiously, without giving notice of termination to their employer.

[65] This result is of course not to be desired, as the majority of the Court of Appeal in fact wisely and properly acknowledged before suggesting that the legislature take action. Legislative intervention

de congé n'est pas nécessaire puisqu'un contrat à durée indéterminée peut prendre fin de l'accord des parties (art. 1439 *C.c.Q.*). Dans un tel cas, l'art. 2092 *C.c.Q.* — qui interdit au salarié de renoncer à son droit d'obtenir une indemnité — ne trouve pas application, puisque la fin de l'emploi n'est pas alors le fruit d'un acte unilatéral de l'employeur. De plus, il ne serait pas question de l'indemnité prévue aux art. 82 et 83 de la *Loi sur les normes du travail*, puisque la fin du contrat résulterait d'une entente entre les parties : il serait impossible de conclure que l'employeur a mis fin au contrat.

[63] Il existe donc une distinction juridique importante entre une telle situation factuelle et celle dont il est question en l'espèce. Je reconnais, à l'instar de la majorité de la Cour d'appel, que les salariés ne s'expriment pas toujours avec toute la clarté voulue lorsqu'ils communiquent à leur employeur leur décision par ailleurs souvent difficile de quitter leur emploi. Cela n'élimine pas pour autant la différence fondamentale entre les deux scénarios.

(5) Considérations d'ordre pratique

[64] Je tiens à souligner que les conséquences pratiques de la décision majoritaire de la Cour d'appel sont indésirables. Les salariés — qui sont déjà des parties vulnérables — seraient effectivement exposés au risque de perdre leur salaire du simple fait qu'ils doivent se conformer à l'art. 2091 *C.c.Q.* lorsqu'ils souhaitent mettre fin à leur contrat de travail à durée indéterminée. Qui plus est, cela fait fi de l'art. 2092 *C.c.Q.*, lequel interdit expressément toute renonciation à l'avance de la part du salarié à recevoir une indemnité en cas de délai de congé insuffisant. Si certains salariés refuseront de se placer dans une telle situation de vulnérabilité, la décision de la majorité de la Cour d'appel les encourage à quitter leur emploi subrepticement, sans donner de délai de congé à leur employeur.

[65] Ce résultat n'est certes pas souhaitable, et la majorité de la Cour d'appel le reconnaît d'ailleurs avec sagesse et justesse avant de suggérer l'intervention du législateur. Une intervention législative

is not needed, however, as such an outcome can be avoided adequately by interpreting the relevant provisions of the *Civil Code* and the *Act respecting labour standards* harmoniously.

C. *Application to the Facts of This Case*

[66] In this case, the circumstances of Mr. Guay's resignation were not ambiguous. When, on February 15, 2008, he gave his employer a letter in which he announced that he would be resigning effective March 7, 2008, Mr. Guay did not terminate his contract immediately: rather, he was complying with art. 2091 *C.C.Q.* and announcing to his employer that their contractual relationship would be terminated in the near future.

[67] From February 15, 2008 to March 7, 2008, both Mr. Guay and Asphalte Desjardins continued to be creditors and debtors of the obligations flowing from the contract of employment for an indeterminate term, which was to terminate on the latter date. When Asphalte Desjardins asked Mr. Guay to leave on February 19, 2008, it stopped performing its obligations under the contract of employment, namely those of allowing Mr. Guay to perform his work and paying his remuneration (art. 2087 *C.C.Q.*). Mr. Guay, on the other hand, was prepared to perform his work until March 7, 2008. In acting as it did, Asphalte Desjardins terminated the contract unilaterally without giving sufficient notice of termination, thereby defaulting on its obligation under art. 2091 *C.C.Q.*, and this had the effect of triggering the application of ss. 82 and 83 of the *Act respecting labour standards*.

[68] In this regard, it is irrelevant that Mr. Guay had already obtained another job and that the new employer had agreed to have him start working earlier in response to the decision of Asphalte Desjardins to advance the date of termination of the contract. As a general rule, absent fraud or conspiracy to injure, a third party — which is what Asphalte Desjardins was in relation to the contract of employment between Mr. Guay and his new employer — cannot take advantage of such a contract so as to be released from his or her own obligations (*Transforce inc. v. Baillargeon*, 2012 QCCA 1495, [2012] R.J.Q. 1626, at para. 75).

n'est cependant pas nécessaire car une interprétation concordante des dispositions pertinentes du *Code civil* et de la *Loi sur les normes du travail* permet d'éviter adéquatement un tel résultat.

C. *Application aux faits de l'espèce*

[66] En l'espèce, les circonstances entourant la démission de M. Guay n'étaient pas ambiguës. Le 15 février 2008, en remettant une lettre annonçant sa démission devant prendre effet le 7 mars 2008, M. Guay n'a pas mis fin au contrat immédiatement : il s'est plutôt conformé aux exigences de l'art. 2091 *C.c.Q.* et a annoncé à son employeur la fin de leur relation contractuelle dans un futur rapproché.

[67] À compter du 15 février 2008, et ce, jusqu'au 7 mars 2008, tant M. Guay qu'Asphalte Desjardins demeuraient créanciers et débiteurs des obligations découlant du contrat de travail à durée indéterminée, dont la fin était fixée au 7 mars 2008. En demandant à M. Guay de quitter le 19 février 2008, Asphalte Desjardins a cessé d'exécuter les obligations qui lui incombaient en vertu du contrat de travail : c'est-à-dire, permettre à M. Guay de fournir sa prestation de travail et le rémunérer (art. 2087 *C.c.Q.*). M. Guay était pourtant disposé à fournir sa prestation de travail jusqu'au 7 mars 2008. En agissant ainsi, Asphalte Desjardins a mis fin au contrat de façon unilatérale sans délai de congé suffisant, manquant ainsi à l'obligation que lui imposait l'art. 2091 *C.c.Q.*, et, par voie de conséquences, cela a déclenché l'application des art. 82 et 83 de la *Loi sur les normes du travail*.

[68] Il importe peu, à cet égard, que M. Guay ait déjà obtenu un autre emploi et que ce nouvel employeur ait accepté que celui-ci entre en fonction plus tôt, étant donné la décision d'Asphalte Desjardins de précipiter la fin du contrat. En règle générale, outre les cas de fraude ou de complot en vue de nuire, un tiers tel qu'Asphalte Desjardins par rapport au contrat de travail entre M. Guay et son nouvel employeur ne peut en tirer avantage et ainsi être libéré de ses propres obligations (*Transforce inc. v. Baillargeon*, 2012 QCCA 1495, [2012] R.J.Q. 1626, par. 75).

[69] On the basis of the minimum periods provided for in the second paragraph of s. 82 of the *Act respecting labour standards*, an employee who, like Mr. Guay, is credited with five to ten years of uninterrupted service is entitled to four weeks' notice if the employer terminates the contract of employment. Mr. Guay himself had given three weeks' notice, indicating clearly on February 15, 2008 that he would be quitting his job on March 7, 2008. That is what the Commission claimed on his behalf — an indemnity equivalent to three weeks' notice of termination. Thus, he did not claim the full indemnity provided for in ss. 82 and 83 of the *Act respecting labour standards*.

[70] Pelletier J.A. would have awarded an indemnity equivalent to three weeks' notice on the basis that the parties had reached a meeting of the minds: as of March 7, 2008, the termination of the contract of employment was no longer the result solely of a unilateral act of the employer, but flowed from an agreement of the parties (para. 45). This approach, although intuitively appealing, is problematic insofar as it attributes to the employer an intention to terminate the contract effective March 7, 2008. It is hard to accept this reasoning, given that Asphalté Desjardins clearly wanted Mr. Guay to leave on February 19, 2008.

[71] In my opinion, it is preferable to leave the question whether the notice period provided for in s. 82 of the *Act respecting labour standards* and the equivalent indemnity provided for in s. 83 are matters of directive or protective public order for another occasion. The scope of the Commission's action in this case is clearly defined, and this question was not properly argued in the courts below, nor did the parties raise it or make submissions with respect to it in this Court. I feel that it would in the circumstances be best to refrain from speaking to it.

V. Conclusion

[72] For the foregoing reasons, I would allow the appeal with costs. The Commission can claim on Mr. Guay's behalf an indemnity in lieu of notice

[69] Suivant les délais minimums prescrits au deuxième alinéa de l'art. 82 de la *Loi sur les normes du travail*, un salarié qui justifie de cinq à dix ans de service continu, comme M. Guay, a droit à un préavis de quatre semaines lorsque l'employeur met fin au contrat de travail. M. Guay avait lui-même donné un délai de congé de trois semaines, ayant clairement indiqué le 15 février 2008 qu'il quitterait ses fonctions le 7 mars 2008. C'est ce que réclame la Commission en son nom — une indemnité équivalente aux trois semaines de délai de congé. Il n'a donc pas réclamé la pleine indemnité prévue aux art. 82 et 83 de la *Loi sur les normes du travail*.

[70] Le juge Pelletier aurait accordé une indemnité équivalente à trois semaines en se basant sur la rencontre des volontés des parties : à partir du 7 mars 2008, ce n'était plus le seul geste unilatéral de l'employeur qui expliquait la fin du contrat d'emploi, mais bien l'accord des parties (par. 45). Bien qu'intuitivement séduisante, cette approche pose problème dans la mesure où elle attribue à l'employeur l'intention de mettre fin au contrat le 7 mars 2008. Or, il est difficile d'adhérer à ce raisonnement, car Asphalté Desjardins désirait clairement que M. Guay quitte le 19 février 2008.

[71] À mon avis, il est préférable de laisser pour plus tard la question de décider si la durée du préavis prévue à l'art. 82 de la *Loi sur les normes du travail*, et l'indemnité équivalente à l'art. 83, relèvent de l'ordre public de direction ou de protection. La demande de la Commission devant nous est bien circonscrite et cette question n'a pas fait l'objet d'un débat en bonne et due forme devant les instances judiciaires et n'a pas été soulevée ni plaidée par les parties devant la Cour. Il ne m'apparaît pas opportun, dans les circonstances, de se prononcer sur cet aspect.

V. Conclusion

[72] Pour les motifs qui précèdent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi avec dépens. La Commission peut réclamer pour M. Guay une indemnité de délai

of termination equivalent to three weeks' salary, together with the amount due in respect of annual leave, in accordance with the total amount determined by the trial judge.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellant: Rivest, Tellier, Paradis, Montréal.

Solicitors for the respondent: Claude J. Denis, Laval; Deveau, Bourgeois, Gagné, Hébert & associés, Gatineau.

de congé équivalente à trois semaines de salaire, ainsi que la somme due au titre du congé annuel, le tout conformément au montant total déterminé par le juge de première instance.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureurs de l'appelante : Rivest, Tellier, Paradis, Montréal.

Procureurs de l'intimée : Claude J. Denis, Laval; Deveau, Bourgeois, Gagné, Hébert & associés, Gatineau.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Nelson Lloyd Hart *Respondent*

and

**Director of Public Prosecutions of Canada,
Attorney General of Ontario,
Directeur des poursuites criminelles
et pénales du Québec,
Attorney General of British Columbia,
Association in Defence of the
Wrongly Convicted, British Columbia
Civil Liberties Association,
Criminal Lawyers' Association of Ontario,
Canadian Civil Liberties Association and
Association des avocats de la défense
de Montréal** *Intervenants*

INDEXED AS: R. v. HART

2014 SCC 52

File No.: 35049.

2013: December 3; 2014: July 31.

Present: McLachlin C.J. and LeBel, Abella, Cromwell,
Moldaver, Karakatsanis and Wagner JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
NEWFOUNDLAND AND LABRADOR

Criminal law — Evidence — Admissibility — Confessions — “Mr. Big” confessions — Accused confessing to murdering his two young daughters at end of lengthy Mr. Big operation — Whether new common law rule of evidence should be developed to determine admissibility of Mr. Big confessions — Whether accused’s confessions should be excluded.

Courts — Proceedings — Open court principle — Accused requesting to testify with public excluded from courtroom — Trial judge refusing request — Whether exclusion order in interests of proper administration of justice — Whether failure to accommodate request necessitates new trial — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 486(1).

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Nelson Lloyd Hart *Intimé*

et

**Directeur des poursuites pénales du Canada,
procureur général de l’Ontario,
directeur des poursuites criminelles
et pénales du Québec, procureur général
de la Colombie-Britannique,
Association in Defence of the
Wrongly Convicted, Association des libertés
civiles de la Colombie-Britannique,
Criminal Lawyers’ Association of Ontario,
Association canadienne des libertés civiles et
Association des avocats de la défense
de Montréal** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : R. c. HART

2014 CSC 52

N° du greffe : 35049.

2013 : 3 décembre; 2014 : 31 juillet.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges LeBel,
Abella, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis et Wagner.

EN APPEL DE LA COUR D’APPEL DE TERRE-
NEUVE-ET-LABRADOR

Droit criminel — Preuve — Admissibilité — Aveux — Aveux issus d’une opération « Monsieur Big » — Aveu par l’accusé du meurtre de ses deux fillettes au terme d’une longue opération Monsieur Big — Y a-t-il lieu d’établir une nouvelle règle de preuve en common law pour statuer sur l’admissibilité d’aveux issus d’une opération « Monsieur Big »? — Y a-t-il lieu d’exclure les aveux de l’accusé?

Tribunaux — Procédure — Publicité des débats — Demande de l’accusé de témoigner à huis clos — Refus du juge du procès d’accéder à la demande — Était-il dans l’intérêt de la bonne administration de la justice d’exclure le public de la salle d’audience? — L’omission d’accorder la mesure demandée commande-t-elle la tenue d’un nouveau procès? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 486(1).

H's twin daughters drowned on August 4, 2002. The police immediately suspected that H was responsible for their deaths. However, they lacked the evidence needed to charge him. As a result, two years after the drowning, undercover officers began a "Mr. Big" operation by recruiting H into a fictitious criminal organization. At the time, H was unemployed and socially isolated — he rarely left home and when he did, he was in the company of his wife. After he was recruited to the organization, H worked with the undercover officers and was quickly befriended by them. Over the next four months, H participated in 63 "scenarios" with the undercover officers and was paid more than \$15,000 for the work that he did for the organization. As part of that work, H was also sent on several trips across Canada — to Halifax, Montreal, Ottawa, Toronto and Vancouver. H often stayed in hotels and occasionally dined in expensive restaurants during these trips, all at the fictitious organization's expense. Over time, the undercover officers became H's best friends and H came to view them as his brothers. According to one of the undercover officers, during this time frame, H made a bald statement in which he confessed to having drowned his daughters.

The operation culminated with a meeting akin to a job interview between H and "Mr. Big", the man purportedly at the helm of the criminal organization. During their meeting, Mr. Big interrogated H about the death of his daughters, seeking a confession from him. After initially denying responsibility, H confessed to drowning his daughters. Two days later, H went to the scene of the drowning with an undercover officer and explained how he had pushed his daughters into the water. He was arrested shortly thereafter.

At trial, H's confessions were admitted into evidence. The trial judge denied H's request for permission to testify with the public excluded from the courtroom. A majority of the Court of Appeal allowed H's appeal and ordered a new trial. The Court of Appeal unanimously held that the trial judge erred in refusing to allow H to testify outside the presence of the public. A majority of the court also concluded that the Mr. Big operation had breached H's right to silence under s. 7 of the *Charter*. The majority excluded two of H's confessions, the one to Mr. Big and the one to the undercover officer at the scene of the drowning. However, the majority concluded that H's bald confession was admissible and ordered a new trial.

Held: The appeal should be dismissed.

Les filles jumelles de H se sont noyées le 4 août 2002. Les policiers ont immédiatement soupçonné H d'être responsable de leurs décès. Or, ils ne disposaient pas de la preuve nécessaire pour l'inculper. C'est pourquoi deux ans après les noyades, des agents banalisés ont entrepris une opération « Monsieur Big » en amenant H à se joindre à une organisation criminelle fictive. H était alors sans emploi et isolé socialement; il quittait rarement la maison et, lorsqu'il le faisait, c'était en compagnie de sa femme. Après son recrutement par l'organisation, H a commencé à travailler avec les agents banalisés et s'est rapidement lié d'amitié avec eux. Au cours des quatre mois qui ont suivi, il a pris part à 63 « scénarios » avec les agents et l'organisation l'a rémunéré à raison de plus de 15 000 \$. Dans le cadre de son travail, H était aussi appelé à voyager à la grandeur du Canada et il s'est notamment rendu à Halifax, Montréal, Ottawa, Toronto et Vancouver. Il séjournait souvent à l'hôtel et mangeait parfois dans de coûteux restaurants, toujours aux frais de l'organisation fictive. Avec le temps, les agents sont devenus les meilleurs amis de H, qui en est arrivé à les considérer comme ses frères. Selon l'un des agents, pendant le déroulement de l'opération, H a fait une simple déclaration dans laquelle il a avoué avoir noyé ses filles.

L'opération a atteint son point culminant lors de la rencontre — semblable à un entretien d'embauche — entre H et « Monsieur Big », lequel était censé être à la tête de l'organisation. Pendant l'entretien, Monsieur Big a interrogé H sur le décès de ses filles et il a cherché à obtenir un aveu de sa part. Après avoir initialement nié toute responsabilité, H a avoué avoir noyé les fillettes. Deux jours plus tard, il s'est rendu sur le lieu des noyades en compagnie d'un agent et il lui a montré comment il avait poussé les victimes à l'eau. Il a été arrêté peu après.

Au procès, les aveux de H ont été admis en preuve. Le juge a rejeté sa demande visant l'exclusion du public de la salle d'audience pendant son témoignage. Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont accueilli l'appel de H et ordonné un nouveau procès. La Cour d'appel a unanimement estimé que le juge du procès avait eu tort de rejeter la demande de H de témoigner à huis clos. Ses juges majoritaires ont conclu que l'opération Monsieur Big avait porté atteinte au droit de H de garder le silence garanti par l'art. 7 de la *Charte*. Ils ont exclu deux des aveux de H, celui à Monsieur Big et celui fait à l'agent sur le lieu des noyades. Ils ont cependant opiné que la simple déclaration de H était admissible et ont ordonné un nouveau procès.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

Per McLachlin C.J. and LeBel, Abella, Moldaver and Wagner JJ.: There is agreement with the Court of Appeal that, in the circumstances of this case, H should have been allowed to testify outside the presence of the public.

The Mr. Big technique is a Canadian invention. Although a version of the technique appears to have been used more than a century ago, its modern use began in the 1990s and, by 2008, it had been used by police across Canada more than 350 times. The technique, used only in cases involving serious unsolved crimes, has secured confessions and convictions in hundreds of cases. The confessions wrought by the technique are often detailed and confirmed by other evidence.

However, the Mr. Big technique comes at a price. Suspects confess to Mr. Big during pointed interrogations in the face of powerful inducements and sometimes veiled threats — and this raises the spectre of unreliable confessions. Unreliable confessions provide compelling evidence of guilt and present a clear and straightforward path to conviction. In other contexts, they have been responsible for wrongful convictions — a fact we cannot ignore.

Mr. Big confessions are also invariably accompanied by evidence that shows the accused willingly participated in “simulated crime” and was eager to join a criminal organization. This evidence sullies the accused’s character and, in doing so, carries with it the risk of prejudice.

Experience in Canada and elsewhere teaches that wrongful convictions are often traceable to evidence that is either unreliable or prejudicial. When the two combine, they make for a potent mix — and the risk of a wrongful conviction increases accordingly. Wrongful convictions are a blight on our justice system. We must take reasonable steps to prevent them before they occur.

Mr. Big operations also run the risk of becoming abusive. Undercover officers provide their targets with inducements, including cash rewards, to encourage them to confess. They also cultivate an aura of violence by showing that those who betray the criminal organization are met with violence. There is a risk these operations may become coercive. Thought must be given to the kinds of police tactics we, as a society, are prepared to condone in pursuit of the truth.

Under existing law, Mr. Big confessions are routinely admitted under the party admissions exception to the hearsay rule. Attempts to extend existing legal protections

La juge en chef McLachlin et les juges LeBel, Abella, Moldaver et Wagner : La Cour d’appel a eu raison de statuer que, dans les circonstances de l’espèce, H aurait dû pouvoir témoigner à huis clos.

La technique d’enquête Monsieur Big est une invention canadienne. Sa première ébauche paraît remonter à plus d’un siècle, mais sa version moderne date des années 1990 et, jusqu’à 2008, la technique avait été utilisée plus de 350 fois au Canada. Réservée aux crimes graves non résolus, la technique a permis d’obtenir des aveux puis des déclarations de culpabilité dans des centaines de dossiers. Les aveux obtenus sont souvent étoffés et confirmés par d’autres éléments de preuve.

Or, la méthode a un revers. Le suspect se confie à Monsieur Big au cours d’un interrogatoire serré où il est soumis à de fortes pressions, parfois même à des menaces voilées, ce qui comporte le risque d’un aveu non digne de foi. L’aveu non digne de foi constitue une preuve convaincante de culpabilité et offre une voie claire et directe vers une déclaration en ce sens. On ne saurait ignorer que, dans d’autres contextes, des aveux non dignes de foi ont mené à des déclarations de culpabilité injustifiées.

L’aveu issu d’une opération Monsieur Big s’accompagne invariablement d’éléments qui attestent que l’accusé a participé de son plein gré à un « crime simulé » et qu’il a vivement souhaité faire partie d’une organisation criminelle. Ces éléments de preuve entachent la moralité de l’accusé et risquent de ce fait de lui porter préjudice.

Au Canada et à l’étranger, l’expérience enseigne qu’une déclaration de culpabilité injustifiée découle souvent d’une preuve non digne de foi ou préjudiciable. Lorsque ces deux caractéristiques sont réunies, l’effet est décuplé, tout comme le risque de déclaration de culpabilité injustifiée. Les déclarations de culpabilité injustifiées déconsidèrent le système de justice, et des mesures raisonnables s’imposent pour les prévenir.

L’opération Monsieur Big comporte également un risque d’abus. L’agent banalisé offre au suspect des gratifications, notamment sous forme d’argent, pour l’amener à avouer. Il fait régner un climat empreint de brutalité en montrant que celui qui trahit l’organisation criminelle s’expose à des actes de violence. L’opération peut devenir coercitive. Il faut se pencher sur le genre de stratégie policière que la société est disposée à tolérer dans la recherche de la vérité.

Dans l’état actuel du droit, les aveux obtenus grâce à une opération Monsieur Big sont couramment admis en preuve sur le fondement de l’exception à la règle du

to Mr. Big operations have failed. This Court has held that Mr. Big operations do not engage the right to silence because the accused is not detained by the police at the time he or she confesses. And the confessions rule — which requires the Crown to prove an accused’s statement to a person in authority is “voluntary” — is inoperative because the accused does not know that Mr. Big is a police officer when he confesses.

In sum, the law as it stands provides insufficient protection to accused persons who confess during Mr. Big operations. A two-pronged response is needed to address the concerns with reliability, prejudice and police misconduct raised by these operations.

The first prong requires recognizing a new common law rule of evidence. Under this rule, where the state recruits an accused into a fictitious criminal organization and seeks to elicit a confession from him, any confession made by the accused to the state during the operation should be treated as presumptively inadmissible. This presumption of inadmissibility is overcome where the Crown can establish, on a balance of probabilities, that the probative value of the confession outweighs its prejudicial effect.

The probative value of a Mr. Big confession is a function of its reliability. In assessing the reliability of a Mr. Big confession, courts must first look to the circumstances in which the statement was made. These circumstances include — but are not strictly limited to — the length of the operation, the number of interactions between the police and the accused, the nature of the relationship between the undercover officers and the accused, the nature and extent of the inducements offered, the presence of any threats, the conduct of the interrogation itself, and the personality of the accused, including his or her age, sophistication and mental health. The question for the trial judge is whether and to what extent the reliability of the confession has been called into doubt by the circumstances in which it was made.

After considering the circumstances in which the confession was made, the court should look to the confession itself for markers of reliability. Trial judges should consider the level of detail contained in the confession, whether it leads to the discovery of additional evidence, whether it identifies any elements of the crime that have not been made public, or whether it accurately describes mundane details of the crime the accused would likely

ouï-dire qui s’applique aux déclarations de l’intéressé. On a tenté en vain d’opposer les garanties juridiques existantes aux aveux issus d’opérations Monsieur Big. La Cour a statué qu’une telle opération ne met pas en jeu le droit de l’accusé de garder le silence car il n’est pas détenu par la police au moment où il avoue. La règle des confessions, selon laquelle le ministère public est tenu de prouver le caractère « volontaire » de la déclaration de l’accusé à une personne en situation d’autorité, ne s’applique pas non plus parce que, lorsqu’il avoue, l’accusé ne sait pas que Monsieur Big est policier.

En somme, le droit actuel n’offre pas de protection suffisante à l’accusé qui avoue un crime dans le cadre d’une opération Monsieur Big. Une démarche à deux volets s’impose pour contrer les risques liés à la fiabilité, au préjudice et au comportement policier répréhensible que comporte pareille opération.

Le premier volet consacre une nouvelle règle de preuve en common law suivant laquelle, lorsque l’État amène une personne à se joindre à une organisation criminelle fictive et qu’il tente d’obtenir d’elle un aveu, l’aveu alors recueilli est présumé inadmissible. Cette présomption d’inadmissibilité est réfutée si le ministère public prouve, selon la prépondérance des probabilités, que la valeur probante de l’aveu l’emporte sur son effet préjudiciable.

La valeur probante de l’aveu issu d’une opération Monsieur Big tient à sa fiabilité. Apprécier la fiabilité d’un tel aveu exige du tribunal qu’il examine d’abord les circonstances dans lesquelles il est intervenu, dont la durée de l’opération, le nombre d’interactions entre les policiers et l’accusé, la nature de la relation qui s’est tissée entre les agents banalisés et l’accusé, la nature des incitations et leur importance, le recours à des menaces, la conduite de l’interrogatoire, ainsi que la personnalité de l’accusé, y compris son âge, ses connaissances et son état de santé mentale. Le juge du procès doit se demander si les circonstances permettent de douter de la fiabilité de l’aveu et, si oui, dans quelle mesure.

Après l’examen des circonstances de l’aveu, le juge du procès doit rechercher dans l’aveu même des indices de sa fiabilité. Il doit tenir compte du caractère plus ou moins détaillé de l’aveu, du fait qu’il a mené ou non à la découverte d’autres éléments de preuve, de la mention de modalités du crime non révélées au public ou du fait qu’il décrit fidèlement ou non certaines données anodines que l’accusé n’aurait pas connues s’il n’avait pas commis

not know had he or she not committed it. Confirmatory evidence is not a hard and fast requirement, but where it exists, it can provide a powerful guarantee of reliability. The greater the concerns raised by the circumstances in which the confession was made, the more important it will be to find markers of reliability in the confession itself or the surrounding evidence.

Weighing the prejudicial effect of a Mr. Big confession is a more straightforward and familiar exercise. Trial judges must be aware that admitting Mr. Big confessions creates a risk of moral and reasoning prejudice. With respect to moral prejudice, the jury learns that the accused wanted to join a criminal organization and committed a host of “simulated crimes” that he believed were real. Moral prejudice may increase with operations that involve the accused in simulated crimes of violence, or that demonstrate the accused has a past history of violence. As for reasoning prejudice — defined as the risk that the jury’s focus will be distracted away from the charges before the court — it too can pose a problem depending on the length of the operation, the amount of time that must be spent detailing it, and any controversy as to whether a particular event or conversation occurred. However, the risk of prejudice can be mitigated by excluding certain pieces of particularly prejudicial evidence that are unessential to the narrative, or by providing limiting instructions to the jury.

In the end, trial judges must weigh the probative value and the prejudicial effect of the confession at issue and decide whether the Crown has met its burden. Because trial judges, after assessing the evidence before them, are in the best position to conduct this exercise, their decision to admit or exclude a Mr. Big confession will be afforded deference on appeal.

This new common law rule of evidence goes a long way toward addressing the concerns with reliability, prejudice, and police misconduct that are raised by Mr. Big operations. It squarely tackles the problems with reliability and prejudice. In addition, it takes account of police misconduct both by placing the admissibility onus on the Crown and by factoring the conduct of the police into the assessment of a Mr. Big confession’s probative value. However, the common law rule of evidence I have proposed does not provide a complete response to the problems raised by Mr. Big operations. On its own,

the crime. Une preuve de corroboration n’est pas absolument nécessaire, mais lorsqu’elle existe, elle peut offrir une solide garantie de fiabilité. Plus les circonstances de l’aveu soulèvent des doutes, plus il importe de trouver des indices de fiabilité dans l’aveu même ou dans l’ensemble de la preuve.

Apprécier l’effet préjudiciable de l’aveu issu d’une opération Monsieur Big constitue une entreprise relativement simple et plutôt familière. Le juge du procès doit être conscient du risque que l’admission de l’aveu inflige à l’accusé un préjudice moral ou un préjudice par raisonnement. En ce qui concerne le préjudice moral, le jury apprendra que l’accusé a voulu faire partie d’une organisation criminelle et qu’il a commis nombre de « crimes simulés » qu’il croyait réels. La gravité du préjudice moral pourra s’accroître dans le cas d’une opération qui aura comporté la participation de l’accusé à des crimes violents simulés ou qui aura révélé que l’accusé avait des antécédents de violence. En ce qui a trait au préjudice par raisonnement, à savoir le risque que le jury ne s’en tienne pas aux accusations sur lesquelles il doit se prononcer, un problème pourra également se poser selon la durée de l’opération et le temps requis pour en donner le détail, et selon que les parties conviennent ou non de l’existence d’un événement ou d’une conversation en particulier. En revanche, il est possible d’atténuer le risque de préjudice par l’exclusion de certains éléments particulièrement préjudiciables qui ne sont pas essentiels au récit des faits ou par la communication de directives restrictives au jury.

Enfin, le juge du procès doit mettre en balance la valeur probante de l’aveu et son effet préjudiciable, puis déterminer si le ministère public s’est acquitté de sa charge de preuve. Étant donné que, après examen de la preuve offerte, le juge du procès est le plus à même de mener à bien cette entreprise, le tribunal d’appel devra faire preuve de déférence à l’égard de sa décision d’admettre ou non l’aveu issu de l’opération Monsieur Big.

La nouvelle règle de preuve en common law répond en grande partie aux préoccupations que soulève l’opération Monsieur Big au chapitre de la fiabilité, du préjudice et du comportement policier répréhensible. Elle s’attaque sans détour aux problèmes que présente l’opération sur les plans de la fiabilité de l’aveu et du préjudice infligé par son admission. Elle tient aussi compte du comportement répréhensible des policiers par l’obligation qu’elle fait au ministère public de démontrer l’admissibilité de l’aveu et par l’attention qu’elle porte au comportement policier pour déterminer la valeur probante de l’aveu. La nouvelle

it might suggest that abusive police conduct will be forgiven so long as a demonstrably reliable confession is ultimately secured.

The second prong of the response fills this gap by relying on the doctrine of abuse of process. The doctrine of abuse of process is intended to guard against state misconduct that threatens the integrity of the justice system and the fairness of trials.

Trial judges must be aware that Mr. Big operations can become abusive. It is of course impossible to set out a precise formula for determining when a Mr. Big operation will reach that threshold. But there is one guideline that can be suggested. In conducting an operation, the police cannot be permitted to overcome the will of the accused and coerce a confession. This would almost certainly amount to an abuse of process. While violence and threats of violence are two forms of unacceptable coercion, operations that prey on an accused's vulnerabilities, such as mental health problems, substance addictions, or youthfulness, can also become unacceptable.

Unsurprisingly, the trial judge did not apply this two pronged framework in determining the admissibility of H's confessions. Nor did the parties address it in the courts below or before this Court. Nonetheless, this Court is in a position to decide whether the respondent's confessions were properly admitted. Although a new rule has emerged, the issues have not changed: the reliability of H's confessions, their potential for prejudice, and the conduct of the police in carrying out this Mr. Big operation have been in issue from the outset. The parties have addressed these issues, and there is a substantial record before us. These proceedings have also been difficult and protracted. More than a decade has passed since H's daughters died. Ordering a new trial and leaving the admissibility of H's confessions to be determined by a new trial judge would be tantamount to sending this case back to square one. That would not be in the interests of justice.

Applying the new common law rule to the three confessions attributed to H, it is apparent that their probative value does not outweigh their prejudicial effect. At the time the operation began, H was unemployed and socially isolated. The operation had a transformative effect on his life, lifting him out of poverty and providing him

règle de preuve proposée ne résout cependant pas tous les problèmes liés à l'opération Monsieur Big. Appliquée seule, elle peut donner à penser que le comportement répréhensible des policiers sera toléré si un aveu dont on peut démontrer qu'il est digne de foi est finalement obtenu.

Le second volet de la démarche remédie à cette éventualité par le recours à la doctrine de l'abus de procédure, qui vise à protéger l'intégrité du système de justice et l'équité du procès contre le comportement répréhensible de l'État.

Le juge du procès doit être conscient qu'une opération Monsieur Big peut devenir abusive. Il est évidemment impossible de recourir à une formule précise pour déterminer à quel moment une opération Monsieur Big devient abusive, mais une ligne directrice peut être avancée. Les policiers qui mènent une telle opération ne sauraient être autorisés à venir à bout de la volonté de l'accusé et à contraindre ainsi ce dernier à avouer, ce qui équivaldrait presque assurément à un abus de procédure. La violence et la menace d'y recourir constituent deux formes de contrainte inadmissible, et une opération peut être abusive pour d'autres raisons. L'opération qui mise sur les points vulnérables de l'accusé — tels ses problèmes de santé mentale, sa toxicomanie ou sa jeunesse — peut aussi devenir inacceptable.

Le juge du procès n'a évidemment pas eu recours à cette démarche à deux volets pour statuer sur l'admissibilité des aveux de H. Les parties ne l'ont pas invoquée directement non plus devant les juridictions inférieures et devant notre Cour. Néanmoins, la Cour est en mesure de décider si les aveux de H ont été admis en preuve à bon droit. Une nouvelle règle s'applique, mais les questions soulevées demeurent. La fiabilité des aveux de H, leur effet préjudiciable éventuel et la conduite des policiers lorsqu'ils ont mené l'opération Monsieur Big sont objets de litige depuis le début. Les parties se sont exprimées sur ces questions, et le dossier de la Cour est volumineux. L'instance a été longue et difficile. Plus d'une décennie s'est écoulée depuis la mort des filles de H. Ordonner un nouveau procès et laisser à un nouveau juge le soin de décider si les aveux de H sont admissibles ou non équivaut à tout reprendre depuis le début, ce qui ne servirait pas les intérêts de la justice.

Au regard de la nouvelle règle de preuve en common law, il est manifeste que la valeur probante des trois aveux attribués à H ne l'emporte pas sur leur caractère préjudiciable. Au début de l'opération, H était sans emploi et isolé socialement. L'opération a transformé sa vie, l'a sorti de la pauvreté et lui a fait nouer des amitiés

with illusory friendships. These financial and social inducements provided H with an overwhelming incentive to confess — either truthfully or falsely.

Nor do the confessions themselves contain any markers of reliability that are capable of restoring faith in their reliability. The confessions contain internal contradictions, and there is no confirmatory evidence capable of verifying any of the details contained within the confessions. When the circumstances in which the respondent's confessions were made are considered alongside their internal inconsistencies and the lack of any confirmatory evidence, their reliability is left in serious doubt.

On the other hand, these confessions — like all Mr. Big confessions — carried with them an obvious potential for prejudice. The jury heard extensive evidence that for four months H devoted himself to trying to join a criminal organization and that he repeatedly participated in what he thought were criminal acts. It is easy to see how the jury could come to view H with disdain. Here was a man who bragged about killing his three-year-old daughters to gain the approval of criminals. The potential for prejudice in these circumstances was significant.

On balance, the Crown has not met its onus. The probative value of H's confessions does not outweigh their prejudicial effect. Put simply, these confessions are not worth the risk they pose. It would be unsafe to rest a conviction on this evidence. It is accordingly unnecessary to decide whether the police conduct amounted to an abuse of process.

Having excluded H's confessions from evidence, it is doubtful whether any admissible evidence remains upon which a jury, properly instructed and acting reasonably, could convict H of murder. However, the final decision on how to proceed rests with the Crown.

Per Cromwell J.: There is agreement with the majority's analysis of the legal framework that ought to apply to statements obtained from accused persons as a result of Mr. Big operations. However, the admissibility of H's statements to the undercover officers ought to be determined at a new trial where the judge and the parties would have the benefit of the new framework set out in the majority's reasons.

Per Karakatsanis J.: Confessions to state agents raise particular dangers for the criminal justice system. The

factices. Ces gratifications financières et sociales l'ont irrésistiblement poussé à faire des aveux, vrais ou faux.

Les aveux ne renferment pas d'indices de fiabilité susceptibles de les rendre dignes de foi. Ils comportent des incohérences, et nul élément de corroboration ne permet de vérifier leur véracité en détail. Lorsqu'on examine les circonstances des aveux en regard de leurs incohérences et de l'absence de toute preuve de corroboration, leur fiabilité soulève de sérieux doutes.

Par ailleurs, comme tout aveu issu d'une opération Monsieur Big, les aveux de H comportent un risque manifeste de préjudice. Les jurés ont entendu de nombreux témoignages suivant lesquels, pendant quatre mois, H a consacré ses efforts à tenter de se joindre à une organisation criminelle et il a participé maintes fois à ce qu'il croyait être des actes criminels. On conçoit aisément que le jury puisse arriver à considérer H avec mépris. Voilà un homme qui se vante d'avoir tué ses fillettes de trois ans afin d'impressionner des criminels. Dans ces circonstances, le risque de préjudice est important.

Le ministère public ne s'est pas acquitté de sa charge de preuve selon la prépondérance des probabilités. L'effet préjudiciable des aveux de H l'emporte sur leur valeur probante. En somme, ces aveux ne valent pas le risque qu'ils font courir. Il serait périlleux de fonder une déclaration de culpabilité sur eux. Il n'est donc pas nécessaire de décider si le comportement des policiers a constitué un abus de procédure.

Puisque les aveux de H sont exclus de la preuve, on peut douter qu'un élément de preuve admissible permette encore à un jury ayant reçu des directives appropriées et agissant de manière raisonnable de déclarer H coupable de meurtre. Cependant, la décision finale quant à la suite de l'instance appartient au ministère public.

Le juge Cromwell : Les juges majoritaires font une juste analyse du cadre juridique qui devrait s'appliquer aux déclarations obtenues d'un accusé à l'issue d'une opération Monsieur Big. Il convient cependant de statuer sur l'admissibilité des déclarations de H aux agents banalisés dans le cadre d'un nouveau procès, le juge et les parties disposant alors du nouveau cadre établi dans les motifs des juges majoritaires.

La juge Karakatsanis : L'aveu à un agent de l'État présente des risques particuliers pour le système de

very structure of Mr. Big operations creates circumstances that (1) compromise the suspects' autonomy, (2) undermine the reliability of confessions, and (3) raise concerns about abusive state conduct. Yet, Mr. Big confessions are not caught by the traditional rules governing confessions to the state, such as the confessions rule or the right to silence. The common law rule proposed by the majority fails to consistently take into account broader concerns that arise when state agents generate a confession at a cost to human dignity, personal autonomy and the administration of justice. The principle against self-incrimination, under s. 7 of the *Charter*, provides comprehensive and flexible protection in such circumstances.

The principle against self-incrimination provides the appropriate analytical framework for several reasons. First, Mr. Big operations directly engage the individual privacy, autonomy and dignity interests that the principle is meant to protect. Second, this approach draws on existing jurisprudence concerning the principle against self-incrimination, making it unnecessary to create a new rule. Third, the principle provides an opportunity to weigh intertwined concerns about reliability, autonomy and state conduct together in a nuanced way. Finally, it addresses suspects' rights both during the operation and at trial.

In *R. v. White*, [1999] 2 S.C.R. 417, this Court identified four factors for determining whether the principle against self-incrimination has been violated by the production or use of a suspect's statements: adversarial relationship; coercion; reliability; and abuse of state power. While these factors should be considered together, each emphasizes a particular legal interest.

The onus will be on the accused to establish a *prima facie* breach of the principle against self-incrimination. To do so, the accused must show that concerns about autonomy, reliability, and police conduct exist, as they will in nearly every Mr. Big operation. In such circumstances, the burden will shift to the Crown to establish that there is no breach.

As concerns the first factor, the relationship between H and the state was adversarial. As in any Mr. Big operation, the police deliberately set out to obtain a confession from him.

As for the second factor, coercion is primarily concerned with the autonomy and dignity of the suspect

justice pénale. De par sa conception même, l'opération Monsieur Big crée des conditions qui (1) compromettent l'autonomie du suspect, (2) minent la fiabilité de l'aveu et (3) font craindre le comportement abusif de l'État. L'aveu issu d'une opération Monsieur Big n'est cependant pas soumis aux règles qui s'appliquent habituellement aux aveux à l'État, comme la règle des confessions ou le droit de garder le silence. La règle de common law que proposent les juges majoritaires ne tient pas systématiquement compte des préoccupations plus larges que soulève l'aveu obtenu par un représentant de l'État au détriment de la dignité humaine, de l'autonomie de la personne et de l'administration de la justice. Le principe interdisant l'auto-incrimination garanti par l'art. 7 de la *Charte* permet de se prémunir à tous égards et avec souplesse contre ces risques.

Le principe interdisant l'auto-incrimination offre le bon cadre d'analyse pour plusieurs raisons. Premièrement, l'opération Monsieur Big fait directement intervenir les droits à la vie privée, à l'autonomie de la personne et à la dignité humaine que le principe vise à défendre. Deuxièmement, l'approche s'appuie sur la jurisprudence relative à l'application du principe, de sorte que point n'est besoin de créer une nouvelle règle. Troisièmement, le principe permet d'apprécier de manière globale et nuancée des considérations étroitement liées concernant la fiabilité, l'autonomie et le comportement de l'État. Enfin, il protège les droits du suspect aussi bien pendant l'opération qu'au procès.

Dans *R. c. White*, [1999] 2 R.C.S. 417, la Cour fait état de quatre éléments à considérer pour déterminer si la production ou l'utilisation des déclarations du suspect portent atteinte au principe interdisant l'auto-incrimination : une relation de nature contradictoire, la contrainte, la fiabilité et l'abus du pouvoir de l'État. Même s'ils doivent être considérés ensemble, chacun s'attache à un intérêt juridique particulier.

Il appartient à l'accusé de démontrer l'atteinte *prima facie* au principe interdisant l'auto-incrimination. Il doit alors établir que des craintes touchant à l'autonomie, à la fiabilité et à la conduite policière existent, ce qui sera le cas de la quasi-totalité des opérations Monsieur Big. Dès lors, il incombera au ministère public de prouver qu'il n'a pas été porté atteinte au principe.

En ce qui concerne le premier élément, la relation entre H et l'État était de nature contradictoire. Comme dans toute opération Monsieur Big, la police a délibérément cherché à obtenir un aveu du suspect.

Quant au deuxième élément, la contrainte intéresse principalement l'autonomie et la dignité du suspect et

and asks whether the suspect had a choice to speak to the authorities. There will almost always be some degree of coercion in a Mr. Big operation. The court should consider: the magnitude and duration of the operation, any explicit or implied threats used, any financial, social or emotional inducements applied, and the characteristics of the suspect, including any mental, physical, social or economic disadvantages. This approach protects the autonomy of the suspect.

In this case, the trial judge concentrated on the lack of violent coercion during the operation, but did not consider the effect of the financial and social inducements on H. These inducements were significant by anyone's measure, but must be viewed as more seriously infringing H's autonomy interests, given his extreme poverty and social isolation as well as his lack of education. The deceit employed was extensive. By preying on his vulnerabilities to such a degree, the police deprived H of meaningful choice about whether to give an incriminating statement to Mr. Big.

The reliability enquiry focuses on the trustworthiness of any statement obtained. The court must execute a gatekeeper function in assessing the risk of a false confession and corroborating evidence will usually be a prerequisite to admission. This function is important because juries often struggle to properly assess the ultimate reliability of Mr. Big confessions. They find it difficult to believe that someone would confess to a crime that he or she did not commit and are loath to disregard a confession even where it is known to be coerced. This danger is compounded by the criminal propensity evidence generated during a Mr. Big investigation. An accused must either let the confession stand or explain that he or she made it to continue their new criminal lifestyle. Thus, confessions made to Mr. Big are particularly hazardous and the judge must evaluate their threshold reliability to satisfy the principle against self-incrimination. Generally, an uncorroborated, unverified confession will not be sufficiently reliable and will be inadmissible. However, the inverse does not necessarily hold. The principle against self-incrimination is not solely concerned with ensuring reliable statements; even true statements may be excluded if they were obtained through coercion that overrode the suspect's autonomy interest.

In this case, H had every incentive to confess, whether he committed the crime or not. Not only was his final confession uncorroborated, but it contained inconsistencies with the other known facts of the case. Likewise,

appelle à se demander si ce dernier avait le choix ou non de se confier aux autorités. Une certaine contrainte est presque toujours exercée lors d'une opération Monsieur Big. Le tribunal doit prendre en compte l'ampleur et la durée de l'opération, toute menace explicite ou implicite, toute incitation financière, sociale ou psychologique que les caractéristiques du suspect, y compris tout point vulnérable d'ordre mental, physique, social ou financier. Cette approche protège l'autonomie du suspect.

En l'espèce, le juge du procès a insisté sur l'absence de contrainte par la violence lors de l'opération, mais il a omis de tenir compte de l'effet sur H des incitations financières et sociales. Celles-ci auraient eu un effet attractif sur n'importe qui, mais il faut y voir une atteinte accrue au droit à l'autonomie de H, eu égard à son extrême pauvreté et à son isolement social, ainsi qu'à sa faible scolarité. La police a abondamment eu recours à la tromperie. En exploitant ainsi ses points vulnérables, la police a privé H du choix véritable de faire ou non une déclaration incriminante à Monsieur Big.

La fiabilité s'attache pour sa part à la crédibilité de la déclaration obtenue. Le tribunal doit exercer une fonction de gardien vis-à-vis du risque de faux aveux et, généralement, l'existence d'un élément de corroboration constituera une condition préalable à l'admission. Cette fonction est importante, car les jurés ont souvent du mal à juger convenablement de la fiabilité en dernière analyse d'un aveu issu d'une opération Monsieur Big. Ils ont généralement du mal à croire qu'une personne puisse avouer un crime qu'elle n'a pas commis et sont peu enclins à ne pas tenir compte d'un aveu même lorsqu'ils savent que celui-ci a été obtenu sous la contrainte. Le risque est exacerbé par la preuve de propension à la criminalité que produit l'opération. Soit l'accusé ne conteste pas l'aveu, soit il explique l'avoir fait pour préserver son nouveau mode de vie criminel. L'aveu fait à Monsieur Big présente donc un risque particulier, et le tribunal doit déterminer son seuil de fiabilité pour respecter le principe interdisant l'auto-incrimination. En général, l'aveu ni corroboré ni vérifié n'est pas suffisamment digne de foi pour être jugé admissible. Cependant, l'inverse n'est pas nécessairement vrai. Le principe interdisant l'auto-incrimination ne se soucie pas uniquement de la fiabilité, car même une déclaration véridique peut être exclue si elle a été obtenue par le recours à une contrainte qui a porté atteinte au droit du suspect à l'autonomie.

En l'espèce, tout poussait H à passer aux aveux, qu'il ait ou non commis le crime. Non seulement l'aveu final n'est pas corroboré, mais il contredit d'autres faits établis dans le dossier. De même, l'aveu que H aurait fait le

H's April 10 confession carries many of the same reliability concerns.

Under the fourth and final factor, the conduct of the state is examined with a view to determining whether the authorities used their position of power in an unfair, abusive, or shocking manner. State conduct throughout a Mr. Big operation must be scrutinized to determine whether it unfairly, unnecessarily or disproportionately manipulated the suspect. This inquiry will also consider other objectionable police tactics such as involving the suspect in dangerous conduct or exposing him or her to physical or psychological harm. The entrapment doctrine assists by identifying factors which may be considered in examining the conduct of the state.

In this case, the police conduct was egregious and this factor especially weighs in favour of exclusion. The extreme lengths to which the police went to pursue H, exploiting his weaknesses in this protracted and deeply manipulative operation, is troubling. This was not the usual undercover investigation where police join an existing criminal organization to witness criminals in action. This case is more akin to entrapment.

The court should consider these factors collectively, attaching weight to them, depending on the degree to which they are present in the individual case. The four factors above clearly point to a s. 7 violation. Statements obtained in violation of the principle against self-incrimination will almost always be excluded under s. 24(2). This case is no exception; both the risk of a miscarriage of justice and the abusive police conduct call for exclusion.

The abuse of process doctrine always remains independently available to provide a remedy where the conduct of the state rises to such a level that it risks undermining the integrity of the judicial process. In this case, the threshold is met.

Cases Cited

By Moldaver J.

Distinguished: *R. v. White*, [1999] 2 S.C.R. 417; **referred to:** *Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney General)*, [1996] 3 S.C.R. 480; *R. v. Todd* (1901), 4 C.C.C. 514; *R. v. Hathway*, 2007 SKQB 48, 292 Sask. R. 7; *R. v. Copeland*, 1999 BCCA 744, 131 B.C.A.C. 264; *R. v. Bates*, 2009 ABQB 379, 468

10 avril suscite en bonne partie les mêmes craintes de non-fiabilité.

En ce qui concerne le quatrième et dernier élément, la conduite de l'État est examinée dans le but de déterminer si les autorités ont utilisé leur position de force de façon inéquitable, abusive ou choquante. Pour décider s'il y a eu manipulation inéquitable, inutile ou démesurée du suspect, il faut considérer attentivement la conduite adoptée par l'État tout au long de l'opération Monsieur Big. On doit aussi se pencher sur les autres tactiques policières discutables utilisées, comme faire participer le suspect à des activités dangereuses ou l'exposer à un préjudice physique ou psychologique. La doctrine de la provocation policière et les considérations qu'elle tient pour pertinentes sont utiles dans l'examen de la conduite de l'État.

La conduite de l'État était en l'espèce inadmissible, ce qui milite particulièrement en faveur de l'exclusion. Les moyens extrêmes que les policiers ont employés pour coincer H et l'exploitation des faiblesses de ce dernier lors d'une opération longue et profondément manipulatrice sont déconcertants. Il ne s'agit pas d'une opération classique où des policiers infiltrent une organisation criminelle pour être témoins d'actes criminels. Les faits s'apparentent plutôt à de la provocation policière.

Le tribunal doit examiner ces considérations globalement et déterminer leur incidence selon leur degré d'application dans le dossier. Les quatre considérations susmentionnées permettent clairement de conclure à la violation d'un droit garanti à l'art. 7. Les déclarations dont l'obtention contrevient au principe interdisant l'auto-incrimination seront presque toujours exclues en application du par. 24(2). La présente affaire ne fait pas exception; le risque d'erreur judiciaire et la conduite policière abusive militent tous deux en faveur de l'exclusion.

La doctrine de l'abus de procédure demeure une assise indépendante pour l'octroi d'une réparation lorsque le comportement de l'État est tel qu'il risque de compromettre l'intégrité du processus judiciaire. Cette condition est remplie en l'espèce.

Jurisprudence

Citée par le juge Moldaver

Distinction d'avec l'arrêt : *R. c. White*, [1999] 2 R.C.S. 417; **arrêts mentionnés :** *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 480; *R. c. Todd* (1901), 4 C.C.C. 514; *R. c. Hathway*, 2007 SKQB 48, 292 Sask. R. 7; *R. c. Copeland*, 1999 BCCA 744, 131 B.C.A.C. 264; *R. c. Bates*, 2009

A.R. 158; *R. v. Evans*, [1993] 3 S.C.R. 653; *R. v. Osmar*, 2007 ONCA 50, 84 O.R. (3d) 321; *R. v. McIntyre*, [1994] 2 S.C.R. 480; *R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151; *R. v. Grandinetti*, 2005 SCC 5, [2005] 1 S.C.R. 27; *R. v. Creek*, 1998 CanLII 3209; *R. v. Oickle*, 2000 SCC 38, [2000] 2 S.C.R. 3; *R. v. Handy*, 2002 SCC 56, [2002] 2 S.C.R. 908; *R. v. Hodgson*, [1998] 2 S.C.R. 449; *R. v. Harrer*, [1995] 3 S.C.R. 562; *R. v. Mohan*, [1994] 2 S.C.R. 9; *R. v. McIntyre*, 1993 CanLII 1488; *R. v. Abbey*, 2009 ONCA 624, 97 O.R. (3d) 330; *R. v. Humaid* (2006), 81 O.R. (3d) 456; *R. v. Blackman*, 2008 SCC 37, [2008] 2 S.C.R. 298; *R. v. Khelawon*, 2006 SCC 57, [2006] 2 S.C.R. 787; *R. v. Bonisteel*, 2008 BCCA 344, 259 B.C.A.C. 114; *R. v. Mack*, [1988] 2 S.C.R. 903; *R. v. Babos*, 2014 SCC 16, [2014] 1 S.C.R. 309; *R. v. Fliss*, 2002 SCC 16, [2002] 1 S.C.R. 535; *R. v. Singh*, 2013 ONCA 750, 118 O.R. (3d) 253; *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573; *Rothman v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 640; *R. v. Jones*, [1994] 2 S.C.R. 229; *R. v. S. (R.J.)*, [1995] 1 S.C.R. 451; *British Columbia Securities Commission v. Branch*, [1995] 2 S.C.R. 3.

By Karakatsanis J.

Referred to: *R. v. McIntyre*, [1994] 2 S.C.R. 480, aff'g (1993), 135 N.B.R. (2d) 266; *R. v. Hodgson*, [1998] 2 S.C.R. 449; *R. v. Grandinetti*, 2005 SCC 5, [2005] 1 S.C.R. 27; *R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151; *R. v. Oickle*, 2000 SCC 38, [2000] 2 S.C.R. 3; *R. v. White*, [1999] 2 S.C.R. 417; *R. v. Jones*, [1994] 2 S.C.R. 229; *R. v. P. (M.B.)*, [1994] 1 S.C.R. 555; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425; *R. v. Harrer*, [1995] 3 S.C.R. 562; *Rothman v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 640; *R. v. S. (R.J.)*, [1995] 1 S.C.R. 451; *R. v. Khelawon*, 2006 SCC 57, [2006] 2 S.C.R. 787; *R. v. Youvarajah*, 2013 SCC 41, [2013] 2 S.C.R. 720; *R. v. Osmar*, 2007 ONCA 50, 84 O.R. (3d) 321, leave to appeal refused, [2007] 2 S.C.R. vii; *R. v. Bonisteel*, 2008 BCCA 344, 259 B.C.A.C. 114; *R. v. Mack*, [1988] 2 S.C.R. 903; *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411; *R. v. Babos*, 2014 SCC 16, [2014] 1 S.C.R. 309; *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613; *R. v. Grant*, 2009 SCC 32, [2009] 2 S.C.R. 353.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 10(b), 11(d), 24.

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 486(1).

ABQB 379, 468 A.R. 158; *R. c. Evans*, [1993] 3 R.C.S. 653; *R. c. Osmar*, 2007 ONCA 50, 84 O.R. (3d) 321; *R. c. McIntyre*, [1994] 2 R.C.S. 480; *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151; *R. c. Grandinetti*, 2005 CSC 5, [2005] 1 R.C.S. 27; *R. c. Creek*, 1998 CanLII 3209; *R. c. Oickle*, 2000 CSC 38, [2000] 2 R.C.S. 3; *R. c. Handy*, 2002 CSC 56, [2002] 2 R.C.S. 908; *R. c. Hodgson*, [1998] 2 R.C.S. 449; *R. c. Harrer*, [1995] 3 R.C.S. 562; *R. c. Mohan*, [1994] 2 R.C.S. 9; *R. c. McIntyre*, 1993 CanLII 1488; *R. c. Abbey*, 2009 ONCA 624, 97 O.R. (3d) 330; *R. c. Humaid* (2006), 81 O.R. (3d) 456; *R. c. Blackman*, 2008 CSC 37, [2008] 2 R.C.S. 298; *R. c. Khelawon*, 2006 CSC 57, [2006] 2 R.C.S. 787; *R. c. Bonisteel*, 2008 BCCA 344, 259 B.C.A.C. 114; *R. c. Mack*, [1988] 2 R.C.S. 903; *R. c. Babos*, 2014 CSC 16, [2014] 1 R.C.S. 309; *R. c. Fliss*, 2002 CSC 16, [2002] 1 R.C.S. 535; *R. c. Singh*, 2013 ONCA 750, 118 O.R. (3d) 253; *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573; *Rothman c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 640; *R. c. Jones*, [1994] 2 R.C.S. 229; *R. c. S. (R.J.)*, [1995] 1 R.C.S. 451; *British Columbia Securities Commission c. Branch*, [1995] 2 R.C.S. 3.

Citée par la juge Karakatsanis

Arrêts mentionnés : *R. c. McIntyre*, [1994] 2 R.C.S. 480, conf. (1993), 135 R.N.-B. (2^e) 266; *R. c. Hodgson*, [1998] 2 R.C.S. 449; *R. c. Grandinetti*, 2005 CSC 5, [2005] 1 R.C.S. 27; *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151; *R. c. Oickle*, 2000 CSC 38, [2000] 2 R.C.S. 3; *R. c. White*, [1999] 2 R.C.S. 417; *R. c. Jones*, [1994] 2 R.C.S. 229; *R. c. P. (M.B.)*, [1994] 1 R.C.S. 555; *Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, [1985] 2 R.C.S. 486; *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425; *R. c. Harrer*, [1995] 3 R.C.S. 562; *Rothman c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 640; *R. c. S. (R.J.)*, [1995] 1 R.C.S. 451; *R. c. Khelawon*, 2006 CSC 57, [2006] 2 R.C.S. 787; *R. c. Youvarajah*, 2013 CSC 41, [2013] 2 R.C.S. 720; *R. c. Osmar*, 2007 ONCA 50, 84 O.R. (3d) 321, autorisation d'appel refusée, [2007] 2 R.C.S. vii; *R. c. Bonisteel*, 2008 BCCA 344, 259 B.C.A.C. 114; *R. c. Mack*, [1988] 2 R.C.S. 903; *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411; *R. c. Babos*, 2014 CSC 16, [2014] 1 R.C.S. 309; *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613; *R. c. Grant*, 2009 CSC 32, [2009] 2 R.C.S. 353.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 10(b), 11(d), 24.

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 486(1).

Authors Cited

- Black's Law Dictionary*, 6th ed. St. Paul, Minn.: West, 1990, "coercion".
- British Columbia. RCMP. "Undercover Operations" (online: <http://bc.cb.rcmp-grc.gc.ca/ViewPage.action?siteNodeId=154&languageId=1&contentId=6941>).
- Dawson, Wendy E. "The Use of 'Mr. Big' in Undercover Operations", in *Criminal Law: Special Issues*, Paper 5.2. Vancouver: Continuing Legal Education Society of British Columbia, 2011.
- Garrett, Brandon L. "The Substance of False Confessions" (2010), 62 *Stan. L. Rev.* 1051.
- Kassin, Saul M., et al. "Police-Induced Confessions: Risk Factors and Recommendations" (2010), 34 *Law & Hum. Behav.* 3.
- Keenan, Kouri T., and Joan Brockman. *Mr. Big: Exposing Undercover Investigations in Canada*. Halifax: Fernwood Publishing, 2010.
- Martin, G. A. "The Admissibility of Confessions and Statements" (1963), 5 *Crim. L.Q.* 35.
- Moore, Timothy E., Peter Copeland and Regina A. Schuller. "Deceit, Betrayal and the Search for Truth: Legal and Psychological Perspectives on the 'Mr. Big' Strategy" (2009), 55 *Crim. L.Q.* 348.
- Paciocco, David. "Charter Tracks: Twenty-Five Years of Constitutional Influence on the Criminal Trial Process and Rules of Evidence" (2008), 40 *S.C.L.R.* (2d) 309.
- Paciocco, David M., and Lee Stuesser. *The Law of Evidence*, 6th ed. Toronto: Irwin Law, 2011.
- Stewart, Hamish. *Fundamental Justice: Section 7 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Toronto: Irwin Law, 2012.

APPEAL from a judgment of the Newfoundland and Labrador Court of Appeal (Green C.J.N.L. and Harrington and Barry J.J.A.), 2012 NLCA 61, 327 Nfld. & P.E.I.R. 178, 1015 A.P.R. 178, 267 C.R.R. (2d) 29, 97 C.R. (6th) 16, [2012] N.J. No. 303 (QL), 2012 CarswellNfld 400, setting aside the accused's convictions for first degree murder and ordering a new trial. Appeal dismissed.

Frances J. Knickle, Q.C., and *Elaine Reid*, for the appellant.

Jamie Merrigan and *Robby D. Ash*, for the respondent.

Doctrine et autres documents cités

- Black's Law Dictionary*, 6th ed. St. Paul, Minn. : West, 1990, « coercion ».
- Colombie-Britannique. GRC. « Opérations d'infiltration » (en ligne : <http://bc.cb.rcmp-grc.gc.ca/ViewPage.action?siteNodeId=154&languageId=4&contentId=6941>).
- Dawson, Wendy E. « The Use of "Mr. Big" in Undercover Operations », in *Criminal Law : Special Issues*, Paper 5.2. Vancouver : Continuing Legal Education Society of British Columbia, 2011.
- Garrett, Brandon L. « The Substance of False Confessions » (2010), 62 *Stan. L. Rev.* 1051.
- Kassin, Saul M., et al. « Police-Induced Confessions : Risk Factors and Recommendations » (2010), 34 *Law & Hum. Behav.* 3.
- Keenan, Kouri T., and Joan Brockman. *Mr. Big : Exposing Undercover Investigations in Canada*. Halifax : Fernwood Publishing, 2010.
- Martin, G. A. « The Admissibility of Confessions and Statements » (1963), 5 *Crim. L.Q.* 35.
- Moore, Timothy E., Peter Copeland and Regina A. Schuller. « Deceit, Betrayal and the Search for Truth : Legal and Psychological Perspectives on the "Mr. Big" Strategy » (2009), 55 *Crim. L.Q.* 348.
- Paciocco, David. « Charter Tracks : Twenty-Five Years of Constitutional Influence on the Criminal Trial Process and Rules of Evidence » (2008), 40 *S.C.L.R.* (2d) 309.
- Paciocco, David M., and Lee Stuesser. *The Law of Evidence*, 6th ed. Toronto : Irwin Law, 2011.
- Stewart, Hamish. *Fundamental Justice : Section 7 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Toronto : Irwin Law, 2012.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de Terre-Neuve-et-Labrador (le juge en chef Green et les juges Harrington et Barry), 2012 NLCA 61, 327 Nfld. & P.E.I.R. 178, 1015 A.P.R. 178, 267 C.R.R. (2d) 29, 97 C.R. (6th) 16, [2012] N.J. No. 303 (QL), 2012 CarswellNfld 400, qui a annulé les déclarations de culpabilité de meurtre au premier degré prononcées contre l'accusé et ordonné la tenue d'un nouveau procès. Pourvoi rejeté.

Frances J. Knickle, c.r., et *Elaine Reid*, pour l'appellante.

Jamie Merrigan et *Robby D. Ash*, pour l'intimé.

James C. Martin and Natasha A. Thiessen, for the intervener the Director of Public Prosecutions of Canada.

Michael Bernstein, for the intervener the Attorney General of Ontario.

Pierre L. Bienvenue, for the intervener Directeur des poursuites criminelles et pénales du Québec.

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

Russell Silverstein and Michael Dineen, for the intervener the Association in Defence of the Wrongly Convicted.

Michael Sobkin, for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association.

Philip Campbell and Jonathan Dawe, for the intervener the Criminal Lawyers' Association of Ontario.

Written submissions only by *Frank Addario and Megan Savard*, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

François Dadour and Harout Haladjian, for the intervener Association des avocats de la défense de Montréal.

Marie Henein and Matthew Gourlay, for the *amicus curiae*.

The judgment of McLachlin C.J. and LeBel, Abella, Moldaver and Wagner JJ. was delivered by

MOLDAVER J. —

I. Introduction

[1] When conventional investigations fail to solve serious crimes, police forces in Canada have sometimes used the “Mr. Big” technique. A Mr. Big operation begins with undercover officers luring their

James C. Martin et Natasha A. Thiessen, pour l'intervenant le directeur des poursuites pénales du Canada.

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

Pierre L. Bienvenue, pour l'intervenant le directeur des poursuites criminelles et pénales du Québec.

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

Russell Silverstein et Michael Dineen, pour l'intervenante Association in Defence of the Wrongly Convicted.

Michael Sobkin, pour l'intervenante l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique.

Philip Campbell et Jonathan Dawe, pour l'intervenante Criminal Lawyers' Association of Ontario.

Argumentation écrite seulement par *Frank Addario et Megan Savard*, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

François Dadour et Harout Haladjian, pour l'intervenante l'Association des avocats de la défense de Montréal.

Marie Henein et Matthew Gourlay, pour l'*amicus curiae*.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges LeBel, Abella, Moldaver et Wagner rendu par

LE JUGE MOLDAVER —

I. Introduction

[1] Lorsqu'une enquête traditionnelle ne permet pas de résoudre un crime grave, les forces policières canadiennes recourent parfois à la technique appelée « Monsieur Big » (en anglais, *Mr. Big*).

suspect into a fictitious criminal organization of their own making. Over the next several weeks or months, the suspect is befriended by the undercover officers. He is shown that working with the organization provides a pathway to financial rewards and close friendships. There is only one catch. The crime boss — known colloquially as “Mr. Big” — must approve the suspect’s membership in the criminal organization.

[2] The operation culminates with an interview-like meeting between the suspect and Mr. Big. During the interview, Mr. Big brings up the crime the police are investigating and questions the suspect about it. Denials of guilt are dismissed, and Mr. Big presses the suspect for a confession. As Mr. Big’s questioning continues, it becomes clear to the suspect that by confessing to the crime, the big prize — acceptance into the organization — awaits. If the suspect does confess, the fiction soon unravels and the suspect is arrested and charged.

[3] This case provides us with an opportunity to take an in-depth look at Mr. Big confessions and the principles that should govern their admissibility. While such operations have a long history in this country, courts have yet to create a legal framework that addresses the unique issues which accompany such confessions. As we undertake that task in this case, we must strive to achieve a just balance — one which guards against the risk of wrongful convictions that stem from false confessions but which ensures the police are not deprived of the opportunity to use their skill and ingenuity in solving serious crimes.

[4] To be sure, the Mr. Big technique has proven to be an effective investigative tool. It has produced confessions and secured convictions in hundreds of cases that would otherwise have likely gone unsolved. The confessions elicited are often detailed and confirmed by other evidence. Manifestly, the technique has proved indispensable in the search for the truth.

L’opération s’amorce par le piège que tendent au suspect des agents banalisés en l’amenant à se joindre à une organisation criminelle fictive de leur cru. Pendant plusieurs semaines ou plusieurs mois, le suspect se lie d’amitié avec les agents. On lui fait valoir que travailler pour l’organisation donne accès à des avantages financiers et permet de créer des liens d’amitié étroits. Il n’y a qu’un seul hic : le chef du gang — familièrement appelé Monsieur Big — décide de l’admission d’un nouveau membre au sein de l’organisation criminelle.

[2] Le candidat est finalement convoqué par Monsieur Big à une sorte d’entretien où ce dernier lui parle du crime sous enquête policière et l’interroge à ce sujet. Monsieur Big écarte toute dénégation de culpabilité et exhorte le suspect à passer aux aveux. Au fil des questions posées par son interlocuteur, il devient évident au suspect que, s’il avoue le crime, il remportera le gros lot, soit une place au sein de l’organisation. Dès lors qu’il y a un aveu, l’opération prend rapidement fin, puis le suspect est arrêté et inculpé.

[3] La présente affaire nous donne l’occasion d’approfondir la question de l’aveu issu d’une opération Monsieur Big et de dégager les principes qui devraient régir son admissibilité. Le recours à pareille opération au pays ne date pas d’hier, mais les cours de justice n’ont pas encore établi un cadre juridique qui tient compte des difficultés particulières que comporte l’aveu obtenu. Puisque nous entreprenons de le faire en l’espèce, il nous faut rechercher un juste équilibre qui prévient le risque de déclaration de culpabilité injustifiée inhérent à un aveu infondé, mais qui n’empêche pas la police de mettre à profit son habileté et son ingéniosité pour résoudre un crime grave.

[4] La technique Monsieur Big s’est certes révélée efficace pour obtenir des aveux et des déclarations de culpabilité dans des centaines d’affaires qui, sinon, seraient demeurées non résolues. Les aveux obtenus sont souvent étoffés et confirmés par d’autres éléments de preuve. De toute évidence, la méthode est indispensable à la découverte de la vérité.

[5] But the technique comes with a price. Suspects confess to Mr. Big during pointed interrogations in the face of powerful inducements and sometimes veiled threats — and this raises the spectre of unreliable confessions.

[6] Unreliable confessions present a unique danger. They provide compelling evidence of guilt and present a clear and straightforward path to conviction. Certainly in the case of conventional confessions, triers of fact have difficulty accepting that an innocent person would confess to a crime he did not commit. And yet our experience with wrongful convictions shows that innocent people can, and do, falsely confess. Unreliable confessions have been responsible for wrongful convictions — a fact we cannot ignore.

[7] The concern about Mr. Big confessions does not end there. The confessions are invariably accompanied by evidence that shows the accused willingly participated in “simulated crime” and was eager to join a criminal organization. This evidence sullies the accused’s character and, in doing so, carries with it the risk of prejudice. It also creates credibility hurdles that may be difficult to overcome for an accused who chooses to testify.

[8] Experience in Canada and elsewhere teaches that wrongful convictions are often traceable to evidence that is either unreliable or prejudicial. When the two combine, they make for a potent mix — and the risk of a wrongful conviction increases accordingly. Wrongful convictions are a blight on our justice system and we must take reasonable steps to prevent them before they occur.

[9] Finally, Mr. Big operations run the risk of becoming abusive. Undercover officers provide their targets with inducements, including cash rewards, to encourage them to confess. They also cultivate an aura of violence by showing that those who betray the criminal organization are met with violence. Thought must be given to the kinds

[5] Or, la méthode a un revers. Le suspect se confie à Monsieur Big au cours d’un interrogatoire serré où il est soumis à de fortes pressions, parfois même à des menaces voilées, ce qui comporte le risque d’un aveu non digne de foi.

[6] L’absence de fiabilité de l’aveu présente un risque particulier, car l’aveu constitue une preuve convaincante de culpabilité et offre une voie claire et directe vers une déclaration en ce sens. Dans le cas d’un aveu classique, il est certes difficile au juge des faits de concevoir qu’une personne innocente avoue un crime qu’elle n’a pas commis. Et pourtant, le prononcé de déclarations de culpabilité injustifiées montre que des personnes innocentes peuvent faire de faux aveux et qu’elles le font. On ne saurait ignorer que des aveux non dignes de foi ont mené à des déclarations de culpabilité injustifiées.

[7] Ce n’est pas la seule difficulté inhérente à l’aveu issu d’une opération Monsieur Big. L’aveu s’accompagne invariablement d’éléments qui attestent que l’accusé a participé de son plein gré à « un acte criminel simulé » et qu’il a vivement souhaité faire partie d’une organisation criminelle. Ces éléments de preuve entachent la moralité de l’accusé et risquent de ce fait de lui porter préjudice. De plus, ils entachent sa crédibilité, ce qui peut constituer un obstacle difficile à surmonter s’il décide de témoigner.

[8] Au Canada et à l’étranger, l’expérience enseigne qu’une déclaration de culpabilité injustifiée découle souvent d’une preuve non digne de foi ou préjudiciable. Lorsque ces deux caractéristiques sont réunies, l’effet est décuplé, tout comme le risque de déclaration de culpabilité injustifiée. Les déclarations de culpabilité injustifiées déconsidèrent le système de justice, et nous devons prendre des mesures raisonnables pour les prévenir.

[9] Enfin, l’opération Monsieur Big comporte également un risque d’abus. L’agent banalisé offre des gratifications, notamment sous forme d’argent, pour amener le sujet à avouer. Il fait régner un climat empreint de brutalité en montrant que celui qui trahit l’organisation criminelle s’expose à des actes de violence. Il faut en outre se pencher sur le genre

of police tactics we, as a society, are prepared to condone in pursuit of the truth.

[10] Against that background, I am of the view that a principled rule of evidence is required to assess the admissibility of Mr. Big confessions. For reasons that follow, I would propose that where the state recruits an accused into a fictitious criminal organization of its own making and seeks to elicit a confession from him, any confession made by the accused to the state during the operation should be treated as presumptively inadmissible. This presumption of inadmissibility will be overcome where the Crown can establish, on balance, that the probative value of the confession outweighs its prejudicial effect. In this context, the confession's probative value is a function of its reliability. Its prejudicial effect stems from the harmful character evidence that necessarily accompanies its admission. If the Crown is unable to demonstrate that the accused's confession is admissible, the rest of the evidence surrounding the Mr. Big operation becomes irrelevant.

[11] Trial judges must also carefully scrutinize the conduct of the police to determine if an abuse of process has occurred. No matter how reliable the confession, the courts cannot condone state conduct — such as physical violence — that coerces the target of a Mr. Big operation into confessing. Where an accused establishes that an abuse of process has occurred, the court can fashion an appropriate remedy, including the exclusion of the confession or a stay of proceedings.

[12] In this case, at the end of a lengthy Mr. Big operation, the respondent confessed to murdering his two young daughters. At trial, his confessions were admitted into evidence. A majority of the Newfoundland Court of Appeal concluded that two of the three confessions should have been excluded, but allowed a third confession to be introduced and, on that basis, ordered a new trial.

[13] Applying the framework I propose here, I would exclude all three of the respondent's confessions. Each of them came about in the face of overwhelming inducements. This calls into question their reliability — and there is no confirmatory

de stratégie policière que la société est disposée à tolérer dans la recherche de la vérité.

[10] Dans ce contexte, j'estime qu'une règle de preuve raisonnée s'impose pour décider si un aveu issu d'une opération Monsieur Big est admissible ou non. Pour les motifs qui suivent, lorsque l'État amène un accusé à se joindre à une organisation criminelle fictive qu'il a lui-même créée, et ce, dans le dessein de lui soutirer un aveu, je propose que l'aveu alors recueilli soit présumé inadmissible. Cette présomption d'inadmissibilité pourra être réfutée si le ministère public établit, selon la prépondérance des probabilités, que la force probante de l'aveu l'emporte sur son effet préjudiciable. La force probante de l'aveu tient alors à sa fiabilité, alors que son effet préjudiciable découle de la preuve de mauvaise moralité dont il s'accompagne nécessairement s'il est admis en preuve. Si le ministère public ne peut établir que l'aveu est admissible, les autres éléments de preuve recueillis lors de l'opération Monsieur Big perdent alors toute pertinence.

[11] Le juge du procès doit également soumettre le comportement policier à un examen minutieux pour s'assurer qu'il n'y a pas eu abus de procédure. Aussi digne de foi que soit l'aveu, le tribunal ne saurait tolérer les actes de l'État — tel le recours à la violence physique — qui contraignent le suspect à avouer dans le cadre d'une opération Monsieur Big. L'accusé qui établit qu'il y a eu abus de procédure peut obtenir du tribunal une réparation appropriée, tels l'exclusion de l'aveu ou l'arrêt des procédures.

[12] Dans la présente affaire, au terme d'une longue opération Monsieur Big, l'intimé a avoué le meurtre de ses deux fillettes. Au procès, ses aveux ont été admis en preuve. Les juges majoritaires de la Cour d'appel de Terre-Neuve concluent que deux des trois aveux n'auraient pas dû être admis en preuve, mais ils estiment que le troisième pouvait l'être, de sorte qu'ils ordonnent un nouveau procès.

[13] Par application du cadre d'analyse que je propose, je suis d'avis d'exclure de la preuve les trois aveux de l'intimé, car chacun a été recueilli grâce à des incitations quasi irrésistibles. Leur fiabilité est de ce fait douteuse, sans compter que

evidence capable of restoring our faith in them. As such, they carry little if any probative value. On the other hand, the bad character evidence accompanying the confessions carries with it an obvious and serious potential for prejudice. In these circumstances, the prejudicial effect of the respondent's confessions outweighs their probative value.

[14] Accordingly, I would dismiss the appeal.

II. Background Facts

[15] The facts in this case are important. I propose to review them in some detail.

A. *The Deaths of Karen and Krista Hart*

[16] The respondent's three-year-old twin daughters — Karen and Krista Hart — drowned on August 4, 2002. Their deaths triggered a three-year-long investigation that culminated with the respondent confessing to their murder at the end of a protracted Mr. Big operation.

[17] The respondent was the last person to see his daughters alive. On the morning of August 4, 2002, he took them to play on the swings at a park near their home in Gander, Newfoundland. There was a lake adjacent to the park. According to his wife, the respondent returned home 30 to 45 minutes later, in a panic, and told her that Krista had fallen into the water. When his wife asked where Karen was, the respondent claimed to have forgotten her at the park.

[18] The respondent and his wife raced back to the park and an ambulance was called. First responders found Karen and Krista floating in the lake several hundred meters apart from each other. By then, it was too late to save their lives.

[19] The respondent's unusual behaviour provoked the suspicion of the police. They questioned him that evening. The respondent said that when he got to the park and removed his daughters from their car seats, they ran onto a dock and Krista fell into the water. The respondent said he panicked

nul élément de corroboration n'est susceptible de les rendre dignes de foi à nos yeux. Ils ont donc peu — si toutefois ils en ont — de valeur probante. Par ailleurs, la preuve de mauvaise moralité dont se doublent les aveux risque de toute évidence d'être sérieusement préjudiciable. Dès lors, l'effet préjudiciable des aveux l'emporte sur leur valeur probante.

[14] Je suis donc d'avis de rejeter le pourvoi.

II. Le contexte factuel

[15] Les faits sont importants en l'espèce. Je les relate ci-après en détail.

A. *Les décès de Karen et Krista Hart*

[16] Les filles jumelles de l'intimé, Karen et Krista Hart, âgées de trois ans, se sont noyées le 4 août 2002. Leurs décès ont donné lieu à une enquête qui a duré trois ans et qui a débouché sur l'aveu des meurtres par l'intimé à l'issue d'une longue opération Monsieur Big.

[17] L'intimé est la dernière personne à avoir vu les fillettes vivantes. Dans la matinée du 4 août 2002, il les a amenées jouer dans les balançoires au parc situé près de leur demeure, à Gander (Terre-Neuve) et auquel un lac est adjacent. Selon son épouse, l'intimé est rentré à la maison 30 à 45 minutes plus tard, affolé, et lui a dit que Krista était tombée à l'eau. Lorsqu'elle lui a demandé où se trouvait Karen, l'intimé a prétendu l'avoir oubliée au parc.

[18] L'intimé et son épouse se sont précipités au parc et ont appelé les services ambulanciers. Les premiers répondants ont trouvé les corps de Karen et de Krista qui flottaient à la surface du lac à plusieurs centaines de mètres l'un de l'autre. Il était alors trop tard pour sauver la vie des enfants.

[19] Le comportement inusité de l'intimé a éveillé les soupçons des policiers, qui l'ont interrogé en soirée. Il leur a dit qu'une fois au parc, après avoir extrait les fillettes de leurs sièges d'auto, celles-ci s'étaient précipitées sur le quai, puis Krista était tombée à l'eau. Il a dit avoir paniqué parce qu'il ne

because he could not swim, so he ran back to his car and drove home to get his wife, forgetting Karen on the dock. The police remained unconvinced and asked the respondent why he did not call for help using either of the cell phones that were found in his car. The respondent explained that his phone did not have any minutes on it, and that the other phone did not belong to him. He also said that he never thought of stopping at a nearby restaurant or hospital for help instead of driving all the way home to get his wife. When the police confronted him directly, the respondent denied that he had drowned his daughters.

[20] The police were convinced that the respondent killed his daughters and lied to them during his first interview. They questioned him again on September 12, 2002. During the interrogation, which lasted approximately eight hours, the police told the respondent they had no doubt about his guilt and urged him to confess. The respondent stood firm.

[21] Two weeks later, however, the respondent changed his story. He contacted the police and volunteered that he had not been truthful in his previous statements. He told the police that he had a seizure at the park after he removed his daughters from the car. When the seizure passed and he “[came] to”, he was “dopey” but he could see one of his daughters “in the water”. His only thought was to drive home to his wife. He explained that he had lied in his earlier statements because he did not want to lose his driver’s licence. The respondent suffers from epilepsy and his licence has been suspended on previous occasions because of his condition.

[22] The police remained convinced of the respondent’s guilt, but they did not have sufficient evidence to charge him. The investigation went cold.

B. *The Mr. Big Operation*

[23] Two years later, the police rekindled the investigation after deciding to target the respondent in a Mr. Big operation. The preliminary stages of

savait pas nager, de sorte qu’il avait regagné sa voiture en courant pour retourner à la maison chercher son épouse, oubliant Karen sur le quai. Guère convaincus, les policiers lui ont demandé pourquoi il n’avait pas appelé les secours au moyen de l’un des téléphones portables trouvés dans sa voiture. L’intimé a expliqué que son portable n’avait plus de temps d’utilisation et que l’autre ne lui appartenait pas. Il a ajouté n’avoir jamais pensé à s’arrêter au restaurant ou à l’hôpital situés à proximité pour demander des secours plutôt que de retourner chez lui chercher sa femme. Lorsque les policiers lui ont carrément demandé s’il avait noyé les fillettes, l’intimé l’a nié.

[20] Les policiers demeuraient convaincus que l’intimé avait assassiné les fillettes et qu’il leur avait menti lors du premier interrogatoire. Ils l’ont interrogé à nouveau le 12 septembre 2002, pendant environ huit heures. Ils lui ont alors dit ne douter aucunement de sa culpabilité et ils l’ont pressé d’avouer. L’intimé a maintenu sa version des faits.

[21] Deux semaines plus tard, l’intimé a toutefois modifié son récit. Il a communiqué avec les policiers et a reconnu de son propre chef ne pas avoir dit toute la vérité lors de ses déclarations précédentes. Il leur a dit qu’il avait eu une crise d’épilepsie au parc après avoir fait descendre les fillettes de la voiture. Une fois la crise passée, il se sentait encore [TRADUCTION] « abruti » mais avait pu apercevoir l’une de ses filles « dans l’eau ». Sa seule idée avait été de rentrer chercher sa conjointe. Il a expliqué avoir menti parce qu’il ne voulait pas perdre son permis de conduire. L’intimé souffre d’épilepsie, et son permis de conduire a été suspendu à quelques reprises pour ce motif.

[22] La police est demeurée convaincue de la culpabilité de l’intimé, mais la preuve n’était pas suffisante pour l’inculper. L’enquête a été mise en veilleuse.

B. *L’opération Monsieur Big*

[23] Deux ans plus tard, la police a relancé l’enquête après avoir décidé de soumettre l’intimé à une opération Monsieur Big. Les premières

the undercover operation began in December 2004 when officers conducted several weeks of “lifestyle” surveillance on the respondent. The surveillance revealed that the respondent was on social assistance and that he was socially isolated — he rarely left home, and when he did he was accompanied by his wife.

[24] Undercover officers made their first move in February 2005. An officer, whom I will call “Jim”, approached the respondent outside of a convenience store.¹ Jim asked the respondent to help him look for his missing sister. The respondent obliged and was paid \$50. During the day, Jim told the respondent that he owned a trucking company and that he needed a driver. The respondent volunteered for the job.

[25] The goal of the operation over the next several weeks was to develop a relationship between the respondent and the undercover officers. The respondent worked for Jim and drove truckloads of goods for him from one location to another. He was introduced to another undercover officer, whom I will call “Paul”, whose role was to work with him and become his “best friend”.² Initially, the respondent sought to bring his wife with him when he did deliveries, but early on, Jim and Paul forbade him from doing so.

[26] Around the same time, Jim and Paul revealed that they were part of a criminal organization and that there was a “boss” who headed up their operations. Thereafter, the respondent participated in simulated criminal activity with the officers, delivering trucks that purportedly contained smuggled alcohol and packages with stolen credit cards.

[27] The financial rewards that flowed from working with the organization quickly became apparent. In February and March, the respondent travelled to St. John’s and Halifax, spending several nights in hotels paid for by his benefactors and enjoying

mesures ont été prises en décembre 2004 lorsque des agents banalisés ont mis l’intimé sous surveillance pendant plusieurs semaines pour connaître son « mode de vie ». Ils ont constaté que l’intimé était prestataire d’aide sociale et qu’il était isolé socialement — il ne quittait la maison que rarement et toujours en compagnie de sa femme.

[24] Les agents sont entrés en scène en février 2005. L’un deux, que j’appellerai « Jim », a abordé l’intimé à l’extérieur d’un dépanneur¹. Il lui a demandé de l’aider à retrouver sa sœur disparue. L’intimé a accepté et touché 50 \$ en contrepartie. Pendant la journée, Jim lui a dit posséder une entreprise de camionnage et avoir besoin d’un conducteur. L’intimé lui a offert ses services.

[25] Au cours des quelques semaines qui ont suivi, le but de l’opération consistait à tisser des liens entre l’intimé et les agents. L’intimé a travaillé pour Jim et transporté des marchandises d’un endroit à un autre. Il a été présenté à un autre agent, que j’appellerai « Paul », dont le rôle était de faire équipe avec lui et de devenir son « meilleur ami »². Au départ, l’intimé a voulu emmener sa femme lors des livraisons, mais Jim et Paul s’y sont rapidement opposés.

[26] À peu près au même moment, Jim et Paul lui ont révélé qu’ils étaient membres d’une organisation criminelle dont un [TRADUCTION] « patron » dirigeait les activités. Par la suite, l’intimé a participé avec eux à des activités criminelles simulées et conduit à destination des camions censés contenir de l’alcool de contrebande et des colis renfermant des cartes de crédit volées.

[27] Les avantages financiers de l’appartenance à l’organisation sont vite devenus évidents. En février et en mars, l’intimé s’est rendu à St. John’s et à Halifax, où il a séjourné plusieurs nuits à l’hôtel aux frais de ses bienfaiteurs et partagé

1 The officer’s name is protected by a publication ban.

2 This officer’s name is also protected by the publication ban.

1 L’identité de l’agent est protégée par une interdiction de publication.

2 L’identité de l’agent est également protégée par l’interdiction de publication.

frequent dinners with Jim and Paul. In the two month period, he was paid approximately \$4,470 for his work.

[28] By the beginning of April, the respondent was fully immersed in his new fictitious life. The respondent would “constant[ly]” tell Jim that he loved him. At a dinner with Jim and Paul, he told both officers that they were “brothers” to him and that there was nowhere else in the world he would rather be. He raised a toast to the boss.

[29] On April 10, 2005, according to Jim, the respondent confessed to murdering his daughters. That night, the respondent had dinner with Jim. Jim told the respondent that their organization was involved with prostitution in Montreal, and that if prostitutes were dishonest, the organization had to deal with them. Jim claimed that he had assaulted a prostitute himself, and that bad things sometimes had to be done. The respondent informed Jim that he had no problem getting his hands dirty. He too had done terrible things in the past. At that point, he produced a picture of his daughters from his wallet and told Jim that they were both dead. He confided that he had planned their murder and carried it out.³

[30] The operation continued over the next two months. Jim and Paul constantly preached the importance of trust, honesty and loyalty within the organization. Those who were not trustworthy were met with violence. On one occasion, Jim slapped another undercover officer across the face in front of the respondent, ostensibly because he had spoken to others about their business dealings.

[31] In the middle of May 2005, the operation began building towards the climatic meeting with Mr. Big. During a trip to Vancouver, Jim told the respondent that there was a “big deal” coming in the future that would “set [the respondent] financially”. The respondent was told he would be paid between \$20,000 and \$25,000 if he participated. Later on, while on a trip to Toronto, the respondent was

plusieurs repas avec Jim et Paul. Sur une période de deux mois, il a touché une rémunération d’environ 4 470 \$.

[28] Au début d’avril, l’intimé était totalement intégré à son nouvel univers fictif. Il répétait [TRADUCTION] « constamment » à Jim qu’il avait de l’affection pour lui. Lors d’un repas avec Jim et Paul, il leur a dit qu’il les considérait comme ses « frères » et qu’il n’aurait voulu se trouver nulle part ailleurs dans le monde. Il a levé son verre à la santé du patron.

[29] Selon Jim, le 10 avril 2005, l’intimé a avoué le meurtre de ses filles. Ce soir-là, les deux ont dîné ensemble. Jim a dit à l’intimé que l’organisation était impliquée dans des activités de prostitution à Montréal et que lorsqu’une prostituée se montrait déloyale, l’organisation devait sévir. Jim a révélé qu’il avait lui-même agressé une prostituée et qu’il fallait parfois se livrer à des actes répréhensibles. L’intimé a fait savoir à Jim qu’il n’avait pas de scrupule à se salir les mains et que lui aussi avait fait des choses terribles dans le passé. Il a alors sorti de son portefeuille une photographie de ses filles et dit à Jim qu’elles étaient mortes toutes les deux. Il a confié avoir planifié leur assassinat puis avoir mis son plan à exécution³.

[30] L’opération s’est poursuivie encore deux mois. Jim et Paul revenaient sans cesse sur l’importance de la confiance, de l’honnêteté et de la loyauté au sein de l’organisation. Ceux qui ne se montraient pas dignes de confiance s’exposaient à des actes de violence. Une fois, Jim a giflé un autre agent en présence de l’intimé, supposément parce qu’il avait parlé de leurs activités à des tiers.

[31] À la mi-mai 2005, la rencontre déterminante avec Monsieur Big se profilait enfin à l’horizon. Au cours d’un voyage à Vancouver, Jim a parlé à l’intimé d’une [TRADUCTION] « affaire importante qui assurerait sa sécurité financière ». Entre 20 000 \$ et 25 000 \$ lui seraient versés s’il y participait. Un peu plus tard, lors d’un voyage à Toronto, on lui a montré la somme de 175 000 \$ en numéraire et on

3 This conversation was not recorded. The respondent denied that this confession occurred.

3 La conversation n’a pas été enregistrée. L’intimé a nié qu’elle ait eu lieu.

shown \$175,000 in cash. The money was said to be a down payment toward the impending deal.

[32] Jim informed the respondent that he would only be allowed to participate in the deal if Mr. Big gave his approval. Jim took the respondent's licence and social insurance number so the organization could perform a background check to see if he had any "heat" on him or was a "rat". In early June, while in Montreal, Jim told the respondent that Mr. Big had checked into him and that he had found a problem. The respondent would not be allowed to work with the organization until the issue was resolved. The respondent did not know what the problem was, but he became very concerned that he would not be involved in the impending deal.

[33] The respondent met with Mr. Big on June 9, 2005. Jim told the respondent that Mr. Big was going to question him about the problem that had been uncovered during his background check. Jim urged the respondent to be honest with Mr. Big.

[34] At the beginning of the meeting, the respondent expressed his gratitude to Mr. Big, telling him that his life had turned around since he started working for the organization. Mr. Big shifted the topic of the conversation to the death of the respondent's daughters. He told the respondent that there might be some "heat" coming regarding their deaths and he asked the respondent why he killed his daughters. The respondent replied that he had suffered a seizure, implying that their deaths were accidental. Mr. Big dismissed this explanation and told the respondent not to "lie" to him.

[35] After some further prodding by Mr. Big, the respondent confessed to killing his daughters. He explained that he had done so because he feared Child Welfare was going to take his daughters from him and place them with his brother. When the respondent was asked how he killed his daughters, he said that they "fell" over the wharf at the park. Mr. Big pressed the respondent for more details, and the respondent explained that he "struck" his daughters with his shoulder and that they fell over the wharf into the water.

lui a dit qu'il s'agissait d'un acompte pour l'affaire dont la conclusion était imminente.

[32] Jim a informé l'intimé qu'il ne pouvait participer à l'opération que si Monsieur Big y consentait. Il a noté les numéros de permis de conduire et d'assurance sociale de l'intimé de façon que l'organisation puisse vérifier ses antécédents et savoir s'il était dans [TRADUCTION] « la mire des policiers » ou s'il était un « mouchard ». Au début juin, alors qu'ils étaient de passage à Montréal, Jim a dit à l'intimé que Monsieur Big avait fait les vérifications en question et découvert un problème. L'intimé n'était plus admis à travailler pour l'organisation tant que le problème n'était pas réglé. Sans connaître la nature du problème, l'intimé est devenu très inquiet à l'idée de ne pas participer à l'affaire imminente.

[33] L'intimé a rencontré Monsieur Big le 9 juin 2005. Jim lui avait dit que Monsieur Big le questionnerait sur le problème découvert lors de la vérification de ses antécédents. Il l'avait exhorté à faire preuve d'honnêteté.

[34] Au début de la rencontre, l'intimé a exprimé sa gratitude pour la métamorphose que le travail pour l'organisation avait opéré dans sa vie. Monsieur Big a fait dévier la conversation sur le sujet de la mort des fillettes de l'intimé. Il lui a dit qu'il pourrait se retrouver dans « la mire de la police » et lui a demandé pourquoi il avait tué ses enfants. L'intimé a répondu qu'il avait eu une crise d'épilepsie, laissant entendre que les décès étaient accidentels. Monsieur Big s'est montré incrédule et lui a enjoint de ne pas [TRADUCTION] « mentir ».

[35] Après que Monsieur Big l'y eut encore incité, l'intimé a avoué le meurtre des fillettes. Il a expliqué qu'il avait craint que la Protection de l'enfance ne lui retire leur garde pour la confier à son frère. Questionné sur la manière dont il avait procédé, il a répondu qu'elles étaient [TRADUCTION] « tombées » du quai lorsqu'ils étaient au parc. Monsieur Big a insisté pour qu'il donne plus de détails, et l'intimé a expliqué qu'il les avait « bousculées » de l'épaule et qu'elles étaient tombées à l'eau.

[36] Two days later, on June 11, 2005, the respondent returned with Jim to the park where his daughters drowned. Jim had the respondent re-enact how the drowning occurred. During the re-enactment, Jim knelt down and the respondent demonstrated how he pushed his daughters into the water by nudging Jim with his knee.

[37] On June 13, the respondent was arrested and charged with two counts of first degree murder. The police allowed the respondent to make a phone call, and his first call for help went to Jim.

[38] The respondent's arrest came four months after the Mr. Big operation began and nearly three years after his daughters died. During the course of the Mr. Big operation, the respondent participated in 63 "scenarios" with the undercover officers. The operation saw him travel to Halifax, Montreal, Ottawa, Toronto and Vancouver, where he stayed in hotels and dined frequently in some of the country's finest restaurants. In total, the respondent was paid \$15,720 for his work. The police also paid an unknown amount for the respondent's hotels, room service, dinners, trips to the casino, and transportation. The total cost of the operation was \$413,268.

[39] At trial, the confessions the respondent made during the Mr. Big operation were admitted into evidence and he was convicted by a jury of two counts of first degree murder.

III. Proceedings Below

A. *Supreme Court of Newfoundland and Labrador Trial Division, 2007 NLTD 74, 265 Nfld. & P.E.I.R. 266*

(1) The Admissibility of the Mr. Big Confessions

[40] The respondent moved at trial to have the confessions he made during the Mr. Big operation excluded from evidence. The respondent argued that the intimidating and threatening conduct of the officers throughout the Mr. Big operation was oppressive and led to a "fundamental breach" of his rights

[36] Deux jours plus tard, soit le 11 juin 2005, l'intimé est retourné avec Jim au parc où ses filles s'étaient noyées. Jim a amené l'intimé à reconstituer les faits. Il s'est alors agenouillé, et l'intimé lui a montré comment il avait fait tomber les fillettes dans l'eau en lui donnant un petit coup de genou.

[37] Le 13 juin, l'intimé a été arrêté et inculpé de deux chefs d'accusation de meurtre au premier degré. Les policiers lui ont permis de passer un coup de fil, et c'est à Jim qu'il a d'abord téléphoné pour obtenir son aide.

[38] L'arrestation a eu lieu quatre mois après le début de l'opération Monsieur Big et près de trois ans après le décès des fillettes. Dans le cadre de cette opération, l'intimé et les agents ont pris part à 63 « scénarios ». L'intimé s'est rendu à Halifax, Montréal, Ottawa, Toronto et Vancouver, où il a séjourné à l'hôtel et pris maints repas dans certains des meilleurs restaurants du pays. Au total, l'intimé a touché une rémunération de 15 720 \$. La police a également versé une somme indéterminée pour son hébergement à l'hôtel, le service à sa chambre, ses repas, ses visites au casino et ses déplacements. Le coût de l'opération s'élève globalement à 413 268 \$.

[39] Au procès, les aveux de l'intimé recueillis dans le cadre de l'opération ont été admis en preuve, et le jury a déclaré l'intimé coupable des deux chefs d'accusation de meurtre au premier degré.

III. Historique judiciaire

A. *Cour suprême de Terre-Neuve-et-Labrador, Section de première instance, 2007 NLTD 74, 265 Nfld. & P.E.I.R. 266*

(1) L'admissibilité des aveux issus de l'opération Monsieur Big

[40] Au procès, l'intimé a demandé que les aveux issus de l'opération Monsieur Big soient exclus de la preuve. Il a fait valoir que la conduite intimidante et menaçante des agents tout au long de l'opération avait été oppressive et qu'il en avait résulté une [TRADUCTION] « atteinte fondamentale » à ses

under s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (para. 43). He also argued that this same conduct rendered his confessions inadmissible under the principled approach to the rule against hearsay, as the threatening police conduct made his confessions unreliable. The respondent testified on the *voir dire* and explained that he worked for the fictitious criminal organization because he was making good money and he was afraid of Jim and Paul. He denied confessing to Jim on April 10, 2005 and said that he had lied in his confessions on June 9 and 11, 2005 because he was afraid of Mr. Big.

[41] The trial judge denied the respondent's application. He rejected the respondent's evidence that he felt threatened and intimidated by the undercover operatives. Instead, he found that the respondent had bonded with them and continually sought more work from them. In addition, the trial judge found that the respondent was given a number of chances to leave the operation but he made no effort to do so.

(2) Testifying With the Public Excluded From the Courtroom

[42] Towards the end of his trial, the respondent brought an application requesting that he be allowed to testify with the public excluded from the courtroom. A *voir dire* was held and the respondent gave evidence. He explained that he wanted the public excluded during his testimony because he had never been good at "talk[ing] in front of a crowd". He said he would get "frustrated", "confused", and "all tangled up". He worried that the pressure of testifying in front of a courtroom full of people would cause him to have a seizure.

[43] The trial judge denied the respondent's application. The trial judge commented that he was "reluctant" to prevent the public from "hear[ing]" the respondent's evidence. In his view, "stress" was an insufficient reason for excluding the public from the courtroom. He also noted that the respondent had already given evidence in front of the public on the *voir dire* into the admissibility of his confessions and at his bail hearing.

droits garantis à l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* (par. 43). Il a ajouté que cette même conduite rendait ses aveux inadmissibles suivant l'approche raisonnée qui s'applique en matière de ouï-dire, car le comportement menaçant de la police en faisait des aveux non dignes de foi. Il a témoigné lors du voir-dire et expliqué qu'il avait travaillé pour l'organisation criminelle fictive parce qu'elle lui permettait de gagner beaucoup d'argent et qu'il craignait Jim et Paul. Il a nié avoir avoué les meurtres à Jim le 10 avril 2005, et a soutenu avoir menti les 9 et 11 juin 2005 parce qu'il craignait Monsieur Big.

[41] Le juge du procès a rejeté la demande de l'intimé. Il a écarté son témoignage selon lequel il s'était senti menacé et intimidé par les agents. Il a plutôt estimé que l'intimé s'était lié avec eux et leur avait sans cesse demandé de lui confier de nouvelles tâches. De plus, il a conclu que l'intimé aurait pu se soustraire à l'opération à bon nombre d'occasions, mais qu'il n'avait pris aucune mesure en ce sens.

(2) Témoignage à huis clos

[42] Vers la fin du procès, l'intimé a demandé à témoigner à huis clos. Un voir-dire a eu lieu. L'intimé y a témoigné et a expliqué qu'il ne voulait pas que le public assiste à son témoignage parce qu'il n'avait jamais su [TRADUCTION] « s'exprimer devant une foule », que cela le « frustrait », le rendait « incohérent » et l'« embrouillait ». Il craignait que le stress de témoigner devant public en salle d'audience ne déclenche chez lui une crise d'épilepsie.

[43] Le juge du procès a refusé le huis clos. Il a dit être [TRADUCTION] « réticent » à empêcher le public d'« entendre » le témoignage de l'intimé. À son avis, le « stress » ne constituait pas un motif susceptible de justifier l'exclusion du public de la salle d'audience. Il a aussi fait observer que l'intimé avait déjà témoigné en public lors du voir-dire sur l'admissibilité de ses aveux et lors de l'enquête sur cautionnement.

B. *Supreme Court of Newfoundland and Labrador, Court of Appeal, 2012 NLCA 61, 327 Nfld. & P.E.I.R. 178*

(1) The Admissibility of the Mr. Big Confessions

[44] At the Court of Appeal, the respondent argued that the confessions he made during the Mr. Big operation ought to have been excluded because they were obtained in breach of his right to silence under s. 7 of the *Charter*. Green C.J., writing for himself and Harrington J.A., allowed the appeal on this ground.

[45] The majority held that the protection afforded by the right to silence could be extended beyond situations where an individual had been detained by the state. In the majority's view, the question was not whether the respondent was "det[ained]" at the time of his confession to Mr. Big, but whether he was under "state control" (para. 198). In so concluding, the majority borrowed from the test articulated by this Court in *R. v. White*, [1999] 2 S.C.R. 417, to determine if a breach of his s. 7 right to silence had occurred.

[46] On the facts, the majority found that the respondent was clearly under state control when he confessed to Mr. Big. After considering the factors from *White*, the majority concluded a breach of s. 7 had occurred. As a result, the majority turned to s. 24(2) of the *Charter* and concluded that admitting the respondent's June 9 and 11, 2005 confessions would bring the administration of justice into disrepute.

[47] Barry J.A. dissented on the issue of the admissibility of the respondent's confessions. In his view, the respondent's right to silence was not triggered prior to detention. Moreover, the trial judge's finding that the respondent had numerous chances to leave the operation but made no effort to do so were findings of fact entitled to considerable deference on appeal. Even if the "state control" test was applicable, Barry J.A. would not have found a s. 7 violation.

B. *Cour suprême de Terre-Neuve-et-Labrador, Cour d'appel, 2012 NLCA 61, 327 Nfld. & P.E.I.R. 178*

(1) L'admissibilité des aveux issus de l'opération Monsieur Big

[44] En Cour d'appel, l'intimé a soutenu que ses aveux auraient dû être exclus de la preuve parce qu'ils avaient été obtenus au mépris de son droit de garder le silence garanti à l'art. 7 de la *Charte*. Le juge en chef Green, avec l'accord du juge Harrington, a accueilli le pourvoi pour ce motif.

[45] Les juges majoritaires concluent que la protection assurée par le droit de garder le silence peut s'appliquer dans d'autres situations que celle où une personne est détenue par l'État. À leur avis, la question n'est pas celle de savoir si l'intimé était [TRADUCTION] « détenu » au moment où il s'est confié à Monsieur Big, mais bien s'il était alors sous le « contrôle de l'État » (par. 198). Ils reprennent les conditions énoncées par la Cour dans l'arrêt *R. c. White*, [1999] 2 R.C.S. 417, pour déterminer s'il y a eu atteinte ou non au droit de garder le silence garanti à l'art. 7.

[46] Au vu des faits, les juges majoritaires statuent que l'intimé était manifestement sous le contrôle de l'État lorsqu'il est passé aux aveux. Ils s'appuient sur les conditions tirées de l'arrêt *White* pour conclure à l'atteinte à un droit garanti par l'art. 7. Ils appliquent donc le par. 24(2) de la *Charte* et opinent que l'admission en preuve des aveux obtenus les 9 et 11 juin 2005 aurait pour résultat de déconsidérer l'administration de la justice.

[47] Dissident sur la question de l'admissibilité des aveux, le juge Barry estime que l'intimé ne bénéficiait pas du droit de garder le silence avant sa mise sous garde. Il ajoute que la conclusion du juge du procès portant que l'intimé avait maintes fois eu l'occasion de se soustraire à l'opération, mais qu'il n'avait pris aucune mesure en ce sens, est de nature factuelle et commande une grande déférence. Même au regard du critère fondé sur le « contrôle de l'État », il n'est pas d'avis qu'il y a eu atteinte à un droit garanti par l'art. 7.

(2) Testifying With the Public Excluded From the Courtroom

[48] The Court of Appeal unanimously found that the trial judge unreasonably denied the respondent's application to testify with the public excluded from the courtroom. Barry J.A., with whom the majority agreed, held that fairness in this case required that the respondent have the opportunity to present his evidence as "clearly as possible" (para. 125). The respondent's history with seizures, his evidence that he became confused and had difficulty thinking straight in front of a crowd, the importance of any explanation he could provide regarding his confessions to Mr. Big, and the prejudice that would result if he resiled from his commitment made in the presence of the jury that he planned to testify, all weighed in favour of granting his request.

IV. Issues

[49] The Crown was granted leave to appeal on the following two issues:

- (1) Did the trial judge err in admitting the confessions made by the respondent during the Mr. Big operation?
- (2) Did the trial judge err in precluding the respondent from testifying with the public excluded from the courtroom?

V. Analysis

[50] While the crux of this appeal involves the respondent's confessions during the Mr. Big operation, I begin with his request to testify with the public excluded from the courtroom. That aspect of the appeal is straightforward and can be dealt with briefly.

A. *Testifying With the Public Excluded From the Courtroom*

[51] While the importance of the open court principle cannot be doubted, s. 486(1) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, provides trial judges with a discretion to exclude the public from the

(2) Témoignage à huis clos

[48] La Cour d'appel conclut à l'unanimité au caractère déraisonnable de la décision du juge du procès de rejeter la demande de l'intimé de témoigner à huis clos. Le juge Barry, auquel se rallient les juges majoritaires, statue que l'équité exigeait en l'espèce que l'intimé puisse présenter sa preuve [TRADUCTION] « aussi clairement que possible » (par. 125). L'épilepsie dont souffrait l'intimé, sa déclaration selon laquelle la présence d'un auditoire l'embrouillait et l'empêchait de bien réfléchir, l'importance de toute explication de ses aveux à Monsieur Big et l'effet préjudiciable de revenir sur l'engagement de témoigner pris en présence du jury auraient dû amener le juge à faire droit à la demande.

IV. Questions en litige

[49] Le ministère public a obtenu l'autorisation d'interjeter appel sur les deux questions suivantes :

- (1) Le juge du procès a-t-il eu tort d'admettre en preuve les aveux de l'intimé issus de l'opération Monsieur Big?
- (2) A-t-il eu tort de refuser d'entendre le témoignage de l'intimé à huis clos?

V. Analyse

[50] Même si le pourvoi porte essentiellement sur les aveux issus de l'opération Monsieur Big, j'examine d'abord la demande de l'intimé de témoigner à huis clos. Ce volet de l'appel est relativement simple, et la question peut être tranchée brièvement.

A. *Témoignage à huis clos*

[51] Malgré l'importance certaine du principe de la publicité des débats judiciaires, le par. 486(1) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, confère au juge du procès un pouvoir discrétionnaire qui lui

courtroom in several circumstances, including where such an order is in the interests of “the proper administration of justice”. In *Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney General)*, [1996] 3 S.C.R. 480, this Court set out three factors trial judges are to consider in making such an order: (1) the availability of reasonable and effective alternatives; (2) whether the order is limited as much as possible; and (3) the importance of the order’s objectives and its probable effects when weighed against the importance of openness and the particular expression that will be limited.

[52] In this case, the trial judge denied the respondent’s request, noting that “stress” was an insufficient reason for excluding the public from the courtroom. In consequence, the respondent did not testify.

[53] A trial judge’s decision under s. 486(1) is entitled to deference and “should not lightly be interfered with” (*Canadian Broadcasting Corp.*, at para. 78). Here, however, I am respectfully of the view that the trial judge erred in refusing the respondent’s request. The trial judge’s error lay at the third stage of the test. To begin, the respondent’s testimony was critically important in the circumstances of this case. If he was to be acquitted, the jury would have to believe, or at least have a reasonable doubt, that the confessions he made during the Mr. Big operation were false. Testifying in order to disavow them was a near tactical necessity for the respondent. The respondent sought to testify outside of the presence of the public in part because he was concerned that the stress of testifying in front of a full courtroom would cause him to have a seizure. It was incumbent on the trial judge, in the unique circumstances of this case, to take reasonable steps to accommodate the respondent’s disability and to facilitate his testimony.

[54] Unfortunately, the trial judge mistook the nature of the respondent’s request, as is apparent from his comment that he was reluctant to prevent the public from “hear[ing]” the respondent’s evidence. The respondent was not asking that the public be completely foreclosed from hearing his evidence.

permet d’exclure le public de la salle d’audience dans certains cas, notamment lorsque la mesure est dans l’intérêt de « la bonne administration de la justice ». Dans l’arrêt *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 480, la Cour énonce trois éléments à considérer avant de rendre une ordonnance en ce sens : (1) l’existence d’autres mesures raisonnables et efficaces, (2) la portée aussi circonscrite que possible de l’ordonnance et (3) l’importance des objectifs de l’ordonnance et de ses effets probables par rapport à celle de la publicité des débats et de l’activité d’expression qui sera restreinte.

[52] En l’espèce, le juge du procès a refusé le huis clos à l’intimé. Il a fait observer que le « stress » ne justifiait pas l’exclusion du public de la salle d’audience. L’intimé n’a donc pas témoigné.

[53] La décision d’un juge du procès fondée sur le par. 486(1) commande la déférence et « il ne faut pas intervenir à la légère » (*Société Radio-Canada*, par. 78). Or, soit dit en tout respect, j’estime que, en l’espèce, le juge a eu tort de rejeter la demande de l’intimé et que c’est au regard du troisième élément qu’il a commis une erreur. Le témoignage de l’intimé revêtait une importance cruciale dans les circonstances de l’affaire. Pour qu’il y ait acquittement, le jury devait être convaincu de la fausseté des aveux issus de l’opération Monsieur Big ou, du moins, douter raisonnablement de leur véracité. Sur le plan tactique, il était presque nécessaire que l’intimé témoigne pour répudier ses aveux. Il a demandé à témoigner à huis clos, notamment parce qu’il craignait que le stress de témoigner devant public en salle d’audience ne déclenche chez lui une crise d’épilepsie. Dans les circonstances propres à la présente affaire, il incombait au juge de prendre des mesures raisonnables pour tenir compte de la déficience de l’intimé et faciliter son témoignage.

[54] Le juge du procès s’est malheureusement mépris sur la nature de la demande, comme en fait foi sa remarque selon laquelle il était réticent à empêcher le public d’[TRADUCTION] « entendre » le témoignage de l’intimé. Or, la demande ne visait pas à empêcher totalement le public d’entendre le

Rather, he simply wanted to testify outside of their physical presence. As such, his evidence could have been made available to the public, while granting his request, by broadcasting his testimony into another courtroom on closed circuit television. In the particular circumstances of this case, granting the accommodation sought would not, in my view, have undermined the open court principle.

[55] As a result, I agree with the conclusion of the Court of Appeal. This error alone necessitates a new trial.

B. *The Admissibility of the Mr. Big Confessions*

(1) Mr. Big Operations in Canada

[56] The Mr. Big technique is a Canadian invention. Although a version of the technique appears to have been used by the police as far back as 1901, its modern use began in the 1990s and has continued since then (see *R. v. Todd* (1901), 4 C.C.C. 514 (Man. K.B.), at p. 523). According to the B.C. RCMP, the technique has been used across Canada on more than 350 occasions as of 2008.⁴

[57] The technique tends to follow a similar script in each case. Undercover officers conduct surveillance on a suspect in order to gather information about his or her habits and circumstances. Next, they approach the suspect and attempt to cultivate a relationship. The suspect and the undercover officers socialize and begin to work together, and the suspect is introduced to the idea that the officers work for a criminal organization that is run by their boss — “Mr. Big”. The suspect works for the criminal organization and is assigned simple and apparently illegal tasks — serving as a lookout, delivering packages, or counting large sums of money are common examples. As occurred in this case, this stage of the operation can last for several months. See T. E. Moore, P. Copeland and R. A. Schuller, “Deceit, Betrayal and the Search for Truth: Legal and Psychological Perspectives on the ‘Mr. Big’

témoignage, mais à ce que l’intimé témoigne hors de la présence du public. Ainsi, le juge aurait pu faire droit à la demande mais rendre le témoignage accessible au public par sa diffusion en circuit fermé dans une autre salle d’audience. Dans les circonstances particulières de l’espèce, accorder la mesure demandée n’aurait pas compromis, selon moi, la publicité des débats judiciaires.

[55] Conséquemment, je fais mienne la conclusion de la Cour d’appel. Cette seule erreur commande un nouveau procès.

B. *Admissibilité des aveux issus de l’opération Monsieur Big*

(1) Le recours à l’opération Monsieur Big au Canada

[56] La technique d’enquête Monsieur Big est une invention canadienne. Bien que sa première ébauche paraisse remonter à 1901, sa version moderne date des années 1990, et la police continue d’y recourir depuis (voir *R. c. Todd* (1901), 4 C.C.C. 514 (B.R. Man.), p. 523). Selon la GRC en Colombie-Britannique, en 2008, la technique avait été utilisée plus de 350 fois au Canada⁴.

[57] Le scénario est à peu près le même chaque fois. Des agents banalisés surveillent un suspect en vue de recueillir des renseignements sur ses habitudes et sur son mode de vie. Ils l’abordent ensuite et tentent de créer des liens avec lui. Le suspect et les agents socialisent et commencent à travailler ensemble; les agents font croire au suspect qu’ils travaillent pour une organisation criminelle que dirige un certain Monsieur Big. Le suspect travaille pour l’organisation criminelle, et on lui confie des tâches simples et apparemment illégales telles que faire le guet, livrer des colis ou compter d’importantes sommes d’argent. Cette étape de l’opération peut durer plusieurs mois, ce qui a été le cas en l’espèce. Voir T. E. Moore, P. Copeland et R. A. Schuller, « Deceit, Betrayal and the Search for Truth : Legal and Psychological Perspectives on the “Mr. Big” Strategy » (2009), 55 *Crim. L.Q.*

⁴ “Undercover Operations”, B.C. RCMP (online).

⁴ « Opérations d’infiltration », GRC en Colombie-Britannique (en ligne).

Strategy” (2009), 55 *Crim. L.Q.* 348, at pp. 351-52; K. T. Keenan and J. Brockman, *Mr. Big: Exposing Undercover Investigations in Canada* (2010), at p. 19.

[58] As the operation wears on, the suspect is offered increasing responsibility and financial rewards. By flying the suspect across the country, putting him up in hotels, and taking him to expensive restaurants, undercover officers show the suspect that working with the group provides a life of luxury and close friendships. All the while, the suspect is constantly reminded that his or her ultimate acceptance into the group depends on Mr. Big’s approval (see Keenan and Brockman, at p. 20).

[59] Throughout the operation, the suspect is also told that the organization demands honesty, trust and loyalty from its members. An aura of violence is cultivated to reinforce these values. Officers teach the suspect that those who betray the trust of the organization are met with violence. They do this by telling the suspect that the organization kills “rats”, or by exposing him to simulated acts of violence perpetrated by members of the organization against other undercover officers as punishment for imagined betrayals (see, e.g., Moore, Copeland and Schuller, at pp. 356-57). *R. v. Hathway*, 2007 SKQB 48, 292 Sask. R. 7, provides a stark example. In that case, undercover officers simulated an assault on a woman who had crossed the criminal organization. During the beating, officers threatened to kill the woman, her husband, and her infant child. The accused watched as undercover officers threw the bloodied woman into the trunk of a car.

[60] Once the stage is set, the operation culminates in a meeting, akin to a job interview, between the suspect and Mr. Big. Invariably during these meetings, Mr. Big expresses concern about the suspect’s criminal past and the particular crime under investigation by the police. As the meeting unfolds, it becomes clear that confessing to the crime provides a ticket into the criminal organization and safety from the police. Suspects may be told that Mr. Big has conclusive evidence of

348, p. 351-352; K. T. Keenan et J. Brockman, *Mr. Big : Exposing Undercover Investigations in Canada* (2010), p. 19.

[58] Avec le temps, on finit par offrir au suspect de plus en plus de responsabilités et d’avantages financiers. En lui faisant parcourir le pays en avion, en le logeant à l’hôtel et en l’invitant dans des restaurants coûteux, les agents montrent au suspect que travailler pour l’organisation permet de faire la grande vie et de nouer de solides amitiés. Simultanément, on rappelle constamment au suspect que son admission dans le groupe dépend au final de la décision de Monsieur Big (voir Keenan et Brockman, p. 20).

[59] Tout au long de l’opération, le suspect se fait rappeler que l’organisation exige de ses membres honnêteté, confiance et loyauté. Un climat de violence est entretenu afin d’inciter au respect de ces valeurs. Les agents préviennent le suspect que celui qui trahit la confiance de l’organisation s’expose à des actes de violence. On lui dit par exemple que l’organisation supprime les traîtres ou on le fait assister à des actes de violence simulés où un membre de l’organisation s’en prend à un autre pour le punir d’une supposée trahison (voir p. ex. Moore, Copeland et Schuller, p. 356-357). L’arrêt *R. c. Hathway*, 2007 SKQB 48, 292 Sask. R. 7, offre un exemple frappant. Dans cette affaire, les agents avaient simulé l’agression d’une femme qui avait trahi l’organisation criminelle. Tandis qu’ils la battaient, ils avaient menacé de les tuer, elle, son conjoint et leur enfant. L’accusé avait observé les agents jeter le corps ensanglanté de la femme dans le coffre d’une voiture.

[60] Une fois le décor planté, l’opération atteint son point culminant lors de la rencontre — semblable à un entretien d’embauche — du suspect et de Monsieur Big. À chaque fois, Monsieur Big exprime alors son inquiétude au sujet des antécédents criminels du suspect et du crime sous enquête. Puis, progressivement, il devient évident au suspect que, s’il avoue le crime, il pourra entrer dans l’organisation criminelle et se mettre ainsi à l’abri de la police. On peut aussi lui dire que

their guilt and that denying the offence will be seen as proof of a lack of trustworthiness. In another variation, suspects are told that Mr. Big has learned from contacts within the police that a prosecution for the offence is imminent based on new evidence. The organization offers to protect the target through a variety of means — by offering to eliminate a witness or by having someone else confess to the crime — if the suspect confesses to Mr. Big. Throughout the interrogation, any denials of guilt are dismissed as lies, and Mr. Big presses for a confession (see, e.g., *C.L.A. factum*, at paras. 7-8; Keenan and Brockman, at pp. 19-21).

[61] As indicated, the technique has proved valuable and has been used to secure convictions in hundreds of cases (see, e.g., *R. v. Copeland*, 1999 BCCA 744, 131 B.C.A.C. 264, where a confession elicited through a Mr. Big operation led the police to the victim's previously undiscovered body).

[62] To date, there are no established wrongful convictions stemming from its use. However, in 1992, Kyle Unger was convicted of murder based in part on a confession elicited through a Mr. Big operation, as well as forensic evidence found at the scene of the crime. In 2004, the forensic evidence was called into question by a review committee. The Minister of Justice ordered a review of the conviction, and the Crown ultimately withdrew the charges after determining it did not have sufficient evidence to proceed with a new trial (see also *R. v. Bates*, 2009 ABQB 379, 468 A.R. 158, where an accused, though properly convicted of manslaughter, overstated his involvement by falsely confessing to Mr. Big that he was the person who shot a rival drug dealer).

(2) Do We Need a Test for Determining the Admissibility of Mr. Big Confessions?

[63] In cases where the Mr. Big technique has been used, the ensuing confessions have typically been

Monsieur Big dispose de preuves concluantes de sa culpabilité et que nier son crime sera interprété comme un manque de confiance. Dans un autre cas de figure, on lui dit que Monsieur Big a appris d'informateurs au sein de la police que des accusations fondées sur de nouveaux éléments de preuve étaient imminentes. L'organisation offre au suspect de le protéger par différents moyens, telles l'élimination d'un témoin ou l'obtention de l'aveu d'une autre personne, à condition qu'il avoue son crime à Monsieur Big. Tout au long de l'interrogatoire, les dénégations de culpabilité sont tenues pour mensongères, et Monsieur Big insiste pour que le suspect avoue (voir, p. ex., le mémoire de la *C.L.A.*, par. 7-8; Keenan et Brockman, p. 19-21).

[61] Rappelons que la technique s'est révélée très utile dans des centaines d'affaires où des déclarations de culpabilité ont pu être obtenues (voir p. ex. *R. c. Copeland*, 1999 BCCA 744, 131 B.C.A.C. 264, où l'aveu recueilli a permis aux forces policières de découvrir le corps de la victime).

[62] À ce jour, on n'a recensé aucun cas de déclaration de culpabilité injustifiée imputable au recours à la technique. Toutefois, en 1992, Kyle Unger a été déclaré coupable de meurtre en partie sur la foi d'un aveu issu d'une opération Monsieur Big, ainsi que d'éléments de preuve médico-légale prélevés sur la scène du crime. En 2004, la preuve médico-légale a été mise en doute par un comité d'examen. Le ministre de la Justice a ordonné la révision de la déclaration de culpabilité, puis le ministère public a finalement retiré les accusations après avoir conclu que la preuve n'était pas suffisante pour la tenue d'un nouveau procès (voir aussi *R. c. Bates*, 2009 ABQB 379, 468 A.R. 158, où l'accusé, bien que déclaré coupable à juste titre d'homicide involontaire coupable, avait exagéré sa participation au crime en avouant faussement à Monsieur Big qu'il avait abattu un trafiquant de drogues rival).

(2) L'établissement d'un test est-il nécessaire pour déterminer si l'aveu issu d'une opération Monsieur Big est admissible ou non?

[63] Dans les affaires où la technique a été utilisée, les aveux obtenus ont généralement été

received at trial. Under the existing case law, they have been admitted under the party admissions exception to the hearsay rule (see *R. v. Evans*, [1993] 3 S.C.R. 653, at p. 664; *R. v. Osmar*, 2007 ONCA 50, 84 O.R. (3d) 321, at para. 53). The admissibility of party admissions flows from the adversarial nature of our trial system, and the belief that “what a party has previously stated can be admitted against the party in whose mouth it does not lie to complain of the unreliability of his or her own statements” (*Evans*, at p. 664).

[64] Attempts to extend existing legal protections to Mr. Big operations have failed. This Court has held that Mr. Big operations do not engage the right to silence because the accused is not detained by the police at the time he or she confesses (see *R. v. McIntyre*, [1994] 2 S.C.R. 480; *R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151). And the confessions rule — which requires the Crown to prove an accused’s statement to a person in authority is “voluntary” — is inoperative because the accused does not know that Mr. Big is a police officer when he confesses (see *R. v. Grandinetti*, 2005 SCC 5, [2005] 1 S.C.R. 27).

[65] Under existing law, it appears that defence counsel have only two options for challenging the admissibility of these confessions: under the doctrine of abuse of process, or under a trial judge’s overriding discretion to exclude evidence that is more prejudicial than probative. Trial judges have only rarely excluded Mr. Big confessions under either of these doctrines. Indeed, the parties could find no case in which a Mr. Big confession was excluded as an abuse of process, and only one case in which a confession was excluded on the basis that its prejudicial effect exceeded its probative value (see *R. v. Creek*, 1998 CanLII 3209 (B.C.S.C.)).

[66] A threshold issue raised by this appeal is whether the existing framework adequately protects

admis en preuve au procès. Selon la jurisprudence actuelle, ils le sont sur le fondement de l’exception à la règle du oui-dire qui s’applique aux déclarations de l’intéressé (voir *R. c. Evans*, [1993] 3 R.C.S. 653, p. 664; *R. c. Osmar*, 2007 ONCA 50, 84 O.R. (3d) 321, par. 53). L’admissibilité des déclarations de l’intéressé découle de la nature contradictoire du débat judiciaire et de la croyance selon laquelle « les déclarations antérieures d’une [personne] peuvent être admises contre [elle, car elle] ne peut se plaindre de la non-fiabilité de ses propres déclarations » (*Evans*, p. 664).

[64] On a tenté en vain d’opposer les garanties juridiques existantes aux aveux issus d’opérations Monsieur Big. La Cour a statué qu’une telle opération ne met pas en jeu le droit de l’accusé de garder le silence car il n’est pas détenu par la police au moment où il avoue (voir *R. c. McIntyre*, [1994] 2 R.C.S. 480; *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151). La règle applicable en la matière, à savoir que le ministère public est tenu de prouver le caractère « volontaire » de la déclaration de l’accusé à une personne en situation d’autorité, ne s’applique pas non plus parce que, lorsqu’il avoue, l’accusé ne sait pas que Monsieur Big est policier (voir *R. c. Grandinetti*, 2005 CSC 5, [2005] 1 R.C.S. 27).

[65] Dans l’état actuel du droit, il semble que deux avenues seulement s’offrent à l’avocat de la défense pour contester l’admissibilité de tels aveux : la doctrine de l’abus de procédure ou le pouvoir discrétionnaire prépondérant du juge du procès qui lui permet d’écarter une preuve dont l’effet préjudiciable l’emporte sur la valeur probante. Les aveux issus d’une opération Monsieur Big ont rarement été écartés au procès grâce au recours à l’un ou l’autre moyen. En effet, les parties n’ont pu citer une décision où l’aveu avait été écarté en raison d’un abus de procédure, non plus qu’une décision dans laquelle l’aveu avait été écarté au motif que son effet préjudiciable l’emportait sur sa valeur probante (voir *R. c. Creek*, 1998 CanLII 3209 (C.S.C.-B.)).

[66] Le pourvoi soulève la question préliminaire de savoir si le cadre législatif actuel protège

the rights of those subject to Mr. Big investigations. The Crown contends that no further protections are needed and that the law as it stands strikes a proper balance between the accused's rights and the need for effective policing. By contrast, the respondent and *amicus curiae* submit that Mr. Big confessions present unique dangers that must be addressed by placing a filter on their admissibility.

[67] I agree with the respondent and *amicus curiae*. In my view, the law as it stands today provides insufficient protection to accused persons who confess during Mr. Big operations. Three concerns lead me to this conclusion.

(a) *The Danger of Unreliable Confessions*

[68] First, because of the nature of Mr. Big operations, concerns arise as to the reliability of the confessions they produce. The purpose of these operations is to induce confessions, and they are carefully calibrated to achieve that end. Over a period of weeks or months, suspects are made to believe that the fictitious criminal organization for which they work can provide them with financial security, social acceptance, and friendship. Suspects also come to learn that violence is a necessary part of the organization's business model, and that a past history of violence is a boast-worthy accomplishment. And during the final meeting with Mr. Big — which involves a skillful interrogation conducted by an experienced police officer — suspects learn that confessing to the crime under investigation provides a consequence-free ticket into the organization and all of the rewards it provides.

[69] It seems a matter of common sense that the potential for a false confession increases in proportion to the nature and extent of the inducements held out to the accused. Unsurprisingly, this view is supported by academic literature (see *R. v. Oickle*, 2000 SCC 38, [2000] 2 S.C.R. 3, at paras. 39 and 44; S. M. Kassin et al., "Police-Induced Confessions: Risk Factors and Recommendations" (2010), 34 *Law & Hum. Behav.* 3, at pp. 14-15).

adéquatement les droits de la personne qui est visée par une enquête Monsieur Big. Le ministère public soutient qu'aucune protection supplémentaire n'est requise et que le droit actuel établit un juste équilibre entre les droits de l'accusé et la nécessité de l'efficacité policière. En revanche, l'intimé et l'*amicus curiae* font valoir que l'aveu issu d'une telle opération présente des risques particuliers qui justifient le contrôle de son admissibilité.

[67] Je conviens avec l'intimé et l'*amicus curiae* que le droit actuel n'offre pas de protection suffisante à l'accusé qui avoue un crime dans le cadre d'une opération Monsieur Big. Trois considérations sous-tendent ma conclusion.

a) *Le risque d'un aveu non digne de foi*

[68] Premièrement, la nature même de l'opération suscite des interrogations quant à la fiabilité de l'aveu obtenu. L'objectif est de faire en sorte que le suspect avoue, et l'opération est soigneusement conçue à cette fin. Pendant des semaines, voire des mois, le suspect est amené à croire que l'organisation criminelle fictive pour laquelle il travaille peut lui offrir sécurité financière, acceptation sociale et liens d'amitié. Il en vient également à comprendre que la violence est un élément essentiel de son fonctionnement et que les antécédents de violence sont perçus comme des réalisations dont on peut s'enorgueillir. De plus, lors de l'entretien déterminant avec Monsieur Big — où un interrogatoire habile est mené par un agent de police expérimenté —, le suspect comprend qu'avouer le crime sous enquête lui ouvrira les portes de l'organisation et lui donnera impunément accès à tous les avantages qui découlent de cette appartenance.

[69] Il semble aller de soi que le risque de faux aveux augmente en fonction de la nature et de l'importance des gratifications offertes à l'accusé, ce que confirment la jurisprudence et la doctrine (voir *R. c. Oickle*, 2000 CSC 38, [2000] 2 R.C.S. 3, par. 39 et 44; S. M. Kassin et autres, « Police-Induced Confessions : Risk Factors and Recommendations » (2010), 34 *Law & Hum. Behav.* 3, p. 14-15).

[70] The common law confessions rule serves to illustrate the importance of a trial judge's role in assessing reliability. The confessions rule has long concerned itself with the dangers posed by unreliable confessions (see, e.g., G. A. Martin, "The Admissibility of Confessions and Statements" (1963), 5 *Crim. L.Q.* 35, at p. 35). Under the confessions rule, we recognize that unreliable confessions made by an accused pose particular dangers, as juries often attach great weight to the accused's own words. When an accused falsely confesses to a crime, the risk of a wrongful conviction becomes acute. This Court recognized as much in *Oickle*, when it noted that false confessions have played an "important role" in cases where wrongful convictions have occurred (para. 36). Subsequent research has confirmed that risk. In 40 of the first 250 DNA exonerations in the United States, for example, the accused was found to have falsely confessed to the crime (see B. L. Garrett, "The Substance of False Confessions" (2010), 62 *Stan. L. Rev.* 1051).

[71] The confessions rule thus guards against the danger of unreliable confessions by requiring the Crown to prove to a judge beyond a reasonable doubt that an accused's statement was voluntarily made. Where the Crown is unable to do so, the accused's statement is rendered inadmissible.

[72] But as the law stands today, unlike our approach with the confessions rule, we have failed to adopt a consistent approach to assessing the reliability of Mr. Big confessions before they go to the jury. This is so despite the obvious nature of the inducements these operations create. In my view, it would be dangerous and unwise to assume that we do not need to be concerned about the reliability of Mr. Big confessions simply because the suspect does not know that the person pressuring him to confess is a police officer. And although it will be easier for a jury to understand why an accused would falsely confess to Mr. Big than to the police during a conventional interrogation (because of the more obvious nature of the inducements and the accused's belief that it is in his self-interest to

[70] La règle des confessions que prévoit la common law montre l'importance du rôle du juge du procès dans l'appréciation de la fiabilité. Ce n'est pas d'hier qu'elle se soucie du risque d'un aveu non digne de foi (voir p. ex. G. A. Martin, « The Admissibility of Confessions and Statements » (1963), 5 *Crim. L.Q.* 35, p. 35). Aux fins de son application, nous reconnaissons que l'aveu non digne de foi présente des risques particuliers, car le jury accorde souvent une grande importance aux propos de l'accusé. Lorsqu'un accusé avoue faussement un crime, le risque d'une déclaration de culpabilité injustifiée est énorme. La Cour le reconnaît dans l'arrêt *Oickle* lorsqu'elle fait observer que les faux aveux ont joué un « rôle important » dans les cas recensés de déclaration de culpabilité injustifiée (par. 36). Les résultats de recherches subséquentes confirment l'existence de ce risque. Dans 40 des 250 premiers cas de disculpation fondée sur l'ADN, on a conclu que l'accusé avait faussement avoué un crime (voir B. L. Garrett, « The Substance of False Confessions » (2010), 62 *Stan. L. Rev.* 1051).

[71] La règle des confessions protège donc contre le risque d'aveux non dignes de foi par l'exigence faite au ministère public de prouver hors de tout doute raisonnable le caractère volontaire de la déclaration de l'accusé. Lorsque le ministère public ne peut offrir cette preuve, la déclaration de l'accusé est inadmissible.

[72] Or, dans l'état actuel du droit, nulle approche cohérente — comme celle qui vaut pour la règle des confessions — ne préside à l'appréciation de la fiabilité de l'aveu issu d'une opération Monsieur Big avant la communication au jury, et ce, malgré le caractère évident des incitations auxquelles donne lieu ce genre d'opération. À mon avis, il serait risqué et peu avisé de considérer que nous n'avons pas à nous soucier de la fiabilité de l'aveu pour la seule raison que le suspect ne sait pas que la personne qui le presse d'avouer est policier. Aussi, même si un jury concevra plus volontiers qu'un accusé avoue faussement un crime à Monsieur Big, mais pas à la police lors d'un interrogatoire classique (en raison du caractère clairement plus incitatif des avantages et de la croyance de l'accusé qu'il va de son intérêt

confess), this does not provide a complete answer to the reliability concerns raised by these confessions. Under the confessions rule, we do not abandon our concern for reliability in cases where a confession is the product of clear threats or inducements, on the assumption that the jury will have an easier time understanding why it is unreliable.

(b) *The Prejudicial Effect of Mr. Big Confessions*

[73] The second concern with Mr. Big confessions — and one that distinguishes them from confessions made in other contexts — is that they are invariably accompanied by prejudicial facts regarding the accused’s character. Putting these confessions into evidence requires showing the jury that the accused wanted to join a criminal organization and that he participated in “simulated” crimes that he believed were real. The absence of a consistent approach in assessing the admissibility of these confessions sits uneasily with the general rule that bad character evidence is presumptively inadmissible for the Crown. This centuries-old rule prohibits the Crown from leading evidence of misconduct engaged in by the accused that is unrelated to the charges before the court, unless it can demonstrate that its probative value outweighs its prejudicial effect (see *R. v. Handy*, 2002 SCC 56, [2002] 2 S.C.R. 908).

[74] Bad character evidence causes two kinds of prejudice. It causes “moral prejudice” by marring the character of the accused in the eyes of the jury, thereby creating a risk that the jury will reason from the accused’s general disposition to the conclusion that he is guilty of the crime charged, or that he is deserving of punishment in any event (*Handy*, at para. 31). And it causes “reasoning prejudice” by distracting the jury’s focus away from the offence charged, toward the accused’s extraneous acts of misconduct (*ibid.*). As this Court held in *Handy*, the “poisonous potential” of bad character evidence cannot be doubted (para. 138).

d’avouer), la crainte de la non-fiabilité de l’aveu n’est pas écartée pour autant. Pour les besoins de la règle des confessions, nous continuons à nous soucier de la fiabilité de l’aveu qui résulte de menaces ou d’incitations manifestes, sans nous en remettre à l’aptitude du jury à comprendre aisément en quoi l’aveu n’est pas digne de foi.

b) *Effet préjudiciable de l’aveu issu d’une opération Monsieur Big*

[73] Le deuxième problème d’un tel aveu est qu’il s’accompagne toujours de la relation de faits qui sont préjudiciables à l’accusé sur le plan de la moralité, ce qui le distingue d’un aveu fait dans d’autres contextes. Pour mettre pareil aveu en preuve, il faut montrer au jury que l’accusé a voulu se joindre à une organisation criminelle et qu’il a participé à des crimes « simulés » qu’il croyait réels. L’absence d’une approche cohérente qui permet d’apprécier l’admissibilité de l’aveu cadre mal avec la règle générale suivant laquelle le ministère public ne peut en principe recourir à une preuve de mauvaise moralité. Cette règle plusieurs fois centenaire interdit en effet au ministère public de présenter une preuve de mauvaise conduite de l’accusé qui est sans lien avec l’accusation, sauf s’il démontre que sa force probante l’emporte sur son effet préjudiciable (voir *R. c. Handy*, 2002 CSC 56, [2002] 2 R.C.S. 908).

[74] La preuve de mauvaise moralité inflige un préjudice de deux manières. D’abord, elle cause un « préjudice moral » en entachant la réputation de l’accusé aux yeux des jurés, de sorte qu’ils risquent de s’appuyer sur la prédisposition générale de l’accusé pour conclure qu’il est coupable ou qu’il mérite d’être puni de toute façon (*Handy*, par. 31). De plus, elle inflige un « préjudice par raisonnement » en ce qu’elle détourne l’attention du jury pour la reporter sur des actes répréhensibles qui n’ont rien à voir avec l’accusation (*ibid.*). Comme le dit la Cour dans *Handy*, on ne saurait douter que la preuve de mauvaise moralité peut avoir des « effets pernicieux » (par. 138).

[75] When a Mr. Big confession is admitted, the character evidence that accompanies it places the accused in a difficult situation. In these cases, the accused is often obliged, as a tactical necessity, to testify in order to explain why he falsely confessed to Mr Big. The character evidence that has already been admitted is damaging in this context because it shrouds the accused with an aura of distrust before he or she steps into the witness box. This distrust is compounded when the accused asks the jury to disregard his confession because he was lying when he gave it. And all of this furnishes the Crown with ample fodder for a forceful attack on the accused's credibility in cross-examination.

[76] Despite the well-established presumption that bad character evidence is inadmissible, it is routinely admitted in Mr. Big cases because it provides the relevant context needed to understand how the accused's pivotal confession came about. Indeed, even the accused comes to depend on this evidence in order to show the nature of the inducements he faced and the reason his confession should not be believed.

[77] In my view, the prejudicial effect of Mr. Big confessions is a substantial concern, especially since these confessions may also be unreliable. Putting evidence before a jury that is both unreliable and prejudicial invites a miscarriage of justice. The law must respond to these dangers. The fact that there are no proven wrongful convictions in cases involving Mr. Big confessions provides little comfort. The criminal justice system cannot afford to wait for miscarriages of justice before taking reasonable steps to prevent them.

(c) *Police Misconduct*

[78] Finally, Mr. Big operations create a risk that the police will resort to unacceptable tactics in their pursuit of a confession. As mentioned, in conducting these operations, undercover officers often cultivate

[75] Lorsqu'un aveu issu d'une opération Monsieur Big est admis en preuve, la preuve de moralité dont il s'accompagne place l'accusé dans une situation difficile. En effet, des considérations stratégiques obligent souvent l'accusé à témoigner pour expliquer le faux aveu à Monsieur Big. La preuve de moralité déjà admise lui est préjudiciable en ce qu'elle inspire de la méfiance à son endroit avant même qu'il ne prenne place à la barre des témoins. Cette méfiance s'accroît lorsque l'accusé demande au jury de ne pas tenir compte de son aveu parce qu'il a menti. Et tous ces éléments permettent au ministère public de s'en prendre vigoureusement à la crédibilité de l'accusé lors de son contre-interrogatoire.

[76] Malgré la présomption bien établie de son inadmissibilité, la preuve de mauvaise moralité est couramment admise dans les affaires d'opération Monsieur Big parce qu'elle offre le contexte nécessaire pour déterminer comment l'aveu a été soutiré à l'accusé. En fait, l'accusé voit même son sort dépendre de cette preuve, car il doit démontrer la nature des incitations dont il a fait l'objet et avancer les motifs pour lesquels on ne devrait pas ajouter foi à son aveu.

[77] À mon sens, l'effet préjudiciable de l'admission de l'aveu issu d'une opération Monsieur Big constitue un grave problème, d'autant plus que l'aveu peut aussi se révéler non digne de foi. Présenter au jury une preuve qui est à la fois non digne de foi et préjudiciable invite à l'erreur judiciaire. Le droit doit prévenir la réalisation de ce risque. L'absence de cas avéré de déclaration de culpabilité injustifiée fondée sur un aveu issu d'une opération Monsieur Big offre une maigre consolation. Le système de justice pénale ne peut se permettre d'attendre qu'une erreur judiciaire se produise pour prendre les mesures préventives qui s'imposent.

c) *Comportement répréhensible des policiers*

[78] Enfin, l'opération Monsieur Big fait naître le risque que les policiers recourent à des moyens inacceptables pour obtenir des aveux. Rappelons que, lors d'une telle opération, les agents font

an aura of violence in order to stress the importance of trust and loyalty within the organization. This can involve — as it did in this case — threats or acts of violence perpetrated in the presence of the accused. In these circumstances, it is easy to see a risk that the police will go too far, resorting to tactics which may impact on the reliability of a confession, or in some instances amount to an abuse of process.

[79] At present, however, these operations are conducted in a legal vacuum. The legal protections afforded to accused persons, which are often intended at least in part to place limits on the conduct of the police in their investigation and interrogation of accused people, have no application to Mr. Big operations. The confessions rule, for example, is intended not only to guard against the risk of unreliable confessions, but also to prevent abusive state conduct (see *R. v. Hodgson*, [1998] 2 S.C.R. 449, at para. 20). Yet its protection does not apply because the accused does not know the person he is speaking to is a person in authority. Other protections — like the right to counsel under s. 10(b) of the *Charter* — are rendered inapplicable because the accused is not “det[ained]” by the police while the operation is ongoing. And the doctrine of abuse of process — intended to protect against abusive state conduct — appears to be somewhat of a paper tiger. To date, it has never operated to exclude a Mr. Big confession, nor has it ever led to the stay of charges arising from one of these operations.

[80] In my view, the lack of an effective mechanism for monitoring the conduct of the undercover officers who engage in these operations is problematic. The law must enable trial judges to respond effectively to police misconduct in this context.

souvent régner un climat de violence afin de souligner l’importance de la confiance et de la loyauté au sein de l’organisation. Il peut s’agir, comme en l’espèce, de menaces ou d’actes de violence perpétrés en présence de l’accusé. Il est donc aisé de concevoir le risque que la police aille trop loin et recoure à des tactiques susceptibles de mettre en doute la fiabilité d’un aveu ou, dans certains cas, d’équivaloir à un abus de procédure.

[79] Pour l’heure, toutefois, les opérations Monsieur Big se déroulent dans un vide juridique. Les garanties juridiques accordées à l’accusé et dont la raison d’être est souvent, du moins en partie, d’imposer des limites aux policiers lorsqu’ils mènent des enquêtes et des interrogatoires, ne s’appliquent pas à l’opération. Par exemple, la règle des confessions, qui vise non seulement à prévenir le risque d’un aveu non digne de foi, mais aussi à empêcher le comportement abusif de l’État (voir *R. c. Hodgson*, [1998] 2 R.C.S. 449, par. 20), ne s’applique pas dans le contexte considéré en l’espèce, car l’accusé ignore que son interlocuteur est une personne en situation d’autorité. D’autres garanties comme le droit à l’assistance d’un avocat prévu à l’al. 10b) de la *Charte* sont rendues inapplicables du fait que l’accusé n’est pas « déten[u] » par la police pendant le déroulement de l’opération. Quant à la doctrine de l’abus de procédure — censée protéger contre le comportement abusif de l’État —, son effet paraît en quelque sorte dérisoire. À ce jour, elle ne s’est jamais appliquée de manière à exclure un aveu issu d’une opération Monsieur Big et elle n’a jamais permis l’arrêt des procédures après que des accusations eurent été portées dans la foulée d’une telle opération.

[80] À mon avis, l’absence d’un mécanisme efficace pour contrôler le comportement des agents qui se livrent à une telle opération clandestine est problématique. Le droit doit permettre au juge du procès de sévir utilement contre le comportement répréhensible des policiers dans ce contexte.

(3) How Should the Law Respond to the Problems Posed by Mr. Big Confessions?

[81] Having determined that the law must respond to the risks inherent in Mr. Big confessions, the more difficult question is what form that response should take. Mr. Big operations raise three distinct concerns — reliability, prejudice, and the potential for police misconduct — and we must ensure that trial judges have the tools they need to address all three of these issues.

[82] The parties and interveners have provided a long list of options for dealing with the problems raised by Mr. Big confessions. They include affirming the Court of Appeal's extension of the s. 7 right to silence, expanding the common law confessions rule to apply to Mr. Big operations, subjecting Mr. Big confessions to the principled approach that now governs hearsay evidence, or assessing the reliability of Mr. Big confessions before admitting them into evidence as a means of ensuring an accused's right to a fair trial under ss. 7 and 11(d) of the *Charter*. Rather than pointing to a clear solution, the diversity of the options provided reflects the difficulty of the task that confronts us.

[83] In searching for a response to the concerns these operations raise, we must proceed cautiously. To be sure, Mr. Big operations can become abusive, and they can produce confessions that are unreliable and prejudicial. We must seek a legal framework that protects accused persons, and the justice system as a whole, against these dangers. On the other hand, Mr. Big operations are not necessarily abusive, and are capable of producing valuable evidence, the admission of which furthers the interests of justice. We ought not forget that the Mr. Big technique is almost always used in cold cases involving the most serious crimes. Put simply, in responding to the dangers posed by Mr. Big confessions, we should be wary about allowing serious crimes to go unpunished.

(3) Comment le droit doit-il s'attaquer aux problèmes que pose l'aveu issu d'une opération Monsieur Big?

[81] Une fois établie la nécessité que le droit s'attaque aux risques inhérents à l'aveu issu d'une telle opération, le plus difficile est de déterminer comment il doit le faire. L'aveu pose problème sous trois rapports distincts : la fiabilité, le caractère préjudiciable et le risque de comportement répréhensible des policiers. Il nous faut faire en sorte que le juge du procès dispose des moyens voulus pour remédier aux difficultés liées à ces trois considérations.

[82] Parties et intervenants dressent une longue liste de solutions possibles, dont les suivantes : confirmer l'élargissement par la Cour d'appel du droit de garder le silence prévu à l'art. 7, élargir la règle des confessions en common law pour qu'elle s'applique à l'opération Monsieur Big, assujettir l'aveu issu de cette opération à l'approche raisonnée qui régit désormais la preuve par oui-dire ou apprécier la fiabilité de l'aveu avant d'admettre celui-ci en preuve afin de protéger le droit de l'accusé à un procès équitable suivant l'art. 7 et l'al. 11d) de la *Charte*. Au lieu de dégager une solution claire, ces différentes avenues font ressortir la difficulté de notre tâche.

[83] Il nous faut faire preuve de circonspection dans la recherche d'une solution aux problèmes que pose l'opération Monsieur Big. Il va sans dire qu'une telle opération peut devenir abusive et peut déboucher sur un aveu non digne de foi et préjudiciable. Nous devons concevoir un cadre juridique qui protège l'accusé, de même que l'ensemble du système de justice, contre ces risques. D'un autre côté, l'opération n'est pas nécessairement abusive et permet parfois de recueillir de précieux éléments dont l'admission en preuve sert les intérêts de la justice. N'oublions pas que la technique est presque toujours utilisée dans le cas des crimes les plus graves demeurés non résolus. En somme, dans notre recherche d'une solution aux risques que présente l'aveu issu d'une opération Monsieur Big, nous devons nous garder de permettre que les auteurs de crimes graves demeurent impunis.

(a) *Summary of a Proposed Solution*

[84] In this section, I propose a solution that, in my view, strikes the best balance between guarding against the dangers posed by Mr. Big operations, while ensuring the police have the tools they need to investigate serious crime. This solution involves a two-pronged approach that (1) recognizes a new common law rule of evidence, and (2) relies on a more robust conception of the doctrine of abuse of process to deal with the problem of police misconduct.

[85] The first prong recognizes a new common law rule of evidence for assessing the admissibility of these confessions. The rule operates as follows: Where the state recruits an accused into a fictitious criminal organization of its own making and seeks to elicit a confession from him, any confession made by the accused to the state during the operation should be treated as presumptively inadmissible. This presumption of inadmissibility is overcome where the Crown can establish, on a balance of probabilities, that the probative value of the confession outweighs its prejudicial effect. In this context, the confession's probative value turns on an assessment of its reliability. Its prejudicial effect flows from the bad character evidence that must be admitted in order to put the operation and the confession in context. If the Crown is unable to demonstrate that the accused's confession is admissible, the rest of the evidence surrounding the Mr. Big operation becomes irrelevant and thus inadmissible. This rule, like the confessions rule in the case of conventional police interrogations, operates as a specific qualification to the party admissions exception to the hearsay rule.⁵

[86] As regard the second prong, I would rely on the doctrine of abuse of process to deal with the problem of police misconduct. I recognize that

⁵ This rule targets Mr. Big operations in their present form. A change in the way the police use undercover operations to elicit confessions may escape the scope of this rule. However, it is not for this Court to anticipate potential developments in policing. To do so would be speculative. Time will tell whether, in a future case, the principles that underlie this rule warrant extending its application to another context.

a) *Résumé de la solution préconisée*

[84] Dans la présente partie, je propose la solution qui, à mon avis, offre le meilleur équilibre entre la prévention des risques associés à une opération Monsieur Big et la mise à la disposition de la police des moyens nécessaires à ses enquêtes sur des crimes graves. Cette solution suppose une démarche à deux volets qui (1) consacre une nouvelle règle de preuve en common law et (2) repose sur une approche plus vigoureuse de la doctrine de l'abus de procédure pour remédier au problème du comportement répréhensible des policiers.

[85] Le premier volet de la démarche consacre une nouvelle règle de preuve en common law pour déterminer si l'aveu est admissible ou non. En voici la teneur. Lorsque l'État amène une personne à se joindre à une organisation criminelle fictive de son cru et qu'il tente d'obtenir d'elle un aveu, l'aveu alors recueilli est présumé inadmissible. Cette présomption d'inadmissibilité est réfutée si le ministère public prouve, selon la prépondérance des probabilités, que la valeur probante de l'aveu l'emporte sur son effet préjudiciable. Dans ce contexte, la valeur probante de l'aveu tient à sa fiabilité. Son effet préjudiciable découle de la preuve de mauvaise moralité qui doit être admise afin de situer dans leur contexte l'opération et l'aveu obtenu. Si le ministère public n'est pas en mesure de démontrer que l'aveu de l'accusé est admissible, les autres éléments de preuve liés à l'opération Monsieur Big deviennent non pertinents et sont donc inadmissibles. À l'instar de la règle des confessions qui s'applique à l'interrogatoire de police classique, cette règle apporte une restriction spécifique à l'exception à la règle du oui-dire qui vaut pour les déclarations de l'intéressé⁵.

[86] Au deuxième volet, je m'en remets à la doctrine de l'abus de procédure pour résoudre le problème du comportement répréhensible des

⁵ Cette règle vise l'opération Monsieur Big dans sa forme actuelle. La modification de la manière dont la police recourt à une opération clandestine pour obtenir un aveu pourrait écarter l'application de la règle. Or, il n'appartient pas à la Cour de prévoir d'éventuels changements dans les pratiques policières. Ce serait pure conjecture. L'avenir nous dira si les principes qui sous-tendent la règle justifient également son application dans d'autres contextes.

the doctrine has thus far proved less than effective in this context. While the problem is not an easy one, I propose to provide some guidance on how to determine if a Mr. Big operation crosses the line from skillful police work to an abuse of process.

[87] The purposes of this two-pronged approach are to protect an accused's right to a fair trial under the *Charter*, and to preserve the integrity of the justice system. Those are the ends that must ultimately be achieved. This approach strives to reach them by ensuring that only those confessions that are more probative than prejudicial, and which do not result from abuse, are admitted into evidence.

[88] However, it must be remembered that trial judges always retain a discretion to exclude evidence where its admission would compromise trial fairness (see *R. v. Harrer*, [1995] 3 S.C.R. 562). This is because "the general principle that an accused is entitled to a fair trial cannot be entirely reduced to specific rules" (*ibid.*, at para. 23). It is impossible to predict every factual scenario that could present itself. As such, I do not foreclose the possibility that, in an exceptional case, trial fairness may require that a Mr. Big confession be excluded even where the specific rules I have proposed would see the confession admitted.

[89] In practice, this two-pronged approach will necessitate that a *voir dire* be held to determine the admissibility of Mr. Big confessions. The Crown will bear the burden of establishing that, on balance, the probative value of the confession outweighs its prejudicial effect, and it will be for the defence to establish an abuse of process. Trial judges may prefer to begin their analysis by assessing whether there has been an abuse of process. A finding of abuse makes weighing the probative value and prejudicial effect of the evidence unnecessary.

policiers. Je reconnais que, jusqu'à maintenant, la doctrine s'est révélée moins qu'efficace en la matière. Il est vrai que le problème n'est pas simple. Je propose néanmoins de donner certaines indications sur la façon de déterminer si, dans le cadre d'une opération Monsieur Big, la ligne qui sépare le travail judiciaire des policiers de l'abus de procédure a été franchie.

[87] Cette démarche à deux volets vise à protéger le droit à un procès équitable que la *Charte* confère à l'accusé et à préserver l'intégrité du système de justice. Tels sont les objectifs qui doivent être atteints au final. On s'efforce dès lors de faire en sorte que seul soit admis en preuve l'aveu qui se révèle plus probant que préjudiciable et qui ne résulte pas d'un abus.

[88] Il faut toutefois se rappeler que le juge du procès demeure toujours investi d'un pouvoir discrétionnaire qui lui permet d'écarter l'élément de preuve dont l'admission compromettrait l'équité du procès (voir *R. c. Harrer*, [1995] 3 R.C.S. 562). Il en est ainsi parce que « le principe général que l'accusé a droit à un procès équitable ne peut pas être entièrement réduit à certaines règles précises » (*ibid.*, par. 23). Il est impossible de prévoir tous les cas de figure susceptibles de se présenter. Je n'écarte donc pas l'éventualité que, dans un cas exceptionnel, l'équité du procès commande l'exclusion de l'aveu issu d'une opération Monsieur Big même s'il est admissible suivant les règles précises dont je propose l'application en l'espèce.

[89] Dans les faits, la démarche à deux volets nécessitera la tenue d'un *voir-dire* pour déterminer si l'aveu est admissible ou non. Il incombera alors au ministère public d'établir selon la prépondérance des probabilités que la valeur probante de l'aveu l'emporte sur son effet préjudiciable, puis il appartiendra à la défense de prouver l'abus de procédure, s'il y a lieu. Le juge du procès pourra entreprendre son analyse en examinant d'abord s'il y a eu abus de procédure, car une réponse affirmative rendra inutile la mise en balance de la valeur probante et de l'effet préjudiciable.

[90] Against this backdrop, I will now elaborate on the main features of this two-pronged solution.

- (b) *Why Does the Crown Bear the Onus of Establishing That the Probative Value of a Mr. Big Confession Outweighs Its Prejudicial Effect?*

[91] The common law rule of evidence I have proposed creates a presumption that Mr. Big confessions are inadmissible, and places the onus of demonstrating that they ought to be received on the Crown. The onus is justified because of the central role played by the state in creating these confessions. It is the state that designs and implements these operations, expending significant resources and acting as puppeteer in the production of the accused's ultimate confession. The state creates the potent mix of a potentially unreliable confession accompanied by prejudicial character evidence. Given its pivotal role, the state should bear the responsibility of showing that the confession it has orchestrated and produced warrants admission into evidence.

[92] Placing the onus on the Crown also works to address concerns with abusive state conduct. Confronted by the reality that the Crown will ultimately bear the burden of justifying reception of a Mr. Big confession, the state will be strongly encouraged to tread carefully in how it conducts these operations. As I will explain, the conduct of the police is a factor to be taken into account in assessing the reliability of a Mr. Big confession. This creates a strong incentive for the state to conduct these operations with restraint.

[93] The onus has the added benefit of encouraging the creation of a more thorough record of the operation. At present, many of the key interactions between undercover officers and the accused are unrecorded. This is problematic. Where it is logistically feasible and would not jeopardize the operation itself or the safety of the undercover officers, the police would do well to record their conversations with the accused. With the onus of demonstrating reliability placed on the Crown,

[90] C'est sur cette toile de fond que j'analyse maintenant les principales composantes de cette démarche à deux volets.

- b) *Pourquoi incombe-t-il au ministère public d'établir que la valeur probante de l'aveu l'emporte sur son effet préjudiciable?*

[91] Selon la règle de preuve de common law que je propose, l'aveu issu d'une opération Monsieur Big est présumé inadmissible et il appartient au ministère public de démontrer sa recevabilité. La charge se justifie par le rôle central de l'État dans l'obtention de l'aveu. C'est l'État qui conçoit l'opération et qui la met en œuvre, qui y affecte des ressources considérables et qui dirige la mise en scène dont résulte ultimement l'aveu de l'accusé. C'est l'État qui allie aveu susceptible d'être non digne de foi et preuve de moralité préjudiciable à l'accusé. Étant donné son rôle crucial, il semble approprié d'exiger de l'État qu'il démontre la justification d'admettre en preuve l'aveu issu d'une opération de son cru.

[92] Imposer pareille charge au ministère public contribue également à prévenir le risque de comportement abusif de l'État. Puisqu'il incombera en fin de compte à la poursuite de justifier l'admission de l'aveu, l'État sera fortement incité à mener avec circonspection le déroulement de l'opération. Comme je l'explique ci-après, le comportement des policiers constitue un élément à considérer lorsqu'il s'agit de déterminer si l'aveu issu de l'opération Monsieur Big est digne de foi ou non. L'obligation faite au ministère public incite grandement l'État à mener son opération avec mesure.

[93] La charge imposée à la poursuite présente aussi l'avantage de favoriser l'enregistrement systématique des échanges pendant l'opération. À l'heure actuelle, bon nombre des principaux échanges entre les agents et l'accusé ne sont pas enregistrés, ce qui constitue un problème. Lorsque la logistique le permettra sans que soient compromises l'opération ou la sécurité des agents, les forces policières seront bien avisées d'enregistrer leurs conversations avec l'accusé. Vu qu'il appartiendra au ministère public

gaps in the record may undermine the case for admissibility, which will encourage better record keeping.⁶

(c) *How Is Probative Value Assessed?*

[94] Determining whether the probative value of an item of evidence outweighs its prejudicial effect requires engaging in a “cost benefit analysis” (*R. v. Mohan*, [1994] 2 S.C.R. 9, at p. 21). That is, trial judges must assess “whether [the evidence’s] value is worth what it costs” (*ibid.*). The first step in conducting this exercise, then, is to assess the value of the proposed evidence.

[95] How are trial judges to assess the value of evidence? This requires more than asking whether the evidence is logically relevant; it necessitates some weighing of the evidence. After all, probative means “tending to prove an issue” and “questionable evidence will have less of that tendency” (*R. v. McIntyre*, 1993 CanLII 1488 (Ont. C.A.), at p. 2). It would be “artificial” and “self-defeating” for trial judges to ignore defects in the evidence during the assessment of its value (D. M. Paciocco and L. Stuesser, *The Law of Evidence* (6th ed. 2011), at p. 38). Generally, what this weighing exercise requires will vary depending on the specific inferences sought to be drawn from a piece of evidence.

[96] As one example, trial judges are routinely called upon to determine the admissibility of expert evidence. Part of the admissibility inquiry involves taking stock of the probative value of the proposed evidence. This requires weighing the evidence and assessing its reliability:

When one looks to potential probative value, one must consider the reliability of the evidence. Reliability concerns reach not only the subject matter of the evidence, but also the methodology used by the proposed expert in

⁶ It appears that the RCMP have already adopted the practice of recording a substantial number of the interactions between the accused and undercover officers in British Columbia (see W. E. Dawson, “The Use of ‘Mr. Big’ in Undercover Operations”, in *Criminal Law: Special Issues* (2011), Paper 5.2, at p. 5.2.44).

de démontrer la fiabilité de l’aveu, toute lacune du dossier constitué pourra compromettre l’admissibilité de la preuve, ce qui sera de nature à inciter les agents à un surcroît de rigueur⁶.

c) *Comment déterminer la valeur probante?*

[94] Examiner si la valeur probante d’un élément de preuve l’emporte sur son effet préjudiciable suppose une « analyse du coût et des bénéfices » (*R. c. Mohan*, [1994] 2 R.C.S. 9, p. 21). Ainsi, le juge du procès doit déterminer « si la valeur [de la preuve] en vaut le coût » (*ibid.*). La première étape consiste donc à apprécier l’élément de preuve proposé.

[95] Comment le juge doit-il déterminer la valeur de la preuve? Il ne suffit pas qu’il se demande si la preuve est logiquement pertinente; il lui faut la soupeser quelque peu. Après tout, est « probant » ce [TRADUCTION] « qui tend à prouver un point, ce que peine à faire le témoignage douteux » (*R. c. McIntyre*, 1993 CanLII 1488 (C.A. Ont.), p. 2). Il serait [TRADUCTION] « futile » et « contraire au but recherché » de faire abstraction des failles de la preuve pour se prononcer sur sa valeur probante (D. M. Paciocco et L. Stuesser, *The Law of Evidence* (6^e éd. 2011), p. 38). De façon générale, les exigences de cette entreprise d’appréciation varieront en fonction des conclusions spécifiques que l’on cherchera à tirer d’un élément de preuve.

[96] À titre d’exemple, le juge du procès est couramment appelé à statuer sur l’admissibilité du témoignage d’un expert, ce qui suppose entre autres qu’il s’intéresse à la valeur probante de l’élément en cause, une démarche qui, elle, requiert de soupeser cet élément et d’apprécier sa fiabilité :

[TRADUCTION] Lorsqu’on se penche sur la valeur probante éventuelle, il faut examiner la fiabilité de la preuve. Le souci de fiabilité s’attache non seulement à l’objet de la preuve, mais aussi à la méthode employée

⁶ Il semble que, en Colombie-Britannique, la GRC ait déjà pour pratique d’enregistrer une partie importante des échanges entre l’accusé et les agents (voir W. E. Dawson, « The Use of “Mr. Big” in Undercover Operations », dans *Criminal Law : Special Issues* (2011), Paper 5.2, p. 5.2.44).

arriving at his or her opinion, the expert's expertise and the extent to which the expert is shown to be impartial and objective.

(*R. v. Abbey*, 2009 ONCA 624, 97 O.R. (3d) 330, at para. 87, *per* Doherty J.A.)

[97] Similarly, in *R. v. Humaid* (2006), 81 O.R. (3d) 456 (C.A.), Doherty J.A. held that otherwise admissible hearsay evidence may be excluded on the basis that its prejudicial effect outweighs its probative value. This can occur in circumstances where “the credibility or reliability of the narrator of the out-of-court statement is so deficient that it robs the out-of-court statement of any potential probative value” (para. 57). This Court endorsed that approach in *R. v. Blackman*, 2008 SCC 37, [2008] 2 S.C.R. 298, at para. 51.

[98] Undoubtedly, weighing evidence in this way thrusts trial judges into a domain that is typically reserved for the jury. The jury, as the trier of fact, is ultimately responsible for weighing evidence and drawing conclusions from it. The overlap of roles cannot be avoided, but this is not problematic as long as the respective functions of the trial judge, as gatekeeper, and the jury, as finder of fact, are fundamentally respected. In conducting this weighing exercise, the trial judge is only deciding the threshold question of “whether the evidence is worthy of being heard by the jury” and not “the ultimate question of whether the evidence should be accepted and acted upon” (*Abbey*, at para. 89; see also Paciocco and Stuesser, at p. 38).

[99] Returning to Mr. Big confessions, their probative value derives from their reliability. A confession provides powerful evidence of guilt, but only if it is true. A confession of questionable reliability carries less probative force, and in deciding whether the probative value of a Mr. Big confession outweighs the prejudicial effect of the character evidence that accompanies it, trial judges must examine its reliability.

pour parvenir à la conclusion et à l'expertise de l'expert proposé, ainsi qu'à l'impartialité et à l'objectivité démontrées de ce dernier.

(*R. c. Abbey*, 2009 ONCA 624, 97 O.R. (3d) 330, par. 87, le juge Doherty)

[97] De même, dans *R. c. Humaid* (2006), 81 O.R. (3d) 456 (C.A.), le juge Doherty statue qu'une preuve par oui-dire par ailleurs admissible peut être exclue au motif que son effet préjudiciable l'emporte sur sa valeur probante. Tel peut être le cas lorsque [TRADUCTION] « la fiabilité de la personne qui relate la déclaration extrajudiciaire est si faible qu'elle enlève toute valeur probante éventuelle à celle-ci » (par. 57). Notre Cour adhère à ce point de vue dans l'arrêt *R. c. Blackman*, 2008 CSC 37, [2008] 2 R.C.S. 298, par. 51.

[98] À n'en pas douter, le juge qui soupèse ainsi la preuve s'immisce dans un domaine habituellement réservé au jury. Il appartient ultimement aux jurés, en qualité de juges des faits, de soupeser la preuve et d'en tirer des conclusions. Le chevauchement des fonctions ne peut être évité, mais il n'est pas problématique dans la mesure où l'on respecte fondamentalement les fonctions dévolues au juge du procès en tant que gardien et celles dévolues au jury en tant que juge des faits. Lorsqu'il se livre à cette entreprise de soupècement, le juge ne tranche que la question préliminaire qui consiste à déterminer [TRADUCTION] « si la preuve vaut d'être entendue par le jury », et non « la question ultime de savoir s'il y a lieu d'ajouter foi à la preuve et d'y donner effet » (*Abbey*, par. 89; voir aussi Paciocco et Stuesser, p. 38).

[99] Pour revenir à l'aveu issu d'une opération Monsieur Big, rappelons que sa valeur probante découle de sa fiabilité. Un aveu constitue une preuve convaincante de culpabilité, à condition qu'il soit avéré. L'aveu dont la fiabilité peut être mise en doute a une valeur probante moindre, et pour déterminer si la valeur probante de l'aveu issu d'une opération Monsieur Big l'emporte sur l'effet préjudiciable de la preuve de moralité dont il se double, le juge du procès doit s'assurer de sa fiabilité.

[100] What factors are relevant in assessing the reliability of a Mr. Big confession? A parallel can perhaps be drawn between the assessment of “threshold reliability” that occurs under the principled approach to hearsay. Under the principled approach, hearsay becomes admissible where it is both necessary and reliable. Reliability can generally be established in one of two ways: by showing that the statement is trustworthy, or by establishing that its reliability can be sufficiently tested at trial (*R. v. Khelawon*, 2006 SCC 57, [2006] 2 S.C.R. 787, at paras. 61-63). The latter route to reliability is often met through an opportunity to cross-examine the hearsay declarant, but this has no application in the present context because the accused is not a compellable witness.

[101] However, the factors used to demonstrate the trustworthiness of a hearsay statement are apposite. In assessing the trustworthiness of a hearsay statement, courts look to the circumstances in which the statement was made, and whether there is any confirmatory evidence (*Khelawon*, at paras. 62 and 100).

[102] Confessions derive their persuasive force from the fact that they are against the accused’s self-interest. People do not normally confess to crimes they have not committed (*Hodgson*, at para. 60). But the circumstances in which Mr. Big confessions are elicited can undermine that supposition. Thus, the first step in assessing the reliability of a Mr. Big confession is to examine those circumstances and assess the extent to which they call into question the reliability of the confession. These circumstances include — but are not strictly limited to — the length of the operation, the number of interactions between the police and the accused, the nature of the relationship between the undercover officers and the accused, the nature and extent of the inducements offered, the presence of any threats, the conduct of the interrogation itself, and the personality of the accused, including his or her age, sophistication, and mental health.

[100] Quels sont les éléments à considérer dans l’appréciation de la fiabilité de l’aveu issu d’une opération Monsieur Big? Il est sans doute possible d’établir un parallèle avec la détermination du « seuil de fiabilité » dans le cadre de l’approche raisonnée qui s’applique en matière de ouï-dire. Suivant cette approche, le ouï-dire est admissible s’il est à la fois nécessaire et fiable. La fiabilité peut généralement être établie de deux manières : démontrer que la déclaration est digne de foi ou que cette fiabilité peut être suffisamment vérifiée au procès (*R. c. Khelawon*, 2006 CSC 57, [2006] 2 R.C.S. 787, par. 61-63). Dans ce dernier cas, la vérification s’entend souvent de la possibilité de contre-interroger l’auteur de la déclaration au procès, ce qui n’est pas possible dans le cas considéré en l’espèce puisque l’accusé n’est pas un témoin contraignable.

[101] Cependant, les éléments considérés pour démontrer qu’une déclaration relatée est fiable sont pertinents. Apprécier la fiabilité d’une déclaration relatée exige du tribunal qu’il examine les circonstances de la déclaration et recherche une preuve de corroboration (*Khelawon*, par. 62 et 100).

[102] Le caractère persuasif de l’aveu tient au fait qu’il va à l’encontre de l’intérêt de l’accusé. Les gens n’avouent habituellement pas des crimes qu’ils n’ont pas commis (*Hodgson*, par. 60). Or, les circonstances dans lesquelles l’aveu est obtenu lors d’une opération Monsieur Big peuvent réfuter cette affirmation. Dès lors, pour savoir si l’aveu est digne de foi, il faut d’abord se pencher sur ces circonstances et déterminer dans quelle mesure elles mettent en doute la fiabilité de l’aveu. Au nombre de ces circonstances, mentionnons la durée de l’opération, le nombre d’interactions entre les policiers et l’accusé, la nature de la relation qui s’est tissée entre les agents et l’accusé, la nature des incitations et leur importance, le recours à des menaces, la conduite de l’interrogatoire, ainsi que la personnalité de l’accusé, y compris son âge, ses connaissances et son état de santé mentale.

[103] Special note should be taken of the mental health and age of the accused. In the United States, where empirical data on false confessions is more plentiful, researchers have found that those with mental illnesses or disabilities, and youth, present a much greater risk of falsely confessing (Garrett, at p. 1064).⁷ A confession arising from a Mr. Big operation that comes from a young person or someone suffering from a mental illness or disability will raise greater reliability concerns.

[104] In listing these factors, I do not mean to suggest that trial judges are to consider them mechanically and check a box when they apply. That is not the purpose of the exercise. Instead, trial judges must examine all the circumstances leading to and surrounding the making of the confession — with these factors in mind — and assess whether and to what extent the reliability of the confession is called into doubt.

[105] After considering the circumstances in which the confession was made, the court should look to the confession itself for markers of reliability. Trial judges should consider the level of detail contained in the confession, whether it leads to the discovery of additional evidence, whether it identifies any elements of the crime that had not been made public (e.g., the murder weapon), or whether it accurately describes mundane details of the crime the accused would not likely have known had he not committed it (e.g., the presence or absence of particular objects at the crime scene). Confirmatory evidence is not a hard and fast requirement, but where it exists, it can provide a powerful guarantee of reliability. The greater the concerns raised by the circumstances in which the confession was made, the more important it will be to find markers of reliability in the confession itself or the surrounding evidence.

⁷ This study relates to incidents of false confessions arising from conventional police interrogations. In my view, the groups of people that present the greatest danger of falsely confessing during conventional interrogations warrant enhanced scrutiny in the context of Mr. Big operations.

[103] Il convient de porter une attention spéciale à l'état de santé mentale de l'accusé et à son âge. Aux États-Unis, où les données empiriques sur le sujet sont plus abondantes qu'au pays, des chercheurs ont découvert que les personnes atteintes d'une maladie ou d'une déficience mentale, et les jeunes, sont beaucoup plus susceptibles de faire de faux aveux (Garrett, p. 1064)⁷. L'aveu qu'une personne jeune ou atteinte de maladie ou de déficience mentale fait dans le cadre d'une opération Monsieur Big comporte un risque accru de non-fiabilité.

[104] Bien que j'énumère ces éléments, le juge du procès n'est pas tenu de les examiner l'un après l'autre et d'indiquer s'ils s'appliquent ou non. Tel n'est pas l'objectif. Il doit plutôt considérer l'ensemble des circonstances qui ont mené à l'aveu et celles dans lesquelles celui-ci a été fait — en gardant ces éléments présents à son esprit — et déterminer dans quelle mesure il y a lieu, le cas échéant, de douter de sa fiabilité.

[105] Après examen des circonstances, le juge doit rechercher dans l'aveu même des indices de sa fiabilité. Il doit tenir compte de la mesure dans laquelle l'aveu est détaillé, du fait qu'il mène ou non à la découverte d'autres éléments de preuve, de la mention de modalités du crime non révélées au public (p. ex., l'arme du crime) ou du fait qu'il décrit fidèlement ou non certaines données anodines que l'accusé n'aurait pas connues s'il n'avait pas commis le crime (p. ex., la présence ou l'absence d'objets particuliers sur le lieu du crime). Une preuve de corroboration n'est pas absolument nécessaire, mais lorsqu'elle existe, elle peut offrir une solide garantie de fiabilité. Plus les circonstances de l'aveu soulèvent des doutes, plus il importe de trouver des indices de fiabilité dans l'aveu même ou dans l'ensemble de la preuve.

⁷ Cette étude porte sur de faux aveux obtenus lors d'interrogatoires de police habituels. À mon avis, les aveux des personnes les plus susceptibles d'avouer faussement un crime lors de tels interrogatoires devraient faire l'objet d'une attention accrue lorsqu'ils sont obtenus dans le contexte d'une opération Monsieur Big.

(d) *How Is Prejudicial Effect Measured?*

[106] Weighing the prejudicial effect of a Mr. Big confession is a more straightforward and familiar exercise. Trial judges must be aware of the dangers presented by these confessions. Admitting these confessions raises the spectre of moral and reasoning prejudice. Commencing with moral prejudice, the jury learns that the accused wanted to join a criminal organization and committed a host of “simulated crimes” that he believed were real. In the end, the accused is forced to argue to the jury that he lied to Mr. Big when he boasted about committing a very serious crime because his desire to join the gang was so strong. Moral prejudice may increase with operations that involve the accused in simulated crimes of violence, or that demonstrate the accused has a past history of violence.⁸ As for reasoning prejudice — defined as the risk that the jury’s focus will be distracted away from the charges before the court — it too can pose a problem depending on the length of the operation, the amount of time that must be spent detailing it, and any controversy as to whether a particular event or conversation occurred.

[107] On the other hand, the risk of prejudice can be mitigated by excluding certain pieces of particularly prejudicial evidence that are unessential to the narrative. Moreover, trial judges must bear in mind that limiting instructions to the jury may be capable of attenuating the prejudicial effect of this evidence.

⁸ For example, in *R. v. Bonisteel*, 2008 BCCA 344, 259 B.C.A.C. 114, admitting the accused’s confession to Mr. Big also required admitting evidence that the accused had committed two unrelated, violent sexual assaults. This evidence had to be admitted because it was “inextricably interwoven with the undercover confession” (para. 29). Obviously, this sort of evidence increases the moral prejudice that accompanies an accused’s confession.

d) *Comment déterminer l’effet préjudiciable?*

[106] Apprécier l’effet préjudiciable de l’aveu issu d’une opération Monsieur Big constitue une entreprise relativement simple et plutôt familière. Le juge du procès doit être conscient du risque que l’admission de l’aveu inflige un préjudice moral ou un préjudice par raisonnement. En ce qui concerne le préjudice moral, le jury apprendra que l’accusé a voulu faire partie d’une organisation criminelle et qu’il a commis nombre de « crimes simulés » qu’il croyait réels. Au bout du compte, l’accusé n’aura d’autre choix que de convaincre le jury qu’il a menti à Monsieur Big lorsqu’il s’est vanté de la perpétration d’un crime très grave parce qu’il souhaitait ardemment se joindre au gang. La gravité du préjudice moral pourra s’accroître dans le cas d’une opération où l’accusé aura participé à des crimes violents simulés ou qui aura révélé que l’accusé avait des antécédents de violence⁸. En ce qui a trait au préjudice par raisonnement, à savoir le risque que le jury ne s’en tienne pas aux accusations sur lesquelles il doit se prononcer, un problème pourra également se poser selon la durée de l’opération et le temps requis pour en donner le détail, et selon que les parties conviennent ou non de l’existence d’un événement ou d’une conversation en particulier.

[107] En revanche, il est possible d’atténuer le risque de préjudice par l’exclusion de certains éléments de preuve particulièrement préjudiciables qui ne sont pas essentiels au récit des faits. De plus, le juge du procès doit se rappeler que la communication de directives restrictives au jury peut atténuer l’effet préjudiciable de ces éléments de preuve.

⁸ Par exemple, dans l’affaire *R. c. Bonisteel*, 2008 BCCA 344, 259 B.C.A.C. 114, l’admission de l’aveu de l’accusé à Monsieur Big exigeait en outre l’admission de la preuve selon laquelle l’accusé avait commis deux agressions sexuelles avec violence sans rapport avec l’accusation. Cette preuve devait être admise parce qu’elle était [TRADUCTION] « inextricablement liée à l’aveu obtenu dans le cadre de l’opération policière » (par. 29). De toute évidence, ce genre de preuve accroît le préjudice moral que l’admission de l’aveu inflige à l’accusé.

(e) *How Are Probative Value and Prejudicial Effect Compared?*

[108] In the end, trial judges must weigh the probative value and the prejudicial effect of the confession at issue and decide whether the Crown has met its burden. In practice, the potential for prejudice is a fairly constant variable in this context. Mr. Big operations are cut from the same cloth, and the concerns about prejudice are likely to be similar from case to case. As a result, trial judges will expend much of their analytical energy assessing the reliability of the confessions these operations generate.

[109] Determining when the probative value of a Mr. Big confession surpasses its potential for prejudice will never be an exact science. As Justice Binnie observed in *Handy*, probative value and prejudicial effect are two variables which “do not operate on the same plane” (para. 148). Probative value is concerned with “proof of an issue”, while prejudicial effect is concerned with “the fairness of the trial” (*ibid.*). To be sure, there will be easy cases at the margins. But more common will be the difficult cases that fall in between. In such cases, trial judges will have to lean on their judicial experience to decide whether the value of a confession exceeds its cost.

[110] Despite the inexactness of the exercise, it is one for which our trial judges are well prepared. Trial judges routinely weigh the probative value and prejudicial effect of evidence. And as mentioned, they are already asked to examine the reliability of evidence in a number of different contexts, as well as the prejudicial effect of bad character evidence. They are well positioned to do the same here. Because trial judges, after assessing the evidence before them, are in the best position to weigh the probative value and prejudicial effect of the evidence, their decision to admit or exclude a Mr. Big confession will be afforded deference on appeal.

e) *Comment soupeser valeur probante et effet préjudiciable?*

[108] Enfin, le juge du procès doit mettre en balance la valeur probante de l’aveu et son effet préjudiciable, puis déterminer si le ministère public s’est acquitté de sa charge de preuve. En réalité, le risque de préjudice est une donnée assez constante dans le contexte considéré. Les opérations Monsieur Big se ressemblent toutes, et les craintes d’effet préjudiciable s’apparentent d’une affaire à l’autre. C’est pourquoi une grande partie de l’analyse du juge du procès portera sur la fiabilité de l’aveu.

[109] Déterminer si la valeur probante de l’aveu issu d’une opération Monsieur Big l’emporte sur son effet préjudiciable éventuel ne relève jamais de la science exacte. Comme le fait observer le juge Binnie dans l’arrêt *Handy*, valeur probante et effet préjudiciable sont deux variables qui « ne jouent pas sur le même plan » (par. 148). La première a trait à la « preuve d’une question », alors que la seconde concerne « l’équité du procès » (*ibid.*). Il y aura assurément à chacune des extrémités du spectre des cas dans lesquels il sera facile de trancher. Or, les cas difficiles, ceux qui se situeront entre les deux pôles, seront plus courants. Le juge du procès devra alors mettre son expérience à contribution pour décider si la valeur de l’aveu l’emporte ou non sur le coût de son obtention.

[110] Même si l’entreprise ne relève pas de la science exacte, le juge du procès y est bien préparé, car il est couramment appelé à soupeser la valeur probante de la preuve et son effet préjudiciable. Rappelons qu’il doit déjà se pencher sur la fiabilité d’éléments de preuve dans nombre de contextes différents, ainsi que sur l’effet préjudiciable d’une preuve de mauvaise moralité. Il est bien placé pour faire de même dans le contexte considéré en l’espèce. Étant donné que, après examen de la preuve, le juge du procès est le plus à même d’en déterminer la valeur probante et l’effet préjudiciable, le tribunal d’appel devra faire preuve de déférence à l’égard de sa décision d’admettre ou non l’aveu issu d’une opération Monsieur Big.

(f) *What Is the Role of the Doctrine of Abuse of Process?*

[111] The rule of evidence I have proposed goes a long way toward addressing all three of the concerns raised by Mr. Big operations. It squarely tackles the problems they raise with reliability and prejudice. And it takes significant account of the concern regarding police misconduct both by placing the admissibility onus on the Crown, and by factoring the conduct of the police into the assessment of a Mr. Big confession's probative value.

[112] I should not, however, be taken as suggesting that police misconduct will be forgiven so long as a demonstrably reliable confession is ultimately secured. That state of affairs would be unacceptable, as this Court has long recognized that there are "inherent limits" on the power of the state to "manipulate people and events for the purpose of . . . obtaining convictions" (*R. v. Mack*, [1988] 2 S.C.R. 903, at p. 941).

[113] In my view, this is where the doctrine of abuse of process must serve its purpose. After all, the doctrine is intended to guard against state conduct that society finds unacceptable, and which threatens the integrity of the justice system (*R. v. Babos*, 2014 SCC 16, [2014] 1 S.C.R. 309, at para. 35). Moreover, the doctrine provides trial judges with a wide discretion to issue a remedy — including the exclusion of evidence or a stay of proceedings — where doing so is necessary to preserve the integrity of the justice system or the fairness of the trial (*ibid.*, at para. 32). The onus lies on the accused to establish that an abuse of process has occurred.

[114] I acknowledge that, thus far, the doctrine has provided little protection in the context of Mr. Big operations. This may be due in part to this Court's decision in *R. v. Fliss*, 2002 SCC 16, [2002] 1 S.C.R. 535, where Binnie J., writing for the

f) *Quelle est la fonction de la doctrine de l'abus de procédure?*

[111] La règle de preuve dont je préconise l'application résout en grande partie les difficultés que soulève l'opération Monsieur Big au regard des trois considérations déjà mentionnées. Elle s'attaque sans détour aux problèmes que présente l'opération sur les plans de la fiabilité de l'aveu et du préjudice infligé par son admission. Elle tient aussi grandement compte du souci lié au comportement répréhensible des policiers par l'obligation qu'elle fait au ministère public de démontrer l'admissibilité de l'aveu et par l'attention qu'elle porte au comportement policier pour déterminer la valeur probante de l'aveu.

[112] Je ne laisse cependant pas entendre que le comportement répréhensible des policiers sera toléré si un aveu dont on peut démontrer qu'il est digne de foi est finalement obtenu. Pareil résultat serait inacceptable, car notre Cour reconnaît depuis longtemps l'existence de « bornes inhérentes » au pouvoir de l'État de « manipuler les gens et les événements dans le but d'[...] obtenir des déclarations de culpabilité » (*R. c. Mack*, [1988] 2 R.C.S. 903, p. 941).

[113] J'estime que la doctrine de l'abus de procédure doit alors entrer en jeu. Après tout, sa raison d'être est de protéger le citoyen contre le comportement de l'État que la société juge inacceptable et qui compromet l'intégrité du système de justice (*R. c. Babos*, 2014 CSC 16, [2014] 1 R.C.S. 309, par. 35). Qui plus est, la doctrine confère au juge du procès un grand pouvoir discrétionnaire pour accorder réparation, y compris l'exclusion de la preuve et l'arrêt des procédures, lorsque cela s'impose pour préserver l'intégrité du système de justice ou l'équité du procès (*ibid.*, par. 32). Il appartient à l'accusé de prouver l'abus de procédure.

[114] Je reconnais que, à ce jour, la doctrine a offert bien peu de protection dans le contexte des opérations Monsieur Big. C'est peut-être en partie à cause de l'arrêt *R. c. Fliss*, 2002 CSC 16, [2002] 1 R.C.S. 535, où le juge Binnie, au nom des juges

majority, described the Mr. Big technique as “skillful police work” (para. 21). But the solution, in my view, is to reinvigorate the doctrine in this context, not to search for an alternative framework to guard against the very same problem. The first step toward restoring the doctrine as an effective guard against police misconduct in this context is to remind trial judges that these operations can become abusive, and that they must carefully scrutinize how the police conduct them.

[115] It is of course impossible to set out a precise formula for determining when a Mr. Big operation will become abusive. These operations are too varied for a bright-line rule to apply. But there is one guideline that can be suggested. Mr. Big operations are designed to induce confessions. The mere presence of inducements is not problematic (*Oickle*, at para. 57). But police conduct, including inducements and threats, becomes problematic in this context when it approximates coercion. In conducting these operations, the police cannot be permitted to overcome the will of the accused and coerce a confession. This would almost certainly amount to an abuse of process.

[116] Physical violence or threats of violence provide examples of coercive police tactics. A confession derived from physical violence or threats of violence against an accused will not be admissible — no matter how reliable — because this, quite simply, is something the community will not tolerate (see, e.g., *R. v. Singh*, 2013 ONCA 750, 118 O.R. (3d) 253).

[117] Violence and threats of violence are two forms of unacceptable coercion. But Mr. Big operations can become coercive in other ways as well. Operations that prey on an accused’s vulnerabilities — like mental health problems, substance addictions, or youthfulness — are also highly problematic (see *Mack*, at p. 963). Taking advantage of these vulnerabilities threatens trial fairness and the integrity of the justice system. As this Court has

majoritaires de la Cour, voit dans la technique Monsieur Big une manifestation du « travail habile des policiers » (par. 21). Or, la solution réside à mon avis dans un nouvel essor donné à l’application de la doctrine dans ce contexte, et non dans l’établissement d’un nouveau cadre d’analyse pour contrer le même problème. La première étape de la redynamisation de la doctrine comme rempart efficace contre l’abus policier est de rappeler aux juges qu’une opération Monsieur Big peut devenir abusive et qu’ils doivent examiner attentivement la manière donc les policiers l’ont menée.

[115] Il est évidemment impossible de recourir à une formule précise pour déterminer à quel moment une opération Monsieur Big devient abusive. Les opérations menées sont trop différentes les unes des autres pour qu’une frontière nette se dessine, mais une ligne directrice peut être avancée. L’opération vise l’obtention d’aveux. Le seul fait de recourir à des incitations n’est pas condamnable (*Oickle*, par. 57). Or, le comportement des policiers, y compris leurs incitations et leurs menaces, devient problématique lorsqu’il s’apparente à l’exercice d’une contrainte. Les policiers qui mènent une telle opération ne sauraient être autorisés à venir à bout de la volonté de l’accusé et à contraindre ainsi ce dernier à avouer. Cela équivaudrait presque assurément à un abus de procédure.

[116] La violence physique ou la menace de violence constituent des exemples de tactique policière coercitive. L’aveu obtenu grâce à la violence physique ou à la menace de violence contre l’accusé n’est pas admissible, peu importe qu’il soit digne de foi ou non, car il résulte bien évidemment du recours à un moyen que la collectivité ne saurait tolérer (voir p. ex. *R. c. Singh*, 2013 ONCA 750, 118 O.R. (3d) 253).

[117] La violence et la menace d’y recourir constituent deux formes de contrainte inadmissible. Toutefois, une opération Monsieur Big peut aussi devenir coercitive sous d’autres rapports. Celle qui mise sur les points vulnérables de l’accusé — tels ses problèmes de santé mentale, sa toxicomanie ou sa jeunesse — fait aussi sérieusement problème (voir *Mack*, p. 963). Exploiter ces points vulnérables compromet l’équité du procès et l’intégrité

said on many occasions, misconduct that offends the community's sense of fair play and decency will amount to an abuse of process and warrant the exclusion of the statement.

[118] While coercion is an important factor to consider, I do not foreclose the possibility that Mr. Big operations can become abusive in other ways. The factors that I have outlined, while not identical, are similar to those outlined in *Mack*, with which trial judges are well-familiar (p. 966). At the end of the day, there is only so much guidance that can be provided. Our trial judges have long been entrusted with the task of identifying abuses of process and I have no reason to doubt their ability to do the same in this context.

(g) *Why Use This Two-Pronged Approach?*

[119] As we have seen, Mr. Big operations raise three interrelated concerns — reliability, prejudice, and police misconduct. I have proposed two separate tests that, taken together, address all three.

[120] The reason for this lies in the analytically distinct problems that the three concerns raise. Reliability and prejudice are fundamentally evidentiary issues. They are concerned with the quality of the evidence these operations produce. Indeed, they do not emerge as problems at all until a Mr. Big confession is admitted at trial. The concern that the police may engage in misconduct, by contrast, is focused on the behaviour of the state in eliciting the evidence. To be sure, there is significant overlap between the concerns. Police misconduct is more likely to produce an unreliable confession. But the overlap is not perfect. For example, a confession elicited during a Mr. Big operation where there has been no misconduct may still turn out to be unreliable and prejudicial. Similarly, a confession that *is* the product of misconduct may turn out to

du système de justice. La Cour a maintes fois rappelé que le comportement répréhensible qui heurte le sens du franc-jeu et de la décence qu'a la société équivaut à un abus de procédure et justifie l'exclusion de la déclaration obtenue.

[118] Même si la contrainte constitue un élément déterminant, je n'écarte pas la possibilité qu'une opération Monsieur Big puisse être abusive pour d'autres raisons. Les éléments dont je fais état précédemment ne sont pas identiques à ceux énoncés dans *Mack* et que connaissent bien les juges de première instance, mais ils s'y apparentent (p. 966). En fin de compte, bien peu de balises peuvent être posées. Le juge du procès se voit depuis longtemps confier la tâche de relever les abus de procédure qui compromettent l'équité des procès ou l'intégrité du système de justice, et je n'ai aucune raison de douter de son aptitude à s'acquitter de cette tâche dans le contexte considéré en l'espèce.

g) *Pourquoi recourir à cette démarche à deux volets?*

[119] Nous avons vu que les opérations Monsieur Big posent problème au regard de trois considérations connexes — la fiabilité, l'effet préjudiciable et le comportement répréhensible des policiers. Je propose deux tests distincts qui, ensemble, remédient à tous ces problèmes.

[120] La raison en est que des difficultés d'ordre analytique distinctes sous-tendent les trois considérations. La fiabilité et l'effet préjudiciable ont fondamentalement trait à la preuve. Ils s'attachent à la qualité de la preuve qui résulte de l'opération. En fait, ils ne deviennent problématiques qu'au procès au moment d'admettre l'aveu en preuve. En revanche, le comportement répréhensible des policiers intéresse les actes accomplis par l'État pour obtenir l'aveu. Certes, il existe un chevauchement important entre les trois considérations. Le comportement répréhensible des policiers accroît le risque d'un aveu non digne de foi. Or, le chevauchement n'est pas parfait. Par exemple, il peut arriver que l'aveu issu d'une opération exempte de tout comportement répréhensible soit quand même non digne de foi et préjudiciable.

be reliable. Thus, in order to take complete account of both issues, two legal tools are required — one that looks directly at the evidence, and one that serves as a check on the conduct of the police.

[121] I have turned to a common law rule of evidence to address the concerns these confessions raise with reliability and prejudice. Without question, unreliable and prejudicial evidence implicate rights under the *Charter*, including the right to a fair trial and the presumption of innocence. But our common law rules of evidence are, and must be, capable of protecting the constitutional rights of the accused. It is axiomatic that the common law must be developed in a manner consistent with the fundamental values enshrined in the *Charter* (see *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573, at p. 603). Our rules of evidence have embraced this constitutional imperative and have evolved into principled, flexible tools that are “highly sensitive to the due process interests of the accused” (D. Paciocco, “Charter Tracks: Twenty-Five Years of Constitutional Influence on the Criminal Trial Process and Rules of Evidence” (2008), 40 *S.C.L.R.* (2d) 309, at p. 311). The common law rule of evidence I have proposed fits comfortably with this Court’s approach in the post-*Charter* era.

[122] To deal with the concern regarding police misconduct, I have turned to the doctrine of abuse of process. Doing so makes good sense because, as mentioned, the doctrine is intended to guard against state misconduct that threatens the integrity of the justice system and the fairness of trials. Moreover, a form of abuse of process has long provided a residual protection against unfair police tactics in the context of conventional police interrogations (see *Oickle*, at paras. 65-67; *Rothman v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 640, at p. 697). The doctrine is therefore well suited to providing a check against police misconduct in this context.

De même, l’aveu qui *résulte* d’un comportement répréhensible peut se révéler digne de foi. Ainsi, afin de bien tenir compte des deux volets, deux instruments juridiques s’imposent, un qui s’intéresse directement à la preuve, l’autre qui permet de contrôler le comportement policier.

[121] Je m’en remets à une règle de preuve de common law pour résoudre les problèmes de fiabilité et d’effet préjudiciable que pose l’aveu. La preuve non digne de foi et préjudiciable met assurément en jeu des droits garantis par la *Charte*, notamment ceux à un procès équitable et à la présomption d’innocence. Cependant, en common law, les règles de preuve peuvent — et doivent pouvoir — protéger les droits constitutionnels de l’accusé. Il va de soi que la common law doit évoluer dans le respect des valeurs fondamentales consacrées par la *Charte* (voir *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573, p. 603). Nos règles de preuve ont intégré cet impératif constitutionnel pour devenir des instruments souples et raisonnés [TRADUCTION] « très soucieux du droit de l’accusé à l’application régulière de la loi » (D. Paciocco, « Charter Tracks : Twenty-Five Years of Constitutional Influence on the Criminal Trial Process and Rules of Evidence » (2008), 40 *S.C.L.R.* (2d) 309, p. 311). La règle de preuve de common law que je propose s’inscrit bien dans la démarche de la Cour postérieure à l’adoption de la *Charte*.

[122] S’agissant du comportement répréhensible des policiers, je m’en remets à la doctrine de l’abus de procédure, ce qui est logique car, je le rappelle, celle-ci vise à prévenir le comportement répréhensible de l’État qui compromet l’intégrité du système de justice et l’équité du procès. Qui plus est, une notion d’abus de procédure offre depuis longtemps une protection résiduelle contre les tactiques déloyales auxquelles peut recourir la police lors d’un interrogatoire habituel (voir *Oickle*, par. 65-67; *Rothman c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 640, p. 697). L’application de la doctrine convient donc lorsqu’il s’agit de réfréner le comportement policier répréhensible dans le contexte considéré en l’espèce.

[123] The two-pronged approach I have articulated is also consistent with the demands of the principle against self-incrimination. The principle against self-incrimination has two purposes: protecting against abusive state conduct, and guarding against unreliable confessions (*Hebert*, at p. 175; *R. v. Jones*, [1994] 2 S.C.R. 229, at p. 250). These protections flow from “the value placed by Canadian society upon individual privacy, personal autonomy and dignity” (*White*, at para. 43). However, the principle does not act as a free-standing legal protection. Rather, the principle is a “general organizing principle of criminal law from which particular rules can be derived” (*Jones*, at p. 249). Where its underlying rationale suggests that legal protection is needed in a specific context, but the law provides for none, the principle can be used to fashion a “contextually-sensitive” new rule to address the gap in the law (*White*, at para. 45).⁹ In my view, the common law rule of evidence I have proposed acts, along with the abuse doctrine, as yet another specific legal protection that derives from the general principle and its underlying rationale.

[124] Unlike my colleague Karakatsanis J., I would not respond to the concerns Mr. Big confessions raise by subjecting them to an assessment under the framework developed by this Court in *White*. It is true that the *White* test was used to determine whether admitting a class of statements made by an accused under statutory compulsion would offend the principle against self-incrimination.¹⁰ But *White* did not transform the principle against self-incrimination from a general organizing principle into a freestanding legal rule. To the contrary, the

⁹ See, e.g., *R. v. S. (R.J.)*, [1995] 1 S.C.R. 451, where this Court recognized that witnesses enjoy a protection against the use of “derivative evidence” discovered as a result of their compelled testimony (at paras. 165-202), and *British Columbia Securities Commission v. Branch*, [1995] 2 S.C.R. 3, where this Court recognized that a witness ought to be exempted from a compulsion to testify where the witness can establish that the state’s predominant purpose for compelling his testimony is to seek incriminating evidence against him (paras. 5-12).

¹⁰ Four factors were used to decide whether the principle had been breached: (1) the existence of coercion; (2) the existence of an adversarial relationship between the accused and the state; (3) the prospect that an unreliable confession would be given; and (4) a concern that admitting the statement would increase the likelihood of abusive conduct by the state.

[123] La démarche à deux volets que je propose répond aussi aux exigences du principe interdisant l’auto-incrimination, un principe qui vise la protection contre deux choses : les abus de pouvoir de l’État et les aveux non dignes de foi (*Hebert*, p. 175; *R. c. Jones*, [1994] 2 R.C.S. 229, p. 250). Ces protections traduisent « la valeur qu’attribue la société canadienne à la vie privée, à l’autonomie personnelle et à la dignité » (*White*, par. 43). Ce principe ne tient cependant pas lieu de protection juridique indépendante, mais bien de « principe directeur général de droit criminel, dont il est possible de tirer des règles particulières » (*Jones*, p. 249). Lorsque sa raison d’être donne à penser qu’une protection juridique s’impose dans un contexte particulier alors que la loi n’en prévoit aucune, le principe peut servir d’assise à la création de nouvelles règles qui « varient selon le contexte » afin de combler cette lacune (*White*, par. 45)⁹. À mon avis, la règle de preuve de common law que je propose offre, de pair avec l’application de la doctrine de l’abus de procédure, une nouvelle protection juridique tirée du principe général et de sa raison d’être.

[124] Contrairement à ma collègue la juge Karakatsanis, je ne suis pas enclin à résoudre les difficultés que soulève l’opération Monsieur Big en analysant l’aveu au regard du cadre établi par la Cour dans *White*. Certes, la démarche établie dans cet arrêt a servi à déterminer si l’admission en preuve de certaines déclarations légalement exigées de l’accusé allait à l’encontre du principe interdisant l’auto-incrimination¹⁰. Or, cet arrêt ne fait pas passer le principe interdisant l’auto-incrimination du principe directeur à la règle

⁹ Voir p. ex. *R. c. S. (R.J.)*, [1995] 1 R.C.S. 451, où la Cour reconnaît que le témoin bénéficie d’une protection contre l’utilisation de la « preuve dérivée » obtenue grâce à son témoignage forcé (par. 165-202), et *British Columbia Securities Commission c. Branch*, [1995] 2 R.C.S. 3, où elle statue qu’un témoin doit être soustrait à l’obligation de témoigner s’il démontre que la demande de témoignage de l’État a pour objet prédominant l’obtention d’éléments de preuve incriminants contre lui (par. 5-12).

¹⁰ Quatre éléments sont pris en compte pour décider s’il y a ou non atteinte à ce principe : (1) l’existence d’une contrainte, (2) l’opposition des intérêts de l’accusé et de ceux de l’État, (3) la possibilité d’un aveu non digne de foi et (4) la crainte que l’admission en preuve de la déclaration accroisse le recours par l’État à un comportement abusif.

Court was careful to note that the principle provided only “residual protections” in the absence of “specific common law and *Charter* rules”, whether existing or new (paras. 44-45). In that regard, the Court in *White* observed that the principle “demands different things at different times” and that the task in each case is “to determine exactly what the principle demands, if anything, within the particular context at issue” (*ibid.*).

[125] Thus the general factors identified in *White* are best understood as serving to illustrate that Mr. Big operations raise concerns with the principle against self-incrimination. But *White* does not tell us what the principle demands in this context, nor does it assist in fashioning an appropriate response. That task can only be accomplished — as *White* itself contemplated — by tailoring the two-pronged approach of a common law evidentiary rule and the doctrine of abuse of process, to address the particular concerns raised by Mr. Big operations. This is how the confessions rule and the right to silence operate to address the concerns with self-incrimination that arise during conventional police interrogations and upon detention. And it is how my two-pronged approach addresses the challenges posed by Mr. Big operations.

(4) Application to the Facts

(a) *The Admissibility of the Respondent’s Confessions*

[126] During the Mr. Big operation, the respondent confessed on three separate occasions: on April 10, June 9, and June 11, 2005. These confessions — and in particular the June 9 and 11 confessions — were the heart of the Crown’s case against the respondent at trial. Guided by the legal framework I have proposed, I must decide whether these confessions were properly admitted into evidence.

[127] At the outset, I acknowledge that these reasons recast the test for determining the admissibility

juridique autonome. Au contraire, la Cour prend soin de préciser que le principe n’offre que des « protections résiduelles » à défaut de « règles issues de la common law et de la *Charte* », existantes ou nouvelles (par. 44-45). Elle fait observer à cet égard que le principe « exige différentes choses à différents moments » et que, dans chaque affaire, la tâche est « de déterminer avec précision ce que le principe exige, s’il y a lieu, dans le contexte particulier en cause » (*ibid.*).

[125] Dès lors, mieux vaut considérer qu’il appert des éléments généraux relevés dans *White* que l’opération Monsieur Big soulève des difficultés eu égard au principe interdisant l’auto-incrimination. La Cour ne nous dit pas ce qu’exige le principe dans le contexte visé par le présent dossier, et elle ne nous offre pas non plus de repères pour concevoir la solution qui convient. La tâche ne peut être accomplie, comme la Cour le prévoit d’ailleurs dans *White*, que par la création d’une démarche à deux volets comportant l’application d’une règle de preuve nouvelle en common law et celle de la doctrine de l’abus de procédure pour répondre aux préoccupations particulières que suscite l’opération Monsieur Big. C’est ainsi que s’appliquent la règle des confessions et le droit de garder le silence afin de résoudre les problèmes liés à l’auto-incrimination qui se présentent lors de l’interrogatoire de police classique ou de la détention. Et c’est ainsi que la démarche à deux volets que je préconise s’attaque aux difficultés soulevées par l’opération Monsieur Big.

(4) Application aux faits

a) *L’admissibilité des aveux de l’intimé*

[126] Lors de l’opération Monsieur Big, l’intimé a fait des aveux à trois moments distincts : le 10 avril, le 9 juin et le 11 juin 2005. Ces aveux — en particulier ceux du 9 et du 11 juin — forment l’axe central de la preuve présentée par le ministère public contre l’intimé au procès. À partir du cadre juridique que je propose, je dois décider si le juge du procès a eu raison ou non de les admettre en preuve.

[127] Je reconnais d’emblée que, dans les présents motifs, je redéfinis la démarche qui permet

of Mr. Big confessions. Unsurprisingly, the trial judge did not apply this test in determining the admissibility of the respondent's confessions. In addition, the arguments in the courts below, and before this Court, did not squarely address whether the respondent's confessions ought to be admitted under this framework.

[128] Nonetheless, I am of the view that this Court is in a position to decide whether the respondent's statements were properly admitted — and that we ought to do so. Although the precise test for determining the admissibility of Mr. Big confessions has changed, the issues have not. The reliability of the respondent's confessions, their potential for prejudice, and the conduct of the police in carrying out this Mr. Big operation have been in issue from the outset. The parties have addressed these issues, and there is a substantial record before us.

[129] Nor does applying this test require overturning the trial judge's findings of fact. The details of the Mr. Big operation that was conducted in this case are not in dispute. In assessing the admissibility of the respondent's confessions, the trial judge's reasons focused on the threatening and intimidating conduct of the undercover officers. The trial judge found that the respondent was not threatened by the officers (see, e.g., para. 65). Assessing the admissibility of the respondent's confessions simply requires analyzing the uncontroversial facts through a different lens — that of the common law rule of evidence I have proposed.

[130] Moreover, these proceedings have been difficult and protracted. Nearly a decade has passed since the respondent was arrested and charged with the murder of his daughters. Concerns with the respondent's mental health prompted the appointment of *amicus curiae* at this Court and at the Court of Appeal. Ordering a new trial and leaving the admissibility of the respondent's confessions to be determined by a new trial judge would be tantamount to sending this case back to square one. In my view, that would not be in the interests of justice.

de déterminer si l'aveu issu d'une opération Monsieur Big est admissible ou non. En l'espèce, le juge du procès n'a évidemment pas eu recours à cette démarche pour statuer sur l'admissibilité des aveux de l'intimé. Qui plus est, dans leurs plaidoiries devant les juridictions inférieures et devant notre Cour, les parties n'ont pas abordé directement la question de l'admissibilité des aveux de l'intimé au regard du cadre proposé.

[128] J'estime néanmoins que la Cour est en mesure de décider — et qu'elle doit le faire — si les aveux de l'intimé ont été admis en preuve à bon droit. La démarche précise permettant de statuer sur l'admissibilité de l'aveu issu d'une opération Monsieur Big change, mais les questions soulevées, elles, ne changent pas. La fiabilité des aveux de l'intimé, leur effet préjudiciable éventuel et la conduite des policiers qui ont mené l'opération sont objets de litige depuis le début. Les parties se sont exprimées sur ces questions, et le dossier dont nous sommes saisis est volumineux.

[129] L'application de cette démarche ne nous oblige pas non plus à infirmer les conclusions de fait du juge du procès. Le détail de l'opération Monsieur Big menée en l'espèce n'est pas contesté. Pour déterminer si les aveux de l'intimé sont admissibles ou non, le juge du procès s'attache à la conduite menaçante et intimidante des agents banalisés. Il conclut que ces derniers n'ont pas menacé l'intimé (voir p. ex. par. 65). Déterminer si les aveux de l'intimé sont admissibles ou non exige seulement d'analyser des faits non contestés sous un angle différent, celui de la règle de preuve de common law que je propose.

[130] J'ajoute que la présente instance a été longue et difficile. Près d'une décennie s'est écoulée depuis que l'intimé a été arrêté et accusé du meurtre de ses filles. Des inquiétudes au sujet de sa santé mentale ont incité la Cour et la Cour d'appel à nommer un *amicus curiae*. Ordonner un nouveau procès et laisser à un nouveau juge le soin de décider si les aveux de l'intimé sont admissibles ou non équivaut à tout reprendre depuis le début, ce qui, à mon avis, ne servirait pas les intérêts de la justice.

(i) The June 9 and June 11, 2005 Confessions

[131] The June 9 confession was elicited by Mr. Big during his meeting with the respondent. The June 11 confession is a brief re-enactment of how the drowning occurred. As mentioned, these confessions were critical to the Crown's case against the respondent. Because the re-enactment followed from the respondent's confession to Mr. Big, these confessions are intertwined, and I will consider their admissibility together.

[132] The first step is to take stock of the probative value of these confessions, which hinges on an assessment of their reliability. This requires considering the circumstances in which the confessions were made, and whether the confessions contain any markers of reliability.

[133] Turning first to the circumstances in which these confessions were made, I am of the view that the circumstances cast serious doubt on the reliability of the respondent's confessions. At the time the Mr. Big operation began, the respondent was socially isolated, unemployed, and living on welfare. Over the next four months, the Mr. Big operation transformed the respondent's life, becoming its focal point. The respondent participated in 63 "scenarios" in which he worked with undercover officers. He also had near daily phone contact with two of these officers, Jim and Paul, who became his closest friends. Even when the respondent was not working with the undercover officers, much of his time was devoted to the work doled out to him by the fictitious organization. He spent long hours driving across Newfoundland, spending nights in hotels, as he delivered mysterious packages and cargo. By all accounts, this was a lengthy and intense operation.

[134] With this transformation of the respondent's life came powerful inducements. Financially, the Mr. Big operation lifted the respondent out of poverty. Undercover officers paid the respondent over \$15,000 in cash for his work. And they promised him much greater financial rewards in the future if he was admitted into the organization; the undercover officers had him count hundreds of thousands

(i) Les aveux des 9 et 11 juin 2005

[131] L'aveu du 9 juin a été obtenu par Monsieur Big lors de sa rencontre avec l'intimé. L'aveu du 11 juin correspond à une brève reconstitution des circonstances des noyades. Rappelons que ces aveux constituaient des éléments cruciaux de la preuve du ministère public contre l'intimé. Puisque la reconstitution a découlé de l'aveu fait à Monsieur Big, les deux se confondent, si bien que j'entends me prononcer sur leur admissibilité globale.

[132] La première étape consiste à considérer la valeur probante de ces aveux, laquelle dépend de leur fiabilité. Il faut donc examiner les circonstances des aveux et se demander si certains indices de fiabilité s'en dégagent.

[133] J'estime que les circonstances dans lesquelles ils ont été faits font sérieusement douter de la fiabilité des aveux. Au début de l'opération, l'intimé était isolé socialement, il ne travaillait pas et il vivait d'aide sociale. Au cours des quatre mois qui ont suivi, l'opération a complètement transformé sa vie et elle en est devenue le point central. L'intimé a participé à 63 « scénarios » dans lesquels il a travaillé avec les agents. Il communiquait par téléphone presque quotidiennement avec deux d'entre eux, Jim et Paul, qui étaient devenus ses meilleurs amis. Même lorsqu'il ne travaillait pas avec les agents, il consacrait une grande partie de son temps aux tâches que lui confiait l'organisation fictive. Il a consacré de longues heures à la conduite de véhicules d'un bout à l'autre de Terre-Neuve — ce qui l'obligeait à dormir à l'hôtel — pour livrer de mystérieux colis et marchandises. L'opération a sans conteste été longue et soutenue.

[134] À cette transformation de la vie de l'intimé se sont ajoutés de puissants attraits. Sur le plan financier, l'opération Monsieur Big a sorti l'intimé de la pauvreté. Les agents lui ont versé une rémunération de plus de 15 000 \$ en espèces. Ils lui ont aussi fait miroiter des gratifications financières beaucoup plus importantes s'il était admis dans l'organisation; ils lui ont fait compter des centaines

of dollars in cash, and told him a \$25,000 pay day was coming if he was allowed to participate in an upcoming “big job”. There was a corresponding change in the respondent’s lifestyle. Dinners at expensive restaurants became common. Paul bought the respondent new clothes to wear, and the respondent relied on Paul to teach him how to behave during their dinners, as dining at expensive restaurants was “all new to him” and he often felt uncomfortable.

[135] The respondent attested to the powerful impact of these financial inducements at the outset of his meeting with Mr. Big, telling the crime boss that his life had been “really rough” before he started working for the organization, and that he had been unable to afford even a bed to sleep on. He told Mr. Big that he had come from having “nothing”, that working for the organization had lifted him out of those dire circumstances, and that he would “never ever forget” how good they had been to him.

[136] At least as enticing as the financial inducements held out to the respondent was the promise of friendship that came with working for the criminal organization. The undercover officers — aware of the respondent’s social isolation — sought to become his “best friend”. At the outset of the operation, the officers plotted to separate the respondent from his wife, telling him that she was not allowed to accompany him as he traveled across the country working for the organization.

[137] With remarkable ease, the officers quickly and deeply engrained themselves in the respondent’s life. By early April, less than two full months into the operation, the respondent told Jim and Paul that they were like brothers to him and that he loved them — a sentiment he would repeat throughout the rest of the operation. Indeed, the respondent preached that loyalty to this “family” was more important to him than money.

[138] The depth of the respondent’s commitment to the organization and the undercover officers can

de milliers de dollars d’argent liquide et lui ont dit qu’une somme de 25 000 \$ l’attendait s’il lui était permis de participer à une [TRADUCTION] « affaire importante » sur le point de se conclure. Le train de vie de l’intimé s’est modifié en conséquence. Les repas dans de bons restaurants sont devenus monnaie courante. Paul lui a acheté de nouveaux vêtements et lui a enseigné les bonnes manières à table, car la fréquentation de tels endroits lui était « tout à fait nouvelle » et il s’y sentait souvent mal à l’aise.

[135] L’incidence considérable de ces attraits financiers est attestée par le fait que, dès le début de sa rencontre avec Monsieur Big, l’intimé a dit au chef de l’organisation criminelle qu’il avait eu une vie [TRADUCTION] « vraiment difficile » avant de travailler pour l’organisation, qu’il n’avait même pas les moyens de s’acheter un lit pour y dormir. Il a ajouté qu’il était parti de « rien », que travailler pour l’organisation lui avait permis d’échapper à son triste sort et que « jamais il n’oublierait » à quel point tous avaient été bons pour lui.

[136] La perspective de nouer des liens d’amitié en travaillant pour l’organisation criminelle était au moins aussi attrayante pour l’intimé que les gratifications financières. L’isolement social de l’intimé leur étant connue, les agents ont cherché à devenir ses [TRADUCTION] « meilleurs amis ». Dès le début de l’opération, ils se sont arrangés pour séparer l’intimé de son épouse en lui disant qu’elle ne pouvait pas l’accompagner lorsqu’il parcourait le pays pour le compte de l’organisation.

[137] C’est avec une facilité déconcertante que les agents sont parvenus à s’immiscer rapidement et profondément dans le quotidien de l’intimé. Au début d’avril, moins de deux mois après le lancement de l’opération, l’intimé a dit à Jim et à Paul qu’il les considérait comme des frères et les aimait beaucoup, et il s’est exprimé en ce sens plusieurs fois par la suite. D’ailleurs, l’intimé prétendait que la loyauté envers la [TRADUCTION] « famille » qu’ils formaient lui importait plus que l’argent.

[138] Le degré d’engagement de l’intimé envers l’organisation et les agents peut difficilement être

hardly be exaggerated. The respondent would constantly call his friends — Jim and Paul — looking for work, and he would anxiously await their planned meetings. He told the officers he was planning to leave Newfoundland so he could work for the organization full time. He even purported a willingness to leave his wife if that is what it would take to join the organization. And when he was finally arrested on June 13, the respondent's first call for help was naturally placed to Jim.

[139] It was in these circumstances that the respondent confessed to Mr. Big and participated in the re-enactment. When he entered their June 9 meeting, the respondent knew that his ticket out of poverty and social isolation was at stake. Jim implored him to be “honest” with the boss. Early on in the interrogation, Mr. Big drove home the importance of honesty, telling the respondent that “the minute the trust is gone . . . everything is gone”. The conversation quickly turned to the death of the respondent's daughters, and Mr. Big immediately asserted that the respondent had killed them. When the respondent denied it and claimed to have had a seizure, Mr. Big perfunctorily dismissed this explanation as a lie: “No don't lie to me . . . don't go with the seizure stuff . . . [y]ou're lying to me on this okay.”

[140] The circumstances left the respondent with a stark choice: confess to Mr. Big or be deemed a liar by the man in charge of the organization he so desperately wanted to join. In my view, these circumstances, considered as a whole, presented the respondent with an overwhelming incentive to confess — either truthfully or falsely.

[141] Having determined that the circumstances in which these confessions were made cast serious doubt on the reliability of the respondent's confessions, the next question is whether these confessions contain any indicators of reliability. In my view, they do not.

[142] In the first place, the respondent's description of how the crime was committed is somewhat inconsistent. In his meeting with Mr. Big, the

surestimé. L'intimé appelait constamment ses amis — Jim et Paul — pour leur demander du travail, et il attendait avec impatience les rencontres prévues. Il a dit aux agents qu'il songeait à quitter Terre-Neuve de façon à pouvoir travailler à temps plein pour l'organisation. Il a même prétendu être disposé à quitter sa femme s'il le fallait pour se joindre à l'organisation. Et lorsqu'il a finalement été arrêté le 13 juin, c'est tout naturellement à Jim qu'il a d'abord téléphoné pour obtenir son aide.

[139] Ce sont là les circonstances dans lesquelles l'intimé a avoué à Monsieur Big et a participé à la reconstitution des faits. Lorsqu'il s'est présenté à la rencontre du 9 juin, l'intimé savait que sa chance d'échapper à la pauvreté et à l'isolement social était en jeu. Jim l'avait exhorté à se montrer [TRADUCTION] « honnête » avec le chef. Dès le début de l'entretien, Monsieur Big a souligné à son tour l'importance de l'honnêteté et dit à l'intimé que « dès l'instant où la confiance disparaît [. . .] tout disparaît ». La conversation a rapidement porté sur le décès des fillettes, et Monsieur Big a immédiatement affirmé que l'intimé les avait tuées. Ce dernier a nié et a prétendu avoir eu une crise d'épilepsie. Monsieur Big a balayé l'explication du revers de la main, la tenant pour mensongère : « Ne me mens pas [. . .] ne commence pas avec cette histoire de crise [. . .] [t]u me mens, d'accord. »

[140] L'intimé s'est alors trouvé devant un choix déchirant : faire des aveux ou être considéré comme un menteur par l'homme qui dirigeait l'organisation à laquelle il voulait tant appartenir. J'estime que, considérées globalement, ces circonstances étaient de nature à pousser irrésistiblement l'intimé à faire des aveux, vrais ou faux.

[141] Puisque je conclus que les circonstances mettent sérieusement en doute la fiabilité des aveux, je dois maintenant examiner si des indices de fiabilité se dégagent de ces derniers. À mon avis, ce n'est pas le cas.

[142] D'une part, la manière dont l'intimé a prétendu avoir commis le crime est quelque peu incohérente. Lors de son entretien avec Monsieur Big,

respondent started off by denying that he killed his daughters. Later, he said that they “fell” into the water. After further pressing by Mr. Big, the respondent claimed that he pushed his daughters into the water by striking them with his shoulder. But when he participated in the re-enactment with Jim two days later, his explanation changed again. When Jim knelt down next to the respondent and asked him to demonstrate how he pushed his daughters, the respondent nudged him with his knee. He had to use his knee because Jim, kneeling down, was not tall enough for the respondent to shove with his shoulder. The same would undoubtedly have been true for his small children.

[143] More important than these inconsistencies is the complete lack of confirmatory evidence. Given the peculiar circumstances of the case, this is unsurprising. The issue has always been whether the respondent’s daughters drowned accidentally or were murdered. There was never any question that the respondent was present when his daughters entered the water. All of the objectively verifiable details of the respondent’s confession (e.g., his knowledge of the location of the drowning) flow from his acknowledged presence at the time the drowning occurred.

[144] When the circumstances in which the respondent’s confessions were made are considered alongside their internal inconsistencies and the lack of any confirmatory evidence, their reliability is left in serious doubt, and I am forced to conclude that their probative value is low.

[145] On the other hand, these confessions — like all Mr. Big confessions — carried with them an obvious potential for prejudice. The jury heard extensive evidence that — for four months — the respondent devoted his entire life to trying to join a criminal gang. They heard that he repeatedly participated in what he thought were criminal acts, including transporting stolen property and smuggling alcohol. On one occasion, he and Jim, wearing balaclavas, broke into a car to steal a package from it. The jury was repeatedly told that the respondent had described himself as having “no limits”, and that he would do anything “as long as

il a commencé par nier les assassinats. Plus tard, il a dit que les fillettes étaient « tombées » à l’eau. Après que son interlocuteur eut encore insisté, il a prétendu les avoir poussées en les bousculant de l’épaule. Or, lors de la reconstitution des faits à laquelle il s’est prêté avec Jim deux jours plus tard, sa version des faits a de nouveau changé. Lorsque Jim s’est agenouillé à ses côtés et lui a demandé de lui montrer comment il avait poussé les fillettes, l’intimé lui a donné un léger coup de genou. Il a dû utiliser son genou car, une fois agenouillé, Jim n’était pas assez grand pour être bousculé de l’épaule. Il en serait sans doute allé de même pour les fillettes.

[143] Ce qui importe encore plus que ces incohérences c’est l’absence complète de preuve de corroboration, une absence qui ne saurait étonner eu égard aux circonstances particulières de l’affaire. La question a toujours été de savoir si les filles de l’intimé s’étaient noyées accidentellement ou si elles avaient été assassinées. La présence de l’intimé lorsque les fillettes se sont retrouvées dans l’eau n’a jamais été contestée. Toutes les données objectivement vérifiables des aveux (p. ex. la connaissance de l’emplacement de la noyade) découlent du fait qu’il a reconnu avoir été présent au moment du drame.

[144] Lorsqu’on examine les circonstances des aveux en regard de leurs incohérences et de l’absence de toute preuve de corroboration, leur fiabilité soulève de sérieux doutes et force m’est de conclure que leur valeur probante est faible.

[145] D’autre part, ces aveux — à l’instar de tout aveu issu d’une opération Monsieur Big — comportent un risque manifeste de préjudice. Les jurés entendent de nombreux témoignages suivant lesquels, pendant quatre mois, l’intimé a consacré tous ses efforts à tenter de se joindre à un groupe criminel. Ils apprennent qu’il a participé maintes fois à ce qu’il croyait être des activités criminelles, tels le transport de biens volés et la contrebande d’alcool. Une fois, Jim et lui, munis d’une cagoule, auraient forcé la portière d’une voiture pour y voler un paquet. Les jurés entendent à maintes reprises que l’intimé a dit ne connaître [TRADUCTION]

the trust was there”. And it is easy to see how the jury could come to view the respondent with disdain. Here was a man who bragged about killing his three-year-old daughters to gain the approval of a group of criminals. The potential for moral prejudice in these circumstances was significant.

[146] Comparing the probative value and prejudicial effect of these confessions leads me to conclude that their limited probative value is outweighed by their prejudicial effect. Put simply, these confessions are not worth the risk they pose. In my view, it would be unsafe to rest a conviction on this evidence.

(ii) The April 10 Confession

[147] I reach the same conclusion with respect to the respondent’s alleged April 10 confession. This confession also suffers from serious reliability concerns. Although unprompted, it came about during a conversation in which the respondent and Jim were bragging about their willingness to engage in violence. By this time, the respondent was already under the spell of powerful financial and social inducements. The confession came after two months and more than 30 scenarios with undercover officers, at a time when the respondent had already begun professing his love for Jim and Paul. Importantly, the confession itself contains no details — it amounts to a bald assertion by the respondent that he killed his daughters and that he “planned it”. Finally, the confession was not recorded and the respondent denies making it, which only makes it harder to assess its probative value. On the other hand, admitting this confession into evidence carries with it all of the attendant prejudice I have already discussed. In my view, the probative value of this confession does not outweigh its prejudicial effect.

(b) *Abuse of Process*

[148] Given my conclusion that the respondent’s confessions must be excluded under the common law, it is not necessary to consider whether the police conduct in this case amounted to an abuse of process. But there is no denying that this was an

« aucune limite » et être disposé à faire n’importe quoi « pourvu que la confiance règne ». On conçoit aisément que le jury puisse arriver à considérer l’intimé avec mépris. Voilà un homme qui se vante d’avoir tué ses propres fillettes de trois ans afin d’impressionner les membres d’un groupe criminel. Dans ces circonstances, le risque de préjudice moral est important.

[146] La mise en balance de la valeur probante des aveux et de leur effet préjudiciable m’amène à conclure que leur effet préjudiciable l’emporte sur leur valeur probante limitée. En somme, ces aveux ne valent pas le risque qu’ils font courir. J’estime qu’il serait périlleux de fonder une déclaration de culpabilité sur cette preuve.

(ii) L’aveu du 10 avril

[147] J’arrive à la même conclusion pour l’aveu qu’aurait fait l’intimé le 10 avril. La fiabilité de cet aveu soulève elle aussi de sérieux doutes. Bien que spontané, l’aveu a été fait à la faveur d’une conversation pendant laquelle l’intimé et Jim se vantaient de leur disposition à commettre des actes de violence. L’intimé avait alors déjà cédé à l’attrait irrésistible de gratifications financières et sociales. L’aveu est intervenu deux mois après le début de l’opération et après le déroulement de plus de 30 scénarios, ainsi que postérieurement aux premières manifestations d’affection de l’intimé envers Jim et Paul. Il importe aussi de signaler que l’aveu n’est pas circonstancié, l’intimé ayant seulement affirmé avoir tué ses filles après [TRADUCTION] « l’avoir planifié ». Enfin, l’aveu n’a pas été enregistré et l’intimé le nie, ce qui rend encore plus difficile la détermination de sa valeur probante. Par ailleurs, admettre cet aveu en preuve emporte tous les effets préjudiciables déjà mentionnés. Selon moi, sa valeur probante ne l’emporte pas sur son effet préjudiciable.

b) *Abus de procédure*

[148] Puisque, selon moi, la common law commande l’exclusion des aveux de l’intimé, il est inutile de décider si le comportement policier équivaut en l’espèce à un abus de procédure. Or, nul ne conteste que des moyens considérables ont été déployés

extremely intensive Mr. Big operation, and one that preyed upon the respondent's poverty and social isolation. In addition, the respondent had a seizure in front of an undercover officer. The respondent's past seizures had caused his licence to be suspended to protect against the risk that a seizure would cause him to have an accident while driving. However, the operation continued after this seizure, and undercover officers continued to send the respondent long distances over public roads in order to make deliveries for the fictitious criminal organization. The respondent submits that this placed his and the public's safety at risk, and that this conduct warrants excluding the confessions.

[149] Without question, the police conduct in this case raises significant concerns, and might well amount to an abuse of process. However, this is not how the issue was presented at trial. At trial, the respondent took issue with the threatening and intimidating conduct of the officers, and the trial judge rejected those arguments. Given this, and the fact that there is no need to decide the matter, I do not believe this is an appropriate case to decide whether an abuse of process has been established.

VI. Disposition

[150] The Court of Appeal excluded the respondent's June 9 and 11 confessions and quashed his convictions. It ordered a new trial on the basis that the respondent's April 10 confession was admissible, and that it provided a "sliver" of evidence upon which a jury could convict the respondent of murder (para. 258).

[151] I have concluded that the April 10 confession must also be excluded. As such, it is doubtful whether any admissible evidence remains upon which a jury, properly instructed and acting reasonably, could convict. However, the final decision on how to proceed rests with the Crown. In the result, I would dismiss the appeal.

dans le cadre de l'opération Monsieur Big et que les agents ont tablé sur la pauvreté de l'intimé et sur son isolement social. De plus, un agent a été témoin d'une crise d'épilepsie de l'intimé. Les crises de ce dernier lui avaient déjà valu la suspension de son permis de conduire au motif qu'elles auraient pu être la cause d'accidents si elles s'étaient produites pendant qu'il était au volant. L'opération s'est toutefois poursuivie après cette crise, et les agents ont continué de faire parcourir à l'intimé de longues distances sur la route afin qu'il effectue des livraisons pour le compte de l'organisation criminelle fictive. L'intimé soutient qu'ils ont ainsi compromis sa sécurité et celle du public, ce qui justifie l'exclusion des aveux.

[149] Il est incontestable que le comportement des policiers en l'espèce soulève de sérieuses interrogations et pourrait fort bien constituer un abus de procédure. Cependant, le litige ne s'est pas présenté sous cet angle au procès. En effet, l'intimé a invoqué le caractère menaçant et intimidant du comportement des policiers, et le juge n'a pas retenu son argumentaire. Dès lors — et parce qu'il n'est pas nécessaire de trancher la question —, je ne crois pas que le dossier se prête à une décision quant à savoir si un abus de procédure a été établi ou non.

VI. Dispositif

[150] La Cour d'appel exclut de la preuve les aveux des 9 et 11 juin et annule les déclarations de culpabilité. Elle ordonne la tenue d'un nouveau procès au motif que l'aveu du 10 avril est admissible et offre [TRADUCTION] « quelque » élément de preuve à partir duquel un jury pourrait reconnaître l'intimé coupable de meurtre (par. 258).

[151] J'estime que l'aveu du 10 avril doit aussi être exclu. Il est donc permis de douter qu'un élément de preuve admissible permette encore à un jury ayant reçu des directives appropriées et agissant de manière raisonnable de rendre un verdict de culpabilité. Cependant, la décision finale quant à la suite de l'instance appartient au ministère public. Par conséquent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

The following are the reasons delivered by

[152] CROMWELL J. — I agree with my colleague Moldaver J.’s analysis of the legal framework that ought to apply to statements obtained from accused persons as a result of “Mr. Big” operations. I also agree with his analysis of the question of whether the trial judge erred in law in his approach to the respondent’s request that he be allowed to testify with the public excluded from the courtroom. My only point of disagreement with my colleague is with respect to whether this Court should decide the question of whether Mr. Hart’s statements to the undercover officers are admissible. In my view, we should not. I would therefore uphold the Court of Appeal’s order for a new trial, but leave the question of admissibility of the statements to the trial judge, to be decided in accordance with the framework set out in Moldaver J.’s reasons. I reach this conclusion for four reasons.

[153] First, we have in this record three versions from Mr. Hart himself of what happened to the children. One is that he panicked. This is the version that he doggedly maintained under extensive and challenging police interrogation. The second is that he had an epileptic seizure. Mr. Hart contacted the police, told them that he had not been truthful with them in his earlier interrogations and recounted this version of events. The third version is that he deliberately killed them, the version that Mr. Hart told to the undercover officers — allegedly twice — during the Mr. Big operation.

[154] In my view, it is in the interests of the proper administration of justice that Mr. Hart’s involvement, if any, in the death of these helpless children should be determined at a trial, applying the correct legal framework, which we have now established.

[155] Second, the Court today sets out, for the first time, a comprehensive framework for dealing with the admissibility of statements obtained in the course of Mr. Big operations. This framework is significantly different from the one advanced on behalf

Version française des motifs rendus par

[152] LE JUGE CROMWELL — Je souscris à l’opinion de mon collègue le juge Moldaver quant au cadre juridique qui devrait s’appliquer aux déclarations obtenues d’un accusé à l’issue d’une opération « Monsieur Big ». Je fais mienne également son analyse de la question de savoir si le juge du procès a commis une erreur de droit dans son examen de la demande de l’intimé d’exclure le public de la salle d’audience pendant son témoignage. Mon seul point de désaccord avec lui a trait à l’opportunité que notre Cour statue sur l’admissibilité des déclarations de M. Hart aux agents banalisés. À mon avis, elle doit s’en abstenir. Je suis donc d’avis de confirmer l’ordonnance de la Cour d’appel à l’effet de tenir un nouveau procès, mais de laisser au juge du procès le soin de statuer sur l’admissibilité des déclarations conformément au cadre établi dans les motifs du juge Moldaver. J’arrive à cette conclusion pour quatre raisons.

[153] Premièrement, nous sommes aux prises en l’espèce avec trois versions données par M. Hart lui-même de ce qui est arrivé aux enfants. Selon la première, il aurait paniqué. C’est celle à laquelle il s’en est obstinément tenu lorsque les policiers l’ont longuement soumis à un interrogatoire serré. Selon la deuxième, il aurait eu une crise d’épilepsie. M. Hart a communiqué avec les policiers pour leur avouer qu’il ne leur avait pas dit la vérité lors des interrogatoires précédents et il leur a donné cette version des faits. Selon la troisième, il aurait délibérément tué les enfants. Il l’aurait affirmé deux fois aux agents banalisés au cours de l’opération Monsieur Big.

[154] J’estime qu’il est dans l’intérêt de la bonne administration de la justice de déterminer dans le cadre d’un procès, à l’aide du bon cadre juridique désormais établi, si M. Hart a joué un rôle ou non dans la mort de ces enfants sans défense.

[155] Deuxièmement, la Cour établit aujourd’hui pour la première fois un cadre exhaustif qui permet de décider de l’admissibilité d’une déclaration obtenue au cours d’une opération Monsieur Big. Ce cadre diffère grandement de celui proposé au nom

of Mr. Hart at trial and considered by the trial judge and also from the approach adopted by the majority of the Court of Appeal. In my respectful view, it is fundamentally unfair for an appellate court to apply this new legal framework to the evidentiary record developed at trial, a record developed to address markedly different legal issues. The Crown submitted, and not at all implausibly, that if the issue of vulnerability, for example, had been advanced at trial, the Crown would have adduced additional and different evidence: transcript, at pp. 32-34.

[156] Third, although the legal issues in relation to the admissibility of Mr. Hart's statements are different in light of our holding in this case, the findings made by the trial judge nonetheless convince me that it would be unwise for this Court to attempt to apply this new framework to the existing record.

[157] At trial, Mr. Hart maintained that he was "intimidated, scared and felt trapped in his ability to get out" and that his motive to lie about having murdered his children was "the money, the friendships he created with undercover operators, the lifestyle and the chance to get out of Newfoundland": trial judge's *voir dire* reasons, 2007 NLTD 74, 265 Nfld. & P.E.I.R. 266, at para. 33. Mr. Hart argued at trial that his statements resulted from implied threats, coercions and psychological coercion: *ibid.*, at para. 42.

[158] The trial judge, who had the advantage of seeing and hearing the witnesses, including Mr. Hart, flatly rejected these contentions as having no foundation in fact. The trial judge found as a fact that Mr. Hart was offered the opportunity to stop his involvement at any time: "[h]e had numerous chances to leave the operation, but made no effort to do so" (*voir dire* reasons, at para. 61). In fact, Mr. Hart, according to the trial judge, "continued to show his willingness to become more involved and to take greater risks. . . . Mr. Hart wanted to work and continually pressured [the undercover officers]

de M. Hart lors du procès et alors examiné par le juge, ainsi que de la démarche des juges majoritaires de la Cour d'appel. À mon humble avis, il serait foncièrement injuste qu'une cour d'appel applique ce nouveau cadre juridique au dossier de preuve constitué au procès, lequel devait permettre de trancher des questions de droit très différentes. Le ministère public fait valoir que si, par exemple, la question de la vulnérabilité avait été soulevée au procès — ce qui n'est pas du tout invraisemblable —, il aurait présenté des éléments de preuve supplémentaires et différents (transcription, p. 32-34).

[156] Troisièmement, bien que les questions de droit considérées au procès relativement à l'admissibilité des déclarations de M. Hart diffèrent de celles retenues aujourd'hui par notre Cour, les conclusions du juge du procès me convainquent que nous serions malavisés de tenter d'appliquer le nouveau cadre au dossier existant.

[157] Au procès, M. Hart a soutenu qu'il avait été [TRADUCTION] « intimidé, apeuré, qu'il s'était senti pris au piège au sein de l'organisation » et que « l'argent, les liens d'amitié établis avec les agents banalisés, le mode de vie et l'occasion de quitter Terre-Neuve » l'avaient incité à avouer faussement l'assassinat de ses enfants (motifs du juge du procès sur le voir-dire, 2007 NLTD 74, 265 Nfld. & P.E.I.R. 266, par. 33). Il a fait valoir que ses déclarations avaient été le produit de menaces implicites et de la contrainte, notamment psychologique (*ibid.*, par. 42).

[158] Le juge du procès, qui a eu l'avantage de voir et d'entendre les témoins, y compris M. Hart, rejette catégoriquement ces prétentions au motif qu'elles sont dénuées de tout fondement factuel. Il tient pour avéré qu'on a donné à M. Hart la possibilité de mettre fin à sa participation à tout moment : [TRADUCTION] « [i]l aurait pu se soustraire à l'opération à bon nombre d'occasions, mais il n'a pris aucune mesure en ce sens » (motifs sur le voir-dire, par. 61). En fait, selon lui, M. Hart « a continué de montrer son empressement à jouer un rôle accru et à prendre de plus grands risques. [. . .] Il

for more work outside of Newfoundland”: *ibid.*, at paras. 59 and 61.

[159] The trial judge also considered Mr. Hart’s position that his statements should be excluded because they did not meet the threshold requirements of reliability. The statements, argued Mr. Hart, were the result of implied threats and intimidation and occurred in the context of paying him to perform illegal activities. In light of all these circumstances, the statements did not meet the required threshold reliability for admission.

[160] The trial judge rejected these submissions: *voir dire* reasons, at paras. 136-42. He referred to his earlier findings that there was no intimidation or coercion. He also found that the motive to lie advanced by Mr. Hart did not make sense. Why would Mr. Hart risk being caught in his own lie to the “boss” in an attempt to gain the confidence of the organization, after being warned of what the consequences of lying would be shortly before the interview (para. 138)? As the trial judge explained:

It is true that Mr. Hart wanted into the organization and he did have a motive to lie, but there was reason for him to come clean with the “boss”, especially when coming clean meant any potential problem Mr. Hart may have had could be eliminated by the very person he was telling the problem to. It is interesting to note that Mr. Hart actually went to a WalMart store and stood in front of a video camera to have his photo taken at a designated time. This designated time was supposed to be the time when a particular individual who witnessed the drowning was supposed to have been taken care of by one of the crime gang members.

The purpose of the picture was to provide an alibi for Mr. Hart as it related to taking care of the individual that supposedly had seen Mr. Hart commit the crime. [paras. 140-41]

[161] Finally, there is evidence that about mid-way through the Mr. Big operation, Mr. Hart, in order to establish his ability to do what might be required

voulait travailler et faisait constamment pression sur [les agents banalisés] pour qu’ils lui confient davantage de travail à l’extérieur de Terre-Neuve » (*ibid.*, par. 59 et 61).

[159] Le juge du procès se prononce aussi sur la prétention de M. Hart selon laquelle ses déclarations devaient être exclues de la preuve parce qu’elles ne satisfaisaient pas au seuil de fiabilité. M. Hart a soutenu avoir fait les déclarations par suite de menaces implicites et d’intimidation et dans un contexte où il était rémunéré pour se livrer à des activités illégales. Ainsi, au vu de toutes ces circonstances, les déclarations ne répondaient pas au seuil de fiabilité applicable en matière d’admissibilité de la preuve.

[160] Le juge du procès rejette ces arguments (motifs sur le voir-dire, par. 136-142) et conclut à nouveau à l’absence d’intimidation ou de contrainte. Il estime aussi que la raison pour laquelle M. Hart aurait menti ne tient pas debout. S’il souhaitait gagner la confiance de l’organisation, pourquoi aurait-il risqué de se faire prendre à mentir au [TRADUCTION] « patron » alors qu’on l’avait mis en garde contre les conséquences d’une telle conduite peu avant la rencontre (par. 138)? Comme l’explique le juge du procès :

[TRADUCTION] Certes, M. Hart voulait faire partie de l’organisation et avait une raison de mentir, mais il avait intérêt à jouer franc-jeu avec le « patron », surtout s’il s’ensuivait que tout problème qu’il aurait pu avoir pouvait être résolu par la personne même à qui il se confiait. Il convient d’ailleurs de signaler que M. Hart s’est rendu dans un magasin WalMart où il s’est placé devant une caméra de surveillance afin que son image soit captée à une heure donnée. C’était l’heure à laquelle un des membres du gang était censé s’occuper d’un témoin de la noyade.

L’objectif était que M. Hart dispose d’un alibi relativement à l’élimination de la personne qui l’aurait vu commettre le crime. [par. 140-141]

[161] Enfin, des éléments établissent que, vers le milieu de l’opération Monsieur Big, M. Hart a dit à un agent banalisé, pour le convaincre qu’il était

of him, told an undercover officer that he had deliberately killed his daughters. This is the April 10, 2005 statement. The evidence was that Mr. Hart showed the officer a picture of the twins and said that they were his own blood but that he had killed them and had planned it: 2012 NLCA 61, 327 Nfld. & P.E.I.R. 178, *per* Barry J.A., at para. 10. Mr. Hart denied making this statement in his *voir dire* evidence. It is not clear to me that this statement would inevitably be excluded at a new trial on the framework governing admissibility established in Moldaver J.'s reasons. Of course, if ruled admissible, it would be for the jury to decide whether Mr. Hart made this statement and what weight, if any, to give it. The Court of Appeal refused to exclude this statement, leaving its admissibility to be determined at a new trial: para. 258. I agree with that conclusion.

[162] In my respectful view, the admissibility of the respondent's statements to the undercover officers ought to be determined at a new trial where the parties and the trial judge will have the benefit of the new framework established in Moldaver J.'s reasons and will be able to focus their evidence and arguments accordingly.

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

The following are the reasons delivered by

KARAKATSANIS J. —

I. Introduction

[164] The Mr. Big technique is a Canadian innovation that has proven effective in resolving intractable criminal investigations. During a typical Mr. Big operation, undercover police officers befriend the suspect and induct him into a fictional criminal organization. Over time, they secure his loyalty and trust. Ultimately, they introduce the target to the leader of the organization, who requires him to admit his involvement in the offence the police are investigating.

capable d'accomplir ce qu'on pourrait exiger de lui, qu'il avait délibérément tué ses filles. Il s'agit de la déclaration du 10 avril 2005. Selon la preuve, M. Hart a montré à l'agent une photo des jumelles et lui a dit qu'il s'agissait de ses propres enfants, qu'il avait tués avec préméditation (2012 NLCA 61, 327 Nfld. & P.E.I.R. 178, le juge Barry, par. 10). Lors du voir-dire, M. Hart a nié la déclaration. Il ne me paraît pas évident que cette déclaration serait nécessairement écartée lors d'un nouveau procès en application du cadre établi par le juge Moldaver pour statuer sur l'admissibilité. Bien entendu, si la déclaration était jugée admissible, il appartiendrait au jury de décider si M. Hart l'a faite et de déterminer sa valeur probante, s'il en est. La Cour d'appel refuse d'exclure la déclaration et laisse au tribunal inférieur le soin de statuer sur son admissibilité lors d'un nouveau procès (par. 258). Je souscris à sa conclusion.

[162] À mon humble avis, l'admissibilité ou l'inadmissibilité des déclarations de l'intimé aux agents banalisés devrait être déterminée dans le cadre d'un nouveau procès, les parties et le juge disposant alors du nouveau cadre établi par le juge Moldaver et pouvant ainsi avancer des éléments de preuve et des arguments en conséquence.

[163] Par conséquent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Version française des motifs rendus par

LA JUGE KARAKATSANIS —

I. Introduction

[164] La technique Monsieur Big est une innovation canadienne qui s'est révélée efficace pour résoudre des enquêtes criminelles insolubles. Au cours d'une opération type, des agents banalisés se lient d'amitié avec le suspect et l'amènent à se joindre à une organisation criminelle fictive. Ils acquièrent avec le temps sa loyauté et sa confiance, puis le présentent finalement au chef de l'organisation, qui exige alors qu'il avoue sa participation à l'infraction sur laquelle enquête la police.

[165] However, Mr. Big operations entail significant dangers. The detailed artificial reality created by the operation is purposively manipulative and can compromise the autonomy and human dignity of the suspect. Moreover, the technique generates a significant risk of false confessions, as an individual who is pressured to confess may do or say anything to please Mr. Big and avoid losing his new life. The technique entangles the target in a web of prejudicial evidence that may undermine trial fairness. Finally, the unrestricted use of this tactic risks abusive state conduct, as the police devote substantial resources to manipulating suspects who are presumed to be innocent.

[166] Mr. Big confessions are not caught by the traditional rules governing confessions to the state, such as the confessions rule or the right to silence. My colleague Moldaver J. would therefore address the admissibility of Mr. Big confessions by creating a new rule of evidence under the common law. Under this rule, Mr. Big confessions are inadmissible unless the Crown establishes that the probative value of the confession (factoring in its reliability) outweighs its prejudicial effect. He would leave concerns about state conduct to the abuse of process doctrine.

[167] I fear that the proposed common law rule fails to consistently take into account broader concerns that arise when state agents generate a confession at a cost to human dignity, personal autonomy and the administration of justice. These concerns are recognized in our jurisprudence dealing with confessions to the state and lie at the root of the principle against self-incrimination.

[168] In my view, the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* provides the appropriate analytical framework to regulate Mr. Big operations because of the state's central role in generating the confession. These operations raise three vital concerns: the reliability of the evidence generated, the autonomy of suspects, and the potential for abuse of state power. In addition, the technique creates criminal propensity evidence that can undermine trial fairness. The

[165] L'opération comporte toutefois des risques importants. Elle crée un monde fictif à dessein manipulateur et susceptible de compromettre l'autonomie du suspect et sa dignité humaine. La technique risque aussi sérieusement de mener à de faux aveux car le sujet pressé d'avouer un crime peut faire ou dire n'importe quoi pour plaire à Monsieur Big et ne pas devoir renoncer à sa nouvelle vie. Elle amène le suspect à s'empêtrer dans les filets d'une preuve préjudiciable susceptible de miner l'équité du procès. Enfin, le recours non balisé à cette tactique risque de rendre la conduite de l'État abusive du fait que la police consacre d'importantes ressources à la manipulation de suspects qui sont présumés innocents.

[166] Les règles traditionnelles qui régissent les aveux obtenus par l'État, comme la règle des confessions ou le droit de garder le silence, ne s'appliquent pas aux aveux issus d'une opération Monsieur Big. Mon collègue le juge Moldaver statue donc sur l'admissibilité de ces aveux par la création, en common law, d'une nouvelle règle de preuve selon laquelle pareils aveux sont inadmissibles à moins que le ministère public ne prouve que leur valeur probante (eu égard à leur fiabilité) l'emporte sur leur effet préjudiciable. La doctrine de l'abus de procédure permet à son avis de remédier au risque de conduite abusive de l'État.

[167] Je crains que cette nouvelle règle ne tienne pas systématiquement compte des préoccupations plus larges que soulève l'aveu obtenu par un représentant de l'État au détriment de la dignité humaine, de l'autonomie de la personne et de l'administration de la justice. La jurisprudence de la Cour relative aux aveux faits à l'État prend acte de ces préoccupations, qui forment l'assise du principe interdisant l'auto-incrimination.

[168] La *Charte canadienne des droits et libertés* offre le cadre d'analyse voulu pour régir le recours à la technique Monsieur Big étant donné le rôle central de l'État dans l'obtention de l'aveu. L'opération est problématique au regard de trois considérations fondamentales : la fiabilité de la preuve obtenue, l'autonomie du suspect et le risque d'abus du pouvoir de l'État. De plus, elle permet de constituer une preuve de propension à la criminalité qui

principle against self-incrimination, under s. 7 of the *Charter*, provides comprehensive and flexible protection in such circumstances.

[169] In this case, the respondent, Mr. Hart, was suspected of drowning his daughters. Over two years later, the police undertook an intensive months-long operation in which they exploited his poverty and social isolation by offering him novel experiences: lucrative employment, friendship and a sense of self-worth. The respondent was led to believe that for this life to continue, he must confess to “Mr. Big”. The investigation and resulting confession demonstrate the serious risks of these operations. The police used their overwhelming power and resources to create an alternate reality and to obtain a confession of dubious reliability through an operation with a devastating impact on the accused. In doing so, they violated the principle against self-incrimination under s. 7 of the *Charter*.

[170] I agree with Moldaver J.’s decision to exclude the confessions. However, I would reach that conclusion through the analytical lens of the principle against self-incrimination.

II. Framework for Admissibility of State-Induced Confessions

A. *The Dangers Inherent to Confessions to the State*

[171] Confessions to state agents raise special concerns for the criminal justice system. Over the centuries, our common law tradition has responded to these dangers. The jurisprudence recognizes that individuals sometimes make false confessions that can result in miscarriages of justice, affirms that respect for human dignity and free choice means that individuals should not be coerced by the state to provide self-incriminating evidence, and discourages the state from conducting criminal investigations in a way that offends our sense of fair play or compromises the integrity of the administration of justice. Recognizing that particular vigilance is

est susceptible de compromettre l’équité du procès. Le principe interdisant l’auto-incrimination garanti par l’art. 7 de la *Charte* permet de se prémunir à tous égards et avec souplesse contre ces risques.

[169] En l’espèce, l’intimé, M. Hart, était soupçonné du meurtre par noyade de ses filles. Plus de deux ans après les décès, la police l’a soumis pendant des mois à une opération soutenue au cours de laquelle des agents banalisés ont tiré parti de sa pauvreté et de son isolement social en lui offrant de vivre de nouvelles expériences : un emploi lucratif, des relations d’amitié et une valorisation personnelle. Ils l’ont amené à croire que, pour pérenniser sa nouvelle situation, il devait faire des aveux à Monsieur Big. L’enquête et les aveux qui en ont découlé montrent qu’une telle opération comporte des risques sérieux. La police a utilisé ses vastes pouvoirs et ressources pour créer un monde parallèle et obtenir un aveu d’une fiabilité douteuse au moyen d’une opération aux effets catastrophiques pour l’accusé. Ce faisant, elle a porté atteinte au principe interdisant l’auto-incrimination que garantit l’art. 7 de la *Charte*.

[170] À l’instar du juge Moldaver, je suis d’avis d’exclure les aveux obtenus. Je fonde toutefois ma conclusion sur une analyse axée sur le principe interdisant l’auto-incrimination.

II. Cadre d’analyse applicable à l’admissibilité d’aveux sollicités par l’État

A. *Les risques inhérents aux aveux faits à l’État*

[171] Les aveux recueillis par des représentants de l’État présentent des risques particuliers pour le système de justice pénale. Au cours des siècles, notre tradition de common law a évolué de façon à pallier ces risques. La jurisprudence reconnaît que certaines personnes font parfois de faux aveux susceptibles d’entraîner des erreurs judiciaires, elle confirme que, pour respecter la dignité humaine et la liberté de choix, l’État ne peut contraindre une personne à produire une preuve auto-incriminante et elle dissuade l’État de mener des enquêtes criminelles d’une manière qui porte atteinte au sens du franc-jeu propre à notre société ou qui

required to protect against miscarriages of justice caused by unreliable confessions, the law has developed specialized rules that respect both fairness to the individual and the societal interest in investigating crime and seeking the truth at trial.

[172] Mr. Big operations have procured confessions when traditional investigative techniques have failed. Indeed, that is their sole purpose. These operations, often costly and complex, create elaborate false realities for their targets in which they are valued and rewarded. Threats and inducements are tailored to exploit suspects' vulnerabilities, and confessing becomes necessary for their new lives to continue. The very structure of Mr. Big operations creates circumstances that (1) compromise the suspects' autonomy, (2) undermine the reliability of confessions, and (3) raise concerns about abusive state conduct. In addition, Mr. Big operations create prejudicial evidence of criminal propensity which has the potential to compromise accused persons' ability to make full answer and defence, undermining the fairness of the trial.

[173] Despite these dangers, the Mr. Big technique has not been extensively reviewed by this Court. In *R. v. McIntyre*, [1994] 2 S.C.R. 480, the Court upheld the admissibility of the Mr. Big statements obtained in that case in a brief oral judgment, finding that "the tricks used by the police were not likely to shock the community" (p. 481). But *McIntyre* was very different from this case: the operation lasted for only 10 days, the police officers posing as criminals immediately revealed the illegal nature of their activities, and the "job" offer they made to McIntyre at the outset required him to prove he was capable of killing (see *R. v. McIntyre* (1993), 135 N.B.R. (2d) 266 (C.A.)).

[174] Existing safeguards that govern confessions made to the state are rooted in traditional investigative techniques and fail to properly regulate Mr. Big

compromet l'intégrité de l'administration de la justice. Reconnaissant la nécessité de précautions particulières pour éviter les erreurs judiciaires occasionnées par des aveux non dignes de foi, le droit s'est doté de règles spéciales qui respectent à la fois l'équité envers la personne ainsi que l'intérêt de la société à ce que la police enquête sur les crimes et à ce que la vérité soit établie au procès.

[172] Les opérations Monsieur Big permettent de recueillir des aveux que les techniques traditionnelles d'enquête ne permettent pas d'obtenir. C'est là en fait leur seule raison d'être. Souvent coûteuses et complexes, elles comportent la mise au point minutieuse d'un univers fictif dans lequel les suspects sont valorisés et récompensés. Les menaces et les incitations sont conçues pour exploiter la vulnérabilité du suspect et l'amener à croire qu'il doit passer aux aveux s'il souhaite poursuivre sa nouvelle vie. La conception même de l'opération Monsieur Big fait naître une situation qui (1) compromet l'autonomie du suspect, (2) diminue la fiabilité de l'aveu et (3) fait craindre la conduite abusive de l'État. Elle permet aussi la constitution d'une preuve préjudiciable de propension à la criminalité qui est susceptible de faire obstacle à une défense pleine et entière et de compromettre ainsi l'équité du procès.

[173] Malgré ces risques, la Cour s'est peu prononcée sur la technique Monsieur Big. Dans *R. c. McIntyre*, [1994] 2 R.C.S. 480, dans de brefs motifs oraux, elle confirme la recevabilité des déclarations obtenues grâce à la technique dans ce cas et elle conclut que « les artifices utilisés par les policiers n'étaient pas de nature à choquer la collectivité » (p. 481). Les faits étaient toutefois fort différents de ceux de la présente espèce : l'opération n'avait duré que 10 jours, les policiers qui s'étaient fait passer pour des criminels avaient immédiatement révélé l'illégalité de leurs activités et l'offre d'« emploi » exigeait d'entrée de jeu de M. McIntyre qu'il prouve sa capacité de tuer (voir *R. c. McIntyre* (1993), 135 R.N.-B. (2^e) 266 (C.A.)).

[174] Les garanties actuelles applicables aux aveux recueillis par l'État prennent leur source dans les techniques traditionnelles d'enquête et ne

operations. The confessions rule does not apply in a Mr. Big operation because the suspect is not aware that he is speaking to a person in authority (*R. v. Hodgson*, [1998] 2 S.C.R. 449, at paras. 24-29; *R. v. Grandinetti*, 2005 SCC 5, [2005] 1 S.C.R. 27), nor does the right to silence, which arises only upon a suspect's detention (*R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151, at p. 184; *McIntyre*). Thus, Mr. Big confessions fall into the gaps between the traditional rules.

[175] The Court cannot countenance this void. The existing rules assist in identifying the interests affected and dangers generated by Mr. Big operations and in structuring a principled and responsive legal framework. The confessions rule guards against unreliable confessions and regulates state conduct to protect basic fairness in the criminal process (*R. v. Oickle*, 2000 SCC 38, [2000] 2 S.C.R. 3, at paras. 68-69). The right to silence focuses on autonomy, choice and fairness by protecting detained persons' "right to choose whether to speak to the authorities or to remain silent" (*Hebert*, at p. 180). More broadly, the principle against self-incrimination from which these protections stem is based upon respect for an individual's autonomy and human dignity, which give that individual the right to choose whether to incriminate herself. The principle serves "at least two key purposes, namely to protect against unreliable confessions, and to protect against abuses of power by the state" (*R. v. White*, [1999] 2 S.C.R. 417, at para. 43; see also *R. v. Jones*, [1994] 2 S.C.R. 229, at p. 250).

B. *The Principle Against Self-Incrimination*

[176] Mr. Big confessions engage the constitutional principle against self-incrimination protected under s. 7 of the *Charter*. Section 7 reads:

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.

permettent pas d'encadrer convenablement l'opération Monsieur Big. La règle des confessions ne s'applique pas à celle-ci, car le suspect ignore qu'il s'adresse à une personne en situation d'autorité (*R. c. Hodgson*, [1998] 2 R.C.S. 449, par. 24-29; *R. c. Grandinetti*, 2005 CSC 5, [2005] 1 R.C.S. 27); il en va de même pour le droit de garder le silence, qui vaut uniquement en cas de détention du suspect (*R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151, p. 184; *McIntyre*). En conséquence, l'aveu issu d'une opération Monsieur Big échappe à l'application des règles traditionnelles.

[175] La Cour ne peut admettre pareil vide juridique. Les règles existantes contribuent à la détermination des droits qui sont touchés par l'opération et des risques qu'elle crée, ainsi qu'à la mise au point d'un cadre d'analyse raisonnée qui soit adapté. La règle des confessions protège contre l'aveu non digne de foi et régit les actes de l'État afin de préserver l'équité fondamentale de la procédure pénale (*R. c. Oickle*, 2000 CSC 38, [2000] 2 R.C.S. 3, par. 68-69). Le droit de garder le silence met l'accent sur l'autonomie, la liberté de choix et l'équité en protégeant le droit de la personne détenue « de choisir de parler ou non aux autorités ou de garder le silence » (*Hebert*, p. 180). Plus généralement, le principe interdisant l'auto-incrimination, dont découlent ces garanties, prend appui sur le respect de l'autonomie de la personne et de la dignité humaine, de sorte que chacun dispose du choix de s'incriminer ou non. Ce principe a « au moins deux objectifs majeurs, la protection contre les confessions indignes de foi et la protection contre les abus de pouvoir de l'État » (*R. c. White*, [1999] 2 R.C.S. 417, par. 43; voir également *R. c. Jones*, [1994] 2 R.C.S. 229, p. 250).

B. *Le principe interdisant l'auto-incrimination*

[176] L'aveu issu d'une opération Monsieur Big fait intervenir le principe constitutionnel de la protection contre l'auto-incrimination garanti par l'art. 7 de la *Charte*, dont voici le texte :

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.

[177] In *R. v. P. (M.B.)*, [1994] 1 S.C.R. 555, Lamer C.J. described the principle against self-incrimination as follows:

Perhaps the single most important organizing principle in criminal law is the right of an accused not to be forced into assisting in his or her own prosecution

The broad protection afforded to accused persons is perhaps best described in terms of the overarching principle against self-incrimination, which is firmly rooted in the common law and is a fundamental principle of justice under s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. As a majority of this Court suggested in *Dubois v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 350, the presumption of innocence and the power imbalance between the state and the individual are at the root of this principle and the procedural and evidentiary protections to which it gives rise. [Emphasis added; pp. 577-78.]

[178] Section 7 has a well-recognized residual role with respect to the principles of fundamental justice, of which ss. 8 to 14 are examples (*Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, at pp. 502-3 and 512). The principle against self-incrimination manifests itself in specific protections such as the s. 7 right to silence recognized in *Hebert*, the s. 10(b) right to counsel, the s. 11(c) rule of non-compellability and the s. 13 *privilege* against self-incrimination (see *Jones*, at pp. 251-56; H. Stewart, *Fundamental Justice: Section 7 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms* (2012), at pp. 8-9). However, in considering the scope of the principle, in *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425, Lamer J. (dissenting, but not on this point), agreed with the majority that “the specific enumerations in ss. 11(c) and 13 of the *Charter* are not necessarily exhaustive of the protection afforded by s. 7, and do not prevent residual content being given to s. 7” (p. 442).

[179] The principle against self-incrimination is, therefore, a robust and dynamic concept which

[177] Dans l’arrêt *R. c. P. (M.B.)*, [1994] 1 R.C.S. 555, le juge en chef Lamer dit ce qui suit du principe :

Le principe directeur qui est sans doute le plus important en droit criminel est le droit de l’accusé de ne pas être contraint de prêter son concours aux poursuites intentées contre lui . . .

La protection générale accordée à un accusé est sans doute mieux décrite par le principe général interdisant l’auto-incrimination qui est fermement enraciné dans la common law et qui constitue un principe de justice fondamentale au sens de l’art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Comme l’a proposé notre Cour à la majorité dans l’arrêt *Dubois c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 350, la présomption d’innocence et l’inégalité du rapport de force entre l’État et le particulier sont à la base de ce principe et des protections en matière de procédure et de preuve qui en découlent. [Je souligne; p. 577-578.]

[178] L’article 7 joue un rôle résiduel bien établi au chapitre des principes de justice fondamentale, les art. 8 à 14 constituant des exemples de tels principes (*Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, [1985] 2 R.C.S. 486, p. 502-503 et 512). Le principe interdisant l’auto-incrimination se manifeste par des garanties précises, dont le droit, reconnu dans l’arrêt *Hebert*, de garder le silence en application de l’art. 7, le droit à l’assistance d’un avocat prévu à l’al. 10b), la règle de la non-contrainnabilité énoncée à l’al. 11c) et le *privilege* de ne pas s’incriminer conféré par l’art. 13 (voir *Jones*, p. 251-256; H. Stewart, *Fundamental Justice : Section 7 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms* (2012), p. 8-9). Toutefois, dans l’arrêt *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425, appelé à se prononcer sur la portée du principe, le juge Lamer (dissident, mais non sur ce point) convient avec les juges majoritaires que « [ce qui est précisé] à l’al. 11c) et à l’art. 13 de la *Charte* ne couvr[e] pas nécessairement la totalité de la protection accordée par l’art. 7 et n’empêch[e] pas de conférer une teneur résiduelle à l’art. 7 » (p. 442).

[179] Le principe interdisant l’auto-incrimination constitue donc une notion à la fois consistante et

addresses the dangers that arise from confessions made to state agents. It provides a principled approach to dealing with confessions to the state.¹¹ In my view, the principle provides the appropriate response to Mr. Big cases, for several reasons.

[180] First, Mr. Big operations deploy significant state resources to create a new world, where the target often feels that there is no choice but to confess. They directly engage the individual privacy, autonomy and dignity interests that the principle against self-incrimination is meant to protect. The principle against self-incrimination acknowledges the tremendous power of the state and protects the individual's freedom to choose whether to make a statement to the police. The right not to be compelled to incriminate oneself has deep roots. It is an overarching organizing principle in our criminal justice system, of which the confession rule and the right to silence are emanations (*Hebert*, at p. 175). It makes sense to rely upon this foundational principle in responding to confessions that are generated by and made to state agents.

[181] Second, this approach draws on existing jurisprudence concerning the principle against self-incrimination, making it unnecessary to create a new rule. The scope of s. 7's protection against self-incrimination is to be "determined on a case-by-case basis" (*Jones*, at p. 257).

[182] Third, the principle against self-incrimination provides an opportunity to weigh concerns about reliability, autonomy and state conduct together in a nuanced way. These concerns are factually and conceptually intertwined. For example, if the police overreach in their reliance on threats and inducements, this will be relevant to determining

¹¹ While these reasons concentrate on its application to the Mr. Big context, I see no reason why the principle cannot be adapted to govern other innovative police tactics designed to elicit confessions.

dynamique qui permet de remédier aux risques que présentent les aveux recueillis par des représentants de l'État. Il offre une approche raisonnée pour l'analyse de tels aveux¹¹. Il s'agit à mon avis du principe qu'il convient d'appliquer lorsque l'aveu résulte d'une opération Monsieur Big, et ce, pour plusieurs motifs.

[180] Premièrement, aux fins d'une telle opération, l'État consacre des ressources substantielles à la création d'un milieu fictif au sein duquel le suspect finit souvent par croire qu'il n'a d'autre choix que de passer aux aveux. L'opération fait directement intervenir les droits à la vie privée, à l'autonomie de la personne et à la dignité humaine que vise à défendre le principe interdisant l'auto-incrimination. Ce principe reconnaît le pouvoir considérable détenu par l'État et assure la liberté de l'individu de décider de faire ou non une déclaration à la police. Le droit de ne pas être contraint de s'incriminer a des origines anciennes. Il s'agit d'un principe directeur prépondérant de notre système de justice pénale dont sont issus la règle des confessions et le droit de garder le silence (*Hebert*, p. 175). Il est logique de se fonder sur ce principe fondamental pour statuer sur l'admissibilité des aveux générés par des représentants de l'État et faits à ceux-ci.

[181] Deuxièmement, comme mon approche s'appuie sur la jurisprudence relative à l'application du principe interdisant l'auto-incrimination, point n'est besoin de créer une nouvelle règle. La portée de la protection contre l'auto-incrimination qui découle de l'art. 7 est « déterminée cas par cas » (*Jones*, p. 257).

[182] Troisièmement, le principe permet d'apprécier de manière globale et nuancée les craintes touchant à la fiabilité, à l'autonomie et à la conduite de l'État, des considérations étroitement liées sur les plans factuel et conceptuel. À titre d'exemple, lorsque la police aura eu indûment recours aux menaces et aux incitations, il conviendra de se

¹¹ Bien que les présents motifs portent essentiellement sur son application aux opérations Monsieur Big, je ne vois pas pourquoi le principe ne pourrait pas être adapté puis appliqué à d'autres tactiques policières innovatrices conçues pour soutirer des aveux.

whether the operation was unduly coercive, may undermine the reliability of the confession, and will raise the spectre of abuse.

[183] Finally, the principle against self-incrimination addresses suspects' rights both during the Mr. Big operation and at trial; a rule for addressing these operations must regulate both. A fair trial cannot be based on evidence obtained through fundamentally unfair state tactics. That being so, trial fairness and investigative fairness should not be addressed in freestanding inquiries. As the Court explained in *White*, "[i]n every case, the facts must be closely examined to determine whether the principle against self-incrimination has truly been brought into play by the production or use of the declarant's statement" (para. 48 (emphasis added)).

[184] Consistent with *Charter* jurisprudence, the onus is on the accused to establish a *prima facie* breach of the principle against self-incrimination. To do so, the accused must show that concerns about autonomy, reliability, and police conduct exist, as they will in nearly every Mr. Big operation. In such circumstances, the burden will shift to the Crown to establish that there is no breach. Consequently, the Crown should always be prepared to demonstrate the admissibility of the resulting evidence. This will encourage the police to give careful consideration to the constitutionality of the operation and will incentivize recording of the Mr. Big "scenarios" where possible. Given that the entire operation, not just the final meeting, is relevant to the admissibility of any evidence obtained, thorough records would make it easier for the court to assess the investigation and would allow the police to defend against allegations of undue coercion or state misconduct.

[185] The principle against self-incrimination also works to secure trial fairness, which is a principle of fundamental justice recognized under ss. 7 and 11(d) of the *Charter*. Trial fairness may be compromised whenever there are concerns about how police

demandier si l'opération était indûment coercitive, la fiabilité de l'aveu pourra être mise en doute et l'éventualité d'un abus de pouvoir sera considérée.

[183] Enfin, le principe protège les droits du suspect aussi bien pendant l'opération Monsieur Big qu'au procès, et pour assujettir une telle opération, la règle retenue doit valoir aux deux étapes. Un procès équitable ne saurait reposer sur des éléments de preuve obtenus au moyen de procédés étatiques foncièrement inéquitables. Cela étant, l'équité du procès et celle de l'enquête ne devraient pas faire l'objet d'analyses distinctes. Comme l'explique la Cour dans l'arrêt *White*, « [d]ans tous les cas, il faut analyser les faits en profondeur pour déterminer si le principe interdisant l'auto-incrimination est vraiment soulevé par la production ou l'utilisation de la déclaration » (par. 48 (je souligne)).

[184] Suivant la jurisprudence relative à l'application de la *Charte*, il appartient à l'accusé de démontrer l'atteinte *prima facie* au principe interdisant l'auto-incrimination. Il doit alors établir que des craintes touchant à l'autonomie, à la fiabilité et à la conduite policière existent, ce qui sera d'ailleurs le cas de la quasi-totalité des opérations Monsieur Big. Il incombera ensuite au ministère public de prouver qu'il n'a pas été porté atteinte au principe. Le ministère public doit donc toujours être prêt à démontrer l'admissibilité de la preuve issue d'une telle opération, ce qui est de nature à inciter la police à se soucier de la constitutionnalité de l'opération et à enregistrer le déroulement des « scénarios » chaque fois que ce sera possible de le faire. Puisque l'admissibilité de la preuve obtenue est appréciée au regard de l'ensemble de l'opération, et non seulement de la rencontre finale, la constitution d'un dossier détaillé facilitera la tâche du tribunal appelé à se prononcer sur l'enquête et permettra à la police de contester toute allégation de contrainte abusive ou de conduite répréhensible de l'État.

[185] La protection contre l'auto-incrimination contribue aussi à garantir l'équité du procès, laquelle constitue un principe de justice fondamentale reconnu à l'art. 7 et à l'al. 11d) de la *Charte*. L'équité du procès peut être compromise

have obtained self-incriminating evidence, where such evidence is of dubious reliability, and where juries have difficulty evaluating the truthfulness of confessions. There is scope to consider all of these factors under the principle against self-incrimination.

C. *Applying the Principle Against Self-Incrimination to Mr. Big Cases*

[186] The Court applied the principle against self-incrimination in *White*. The *White* framework deals directly with three interrelated concerns which ground the traditional rules respecting confessions to the state: autonomy, reliability, and state conduct. As the Court explained,

[t]he definition of the principle against self-incrimination as an assertion of human freedom is intimately connected to the principle's underlying rationale. As explained by the Chief Justice in *Jones, supra*, at pp. 250-51, the principle has at least two key purposes, namely to protect against unreliable confessions, and to protect against abuses of power by the state. There is both an individual and a societal interest in achieving both of these protections. Both protections are linked to the value placed by Canadian society upon individual privacy, personal autonomy and dignity: see, e.g., *Thomson Newspapers, supra*, at p. 480, *per* Wilson J.; *Jones, supra*, at pp. 250-51, *per* Lamer C.J.; and *Fitzpatrick, supra*, at paras. 51-52, *per* La Forest J. [Emphasis added; para. 43.]

[187] The Court identified four factors which help to determine whether the principle against self-incrimination has been violated by the production or use of a suspect's statements:

- (1) whether there was an adversarial relationship between the accused and the state at the time the statements were obtained;
- (2) whether there was coercion by the state in obtaining the statements;
- (3) whether there was a risk of unreliable confessions as a result of any compulsion; and

chaque fois qu'il existe des doutes sur le mode d'obtention d'une preuve auto-incriminante par les policiers, lorsque la fiabilité de cette preuve est douteuse et lorsque les jurés ont du mal à juger de la véracité d'un aveu. La grande portée du principe interdisant l'auto-incrimination permet de tenir compte de toutes ces considérations.

C. *Application du principe à l'opération Monsieur Big*

[186] Dans *White*, la Cour applique le principe. Le cadre analytique qu'elle y établit s'attache directement à trois soucis connexes qui fondent les règles traditionnelles applicables aux aveux faits à l'État : l'autonomie, la fiabilité et la conduite de l'État. Comme l'explique la Cour,

[l]a définition du principe interdisant l'auto-incrimination comme une affirmation de la liberté humaine est intimement liée à la raison d'être de ce principe. Comme l'explique le Juge en chef dans l'arrêt *Jones*, précité, aux pp. 250 et 251, le principe a au moins deux objectifs majeurs, la protection contre les confessions indignes de foi et la protection contre les abus de pouvoir de l'État. Tant les individus que la société ont un intérêt dans l'existence de ces deux protections. Celles-ci sont liées à la valeur qu'attribue la société canadienne à la vie privée, à l'autonomie personnelle et à la dignité : voir, p. ex., *Thomson Newspapers*, précité, à la p. 480, le juge Wilson; *Jones*, précité, aux pp. 250 et 251, le juge en chef Lamer; et *Fitzpatrick*, précité, aux par. 51 et 52, le juge La Forest. [Je souligne; par. 43.]

[187] La Cour fait état de quatre questions à se poser pour déterminer si la production ou l'utilisation des déclarations du suspect portent atteinte au principe interdisant l'auto-incrimination :

- (1) Une relation de nature contradictoire existait-elle entre l'accusé et l'État au moment des déclarations?
- (2) L'État a-t-il eu recours à la contrainte pour obtenir les déclarations?
- (3) La contrainte risquait-elle de rendre les aveux non dignes de foi?

(4) whether permitting the use of the statements would lead to an increased risk of abusive state conduct. (*White*, at paras. 53-66)

[188] While these factors are interrelated, in the Mr. Big context, each emphasizes a particular legal interest or principle. The coercion factor is primarily concerned with the autonomy and dignity of the suspect and asks whether the suspect had a choice to speak to the authorities. The reliability enquiry focuses on the trustworthiness of any statement obtained. Finally, the conduct of the state is examined with a view to determining whether the authorities used their position of power in an unfair, abusive, or shocking manner. Although each factor underscores a particular concern, specific facts or tactics may implicate more than one danger, and therefore may be considered under more than one part of the analysis. Ultimately, these factors are intertwined and should be considered together.

[189] This approach does not identify prejudice as a factor to be considered under the principle against self-incrimination. However, the prejudice created by the evidence of criminal propensity is indirectly relevant to reliability and state conduct. Moreover, the trial judge retains the residual power to exclude evidence on the basis of trial fairness (see *R. v. Harrer*, [1995] 3 S.C.R. 562, at paras. 24 and 41) or when its probative value is outweighed by its prejudicial effect.

[190] When applying this principled approach to state-induced confessions, the courts should apply the test in a way that protects the fundamental interests at stake and responds to the dangers raised by the particular circumstances.

(1) Adversarial Relationship

[191] The principle against self-incrimination is directly applicable where individuals are in adversarial relationships with the state. In a Mr. Big operation, the state deliberately sets out to obtain a

(4) Permettre l'utilisation des déclarations augmenterait-il le risque de conduite abusive de l'État? (*White*, par. 53-66)

[188] Même s'il s'agit de considérations connexes, dans le contexte d'une opération Monsieur Big, chacune d'elles s'attache à un intérêt ou à un principe juridique particulier. Le recours à la contrainte intéresse principalement l'autonomie et la dignité du suspect et appelle à se demander si le suspect avait le choix de se confier ou non aux autorités. La fiabilité s'attache pour sa part à la crédibilité de la déclaration. Enfin, la conduite de l'État est examinée dans le but de déterminer si les autorités ont utilisé leur position de force de façon inéquitable, abusive ou choquante. Même si chacune des considérations met l'accent sur une crainte précise, certains faits ou certaines tactiques peuvent présenter plus d'un risque et peuvent donc être examinés au regard de plusieurs éléments de l'analyse. En fin de compte, ces considérations sont interreliées et doivent être embrassées globalement.

[189] L'approche ne voit pas dans le préjudice infligé un élément à considérer pour déterminer s'il y a eu ou non manquement au principe interdisant l'auto-incrimination. Le préjudice causé par la preuve de propension à la criminalité joue toutefois indirectement dans l'appréciation de la fiabilité d'une preuve et de la régularité de la conduite de l'État. De plus, le juge du procès conserve le pouvoir résiduel d'exclure une preuve dont l'admission compromettrait l'équité du procès (voir *R. c. Harrer*, [1995] 3 R.C.S. 562, par. 24 et 41) ou dont l'effet préjudiciable l'emporte sur la valeur probante.

[190] Le tribunal appelé à se prononcer sur l'admissibilité d'aveux sollicités par l'État doit appliquer cette approche raisonnée de façon à protéger les intérêts fondamentaux en jeu et à pallier les risques propres à la situation considérée.

(1) Relation de nature contradictoire

[191] La protection contre l'auto-incrimination s'applique d'emblée en présence d'une relation de nature contradictoire entre l'individu et l'État. Lors d'une opération Monsieur Big, l'État cherche

confession from the suspect. By definition, the relationship is adversarial. Thus, this factor does not add to the analysis where there is a confession to Mr. Big.

(2) Coercion

[192] A confession is coerced when the accused is deprived of a free choice whether to admit, deny, or refuse to answer (*Black's Law Dictionary* (6th ed. 1990), at p. 258). In the context of a Mr. Big operation, a confession is coerced when the suspect is deprived of any reasonable alternative to confessing. While there will almost always be some degree of coercion in a Mr. Big operation, the issue at this stage is the *extent* of that constraint. Coercion is not a binary. This means that even if the suspect had some alternative to confessing, the *degree* to which his free choice was compromised must be examined.

[193] While threats of violence are manifestly coercive, the principle of autonomy abhors coercion in all its forms. In *Rothman v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 640, and *Oickle*, this Court held that particularly manipulative trickery — for example, a police officer pretending to be a chaplain or a legal aid lawyer to obtain a confession — would shock the community. A Mr. Big operation is built upon *layers* of deception. The target is exposed not only to a false confidante, but false friends, a false job, and a false life.

[194] In determining the degree of coercion, the court should consider the magnitude and duration of the operation, any explicit or implied threats used, any financial, social, or emotional inducements applied, and the characteristics of the suspect, including any mental, physical, social, or economic disadvantages.

[195] By way of example, when financial inducements are offered to a person of means, it will be difficult to argue that he or she had no reasonable choice but to confess. On the much more serious end of the spectrum are operations which exploit individuals' particular weaknesses, such that they feel

délibérément à obtenir un aveu du suspect. La relation est, par définition, de nature contradictoire. Cette donnée n'ajoute donc rien à l'analyse dans le cas d'un aveu à Monsieur Big.

(2) Contrainte

[192] Un aveu est obtenu par la contrainte lorsque l'accusé n'est pas libre d'avouer, de nier ou de refuser de répondre (*Black's Law Dictionary* (6^e éd. 1990), p. 258). Dans le contexte d'une opération Monsieur Big, un aveu est obtenu par la contrainte lorsque le suspect n'a pas d'autre choix raisonnable que d'avouer. Bien qu'une certaine contrainte soit presque toujours exercée lors d'une telle opération, il convient à cette étape de l'analyse d'en déterminer l'*étendue*. La contrainte ne revêt pas un caractère binaire. Dès lors, même si le suspect avait quelque choix d'avouer ou non, le *degré* d'atteinte à sa liberté de choix doit être examiné.

[193] La menace de recourir à la violence constitue une contrainte manifeste, mais le principe de l'autonomie abhorre toute forme de contrainte. Dans *Rothman c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 640, et dans *Oickle*, la Cour statue qu'une supercherie à caractère particulièrement manipulateur — par exemple, un policier se faisant passer pour un aumônier ou un avocat de l'aide juridique dans le but d'obtenir un aveu — choquerait la collectivité. Or, l'opération Monsieur Big est constituée d'une *succession* de tromperies. Non seulement on présente au suspect un faux confident, mais on lui invente des amis, un emploi et une nouvelle vie.

[194] Pour déterminer le degré de contrainte exercée, le tribunal doit prendre en compte l'ampleur et la durée de l'opération, toute menace explicite ou implicite, toute incitation financière, sociale ou psychologique, ainsi que les caractéristiques du suspect, y compris toute faiblesse d'ordre mental, physique, social ou financier.

[195] Par exemple, lorsqu'on offre une gratification financière à une personne bien nantie, on peut difficilement prétendre que celle-ci n'a d'autre choix raisonnable que d'avouer. L'opération conçue pour exploiter certaines faiblesses et amener une personne à se croire obligée de s'incriminer fait

obliged to make a self-incriminating statement. Of course, sufficient pressure may cause even well-situated individuals to feel the force of coercion.

[196] This approach protects the autonomy of the suspect, a cardinal concern of the confessions rule (where it is also expressed as voluntariness) and the principle against self-incrimination more broadly. In *Hodgson*, for example, Cory J. (quoting L. Herman, “The Unexplored Relationship Between the Privilege Against Compulsory Self-Incrimination and the Involuntary Confession Rule (Part I)” (1992), 53 *Ohio St. L.J.* 101, at p. 153, citing Sir G. Gilbert, *The Law of Evidence* (1769)) noted that the common law “will not force any Man to accuse himself”, and held that “from its very inception, the confessions rule was designed not only to ensure the reliability of the confession, but also to guarantee fundamental fairness in the criminal process” (para. 18 (emphasis deleted)).

[197] Although the concern for autonomy interweaves with the goals of obtaining reliable evidence and curbing offensive state conduct, it exists in our adversarial legal system as an idea with its own normative force, namely, “a basic distaste for self-conscription” (*R. v. S. (R.J.)*, [1995] 1 S.C.R. 451, at para. 83). As this Court has explained, “proper rules of battle between government and individual require that the individual . . . not be conscripted by his opponent to defeat himself” (*White*, at para. 42, citing *Wigmore on Evidence*, vol. 8 (McNaughton rev. 1961), § 2251, at p. 318).

[198] In *S. (R.J.)*, the Court described the principle against self-incrimination as “the principle of sovereignty embodied in the idea that individuals should be left alone in the absence of justification, and not conscripted by the state to promote a self-defeating purpose” (para. 81).

[199] While there will almost always be *some* degree of coercion in a Mr. Big operation, this does

partie des cas de contrainte les plus graves. Certes, une pression suffisante peut même amener une personne sans déficience particulière à ressentir la force de la contrainte.

[196] L’approche protège l’autonomie du suspect, un souci fondamental de la règle des confessions (laquelle renvoie également au caractère volontaire) et du principe interdisant l’auto-incrimination de manière générale. Dans l’arrêt *Hodgson*, par exemple, le juge Cory (renvoi à L. Herman, « The Unexplored Relationship Between the Privilege Against Compulsory Self-Incrimination and the Involuntary Confession Rule (Part I) » (1992), 53 *Ohio St. L.J.* 101, p. 153, citant Sir G. Gilbert, *The Law of Evidence* (1769) fait observer que la common law [TRADUCTION] « ne contraint pas une personne à s’incriminer » et statue que « depuis sa création, la règle des confessions a été conçue non seulement pour assurer la fiabilité des confessions, mais aussi pour garantir l’équité fondamentale des procédures criminelles » (par. 18 (soulignement omis)).

[197] Malgré son interrelation avec l’objectif d’obtenir une preuve digne de foi et celui de contrer la conduite répréhensible de l’État, l’autonomie constitue, dans notre système judiciaire accusatoire, une notion dotée de sa propre force normative, à savoir « une aversion fondamentale pour la mobilisation contre soi-même » (*R. c. S. (R.J.)*, [1995] 1 R.C.S. 451, par. 83). Comme l’explique la Cour, [TRADUCTION] « selon les règles régissant les conflits entre le gouvernement et un particulier, celui-ci [. . .] ne doit pas être obligé par son opposant de causer sa propre défaite » (*White*, par. 42, citant *Wigmore on Evidence*, vol. 8 (McNaughton rev. 1961), § 2251, p. 318).

[198] Dans *S. (R.J.)*, la Cour voit dans la protection contre l’auto-incrimination « le principe de la souveraineté contenu dans l’idée qu’un particulier ne doit pas être dérangé sans raison et ne doit pas être obligé par l’État de promouvoir une fin susceptible de causer sa propre défaite » (par. 81).

[199] Même si l’opération Monsieur Big fait presque toujours intervenir un *certain* degré de

not mean that any resulting confession will automatically be excluded. The police must have leeway to employ the Mr. Big technique up to a certain point. However, if the coercion was so great that the suspect was made to believe that he had no alternative but to confess, the statement will have been obtained unconstitutionally. Barring such extreme cases, the court must weigh the *nature and severity* of coercion alongside the reliability of any resulting statement and the conduct of the state, two factors I delineate below.

(3) Reliability

[200] False confessions can cause miscarriages of justice, condemn innocent individuals, and result in failures to convict the truly guilty (*Oickle*, at para. 32). Concern for reliability rightly underpins numerous protections against self-incrimination. Under the “reliability” analysis, the court will execute a robust gatekeeper function in assessing the risk of a false confession, and corroborating or supporting evidence will usually be a prerequisite to admission.

[201] This appraisal is of paramount importance because juries often struggle to properly assess the ultimate reliability of Mr. Big confessions. Juries generally find it difficult to believe that someone would confess to a crime she did not commit (*Oickle*, at para. 34), and are loath to disregard a confession even where it is known to be coerced (S. M. Kassin et al., “Police-Induced Confessions: Risk Factors and Recommendations” (2010), 34 *Law & Hum. Behav.* 3, at p. 24). This danger is compounded by the criminal propensity evidence generated during a Mr. Big investigation. An accused who falsely confessed is in a catch-22 situation; his only course to explain away his statement is to admit that it was made to preserve his criminal lifestyle.

[202] As a consequence, the trial judge must play a gatekeeper role in assessing the reliability of the

contrainte, tout aveu qui en résulte n’est pas automatiquement inadmissible. La police doit pouvoir recourir à la technique jusqu’à un certain point. Cependant, lorsque la contrainte a été telle que le suspect a été amené à croire qu’il n’avait d’autre choix que de passer aux aveux, force est de conclure que la déclaration a été obtenue de façon inconstitutionnelle. Mis à part ce cas extrême, le tribunal doit soupeser *la nature et la gravité* de la contrainte de pair avec deux considérations que je développe ci-après, la fiabilité de la déclaration obtenue et la conduite de l’État.

(3) Fiabilité

[200] Le faux aveu peut mener à l’erreur judiciaire et faire en sorte qu’un innocent soit déclaré coupable et que le vrai coupable échappe à la justice (*Oickle*, par. 32). De nombreuses protections contre l’auto-incrimination reposent à juste titre sur le souci de fiabilité. Dans son analyse de la « fiabilité », le tribunal exercera strictement sa fonction de gardien vis-à-vis du risque de faux aveu; généralement, l’existence d’une preuve de corroboration ou à l’appui constituera d’ailleurs une condition préalable à l’admission.

[201] Cette appréciation revêt une importance capitale, car les jurés ont souvent de la difficulté à juger convenablement de la fiabilité en dernière analyse d’un aveu issu d’une opération Monsieur Big. Les jurés ont généralement du mal à croire qu’une personne puisse avouer un crime qu’elle n’a pas commis (*Oickle*, par. 34) et ils sont peu enclins à ne pas tenir compte d’un aveu même lorsqu’ils savent que celui-ci a été obtenu par la contrainte (S. M. Kassin et autres, « Police-Induced Confessions : Risk Factors and Recommendations » (2010), 34 *Law & Hum. Behav.* 3, p. 24). Le risque est exacerbé par la preuve de propension à la criminalité que produit l’opération. L’accusé qui fait un faux aveu se retrouve dans une situation sans issue; le seul moyen d’expliquer sa déclaration est d’admettre l’avoir faite pour préserver son mode de vie criminel.

[202] En conséquence, le juge du procès doit jouer son rôle de gardien lorsqu’il se penche sur

confession. Although the assessment of *ultimate* reliability — the final weight to be given to the confession — is the purview of the jury, a gate-keeping function is far from unprecedented. For example, trial judges are called upon to gauge the threshold reliability of hearsay evidence. In doing so, the judge may find evidence sufficiently trustworthy either because the circumstances of the statement are indicative of reliability or because the jury will have the tools to assess it (*R. v. Khelawon*, 2006 SCC 57, [2006] 2 S.C.R. 787, at paras. 62-63; *R. v. Youvarajah*, 2013 SCC 41, [2013] 2 S.C.R. 720, at paras. 29-30).

[203] However, traditional indicia of reliability often cannot be relied upon in a Mr. Big operation. The confession of an accused is generally considered to be admissible hearsay, in part because it is a “statement against interest” and therefore more likely to be reliable. But statements to Mr. Big are not “against” the accused’s interest at all: the target has been made to feel safe from legal consequences, and confessing is a precondition to membership in the organization, access to work, or some other benefit. Confessions are also treated as admissible hearsay because the accused, a party to the case, can testify that the confession was false (see *R. v. Osmar*, 2007 ONCA 50, 84 O.R. (3d) 321, leave to appeal refused, [2007] 2 S.C.R. vii; *R. v. Bonisteel*, 2008 BCCA 344, 259 B.C.A.C. 114). However, by design, the Mr. Big operation creates prejudicial evidence of criminal propensity. The accused must either let the confession stand or explain that he made it in order to continue his new criminal lifestyle.

[204] Thus, confessions made to Mr. Big are particularly hazardous, and the judge must evaluate their threshold reliability in order to satisfy the principle against self-incrimination.

[205] In order to find that a confession was constitutionally obtained, supporting evidence will usually be required. Under the confessions rule, corroborative evidence cannot salvage an involuntary statement.

la fiabilité de l’aveu. Bien que la fiabilité *en dernière analyse* — le poids final accordé à l’aveu — relève du jury, cette fonction de gardien est loin d’être nouvelle. À titre d’exemple, le juge du procès est appelé à établir le seuil de fiabilité de la preuve par ouï-dire. Il peut alors conclure que la déclaration est suffisamment digne de foi parce que les circonstances dans lesquelles elle a été faite comportent des indices de fiabilité ou parce que les jurés disposeront des moyens nécessaires pour juger de sa fiabilité (*R. c. Khelawon*, 2006 CSC 57, [2006] 2 R.C.S. 787, par. 62-63; *R. c. Youvarajah*, 2013 CSC 41, [2013] 2 R.C.S. 720, par. 29-30).

[203] Or, souvent, les indices traditionnels de fiabilité ne pourront être pris en compte dans le cas d’une opération Monsieur Big. On estime généralement que l’aveu de l’accusé constitue une preuve par ouï-dire admissible, notamment parce qu’il s’agit d’une « déclaration contre l’intérêt » de son auteur, de sorte qu’elle peut être tenue pour digne de foi. Toutefois, la déclaration faite à Monsieur Big n’est pas du tout « contraire » à l’intérêt de l’accusé. Le suspect a été amené à se croire à l’abri de toute conséquence juridique, et avouer était une condition préalable pour devenir membre de l’organisation, obtenir du travail ou bénéficier d’autres avantages. L’aveu est également assimilé à une preuve par ouï-dire admissible parce que l’accusé, qui est partie au litige, peut témoigner et faire valoir la fausseté de son aveu (voir *R. c. Osmar*, 2007 ONCA 50, 84 O.R. (3d) 321, autorisation d’appel refusée, [2007] 2 R.C.S. vii; *R. c. Bonisteel*, 2008 BCCA 344, 259 B.C.A.C. 114). Cependant, telle qu’elle est conçue, l’opération Monsieur Big donne lieu à une preuve préjudiciable de propension à la criminalité. Soit l’accusé ne conteste pas l’aveu, soit il explique l’avoir fait pour préserver son nouveau mode de vie criminel.

[204] En conséquence, l’aveu fait à Monsieur Big présente un risque particulier, et le tribunal doit établir son seuil de fiabilité afin de respecter le principe interdisant l’auto-incrimination.

[205] Une preuve à l’appui sera généralement exigée pour conclure à la constitutionnalité de l’obtention de l’aveu. Suivant la règle des confessions, une preuve de corroboration ne peut empêcher

That rule is not concerned with the reliability of the particular confession, but with the manner in which it was obtained. This is because “if the state were left with the option of simply corroborating forced confessions, there would be little incentive to refrain from reprehensible investigative measures” (*Hodgson*, at para. 20). However, under the self-incrimination framework, coercion and state conduct are independently considered under other factors, so there is no need to use reliability as a proxy for these concerns, and corroborative evidence may be considered.

[206] Moreover, corroborative evidence compensates for the reliability concerns inherent to a Mr. Big operation. Such tactics involve powerful inducements: the suspect is promised financial rewards, membership in an organization, legal protection, approval and friendship, or some combination of these in exchange for simply admitting to the commission of the crime. At the same time, the suspect has usually been warned about the consequences of failing to behave as the organization expects, and the “truth” that Mr. Big wants to hear has already been made very clear.

[207] A confession is more likely to be reliable if it leads to the discovery of details of the crime scene, describes unusual aspects of the crime, or refers to “hold back” evidence — provided, of course, such details or evidence could not be guessed or otherwise identified by the suspect. I agree with *amicus curiae* that, generally, an uncorroborated, unverified confession will not be sufficiently reliable and will be inadmissible. However, the inverse does not necessarily hold. The principle against self-incrimination is not solely concerned with ensuring reliable statements; even true statements may be excluded if they were obtained through abusive state conduct or through coercion that overrode the suspect’s autonomy interest.

l’exclusion d’une déclaration involontaire. La règle se soucie du mode d’obtention de l’aveu, non de sa fiabilité. En effet, « si l’État avait la faculté de simplement corroborer des déclarations obtenues de force, il n’y aurait pas grand-chose qui l’inciterait à s’abstenir d’appliquer des moyens d’enquête répréhensibles » (*Hodgson*, par. 20). Cependant, suivant le cadre d’analyse axé sur la protection contre l’auto-incrimination, la contrainte et la conduite de l’État sont examinées séparément à l’occasion de la prise en compte d’autres considérations; il n’est donc pas nécessaire de recourir à la notion de la fiabilité pour aborder ces sujets de préoccupation, et une preuve de corroboration peut être prise en compte.

[206] De plus, comme l’opération Monsieur Big suppose le recours à des attraits irrésistibles, une preuve de corroboration permet de pallier la fiabilité douteuse de l’aveu obtenu grâce à la tactique. Le suspect se voit promettre gratifications financières, admission dans l’organisation, protection juridique, acceptation et liens d’amitié, ou une combinaison de ces avantages, s’il accepte tout simplement d’avouer qu’il a commis le crime. En même temps, il est généralement mis en garde contre les conséquences auxquelles il s’expose s’il ne répond pas aux attentes de l’organisation, et il sait très bien quelle « vérité » veut connaître Monsieur Big.

[207] La fiabilité de l’aveu s’accroît lorsqu’il mène à la découverte de précisions sur le lieu du crime, qu’il fait mention d’aspects inusités du crime ou qu’il renvoie à des éléments de preuve non communiqués, à condition, bien sûr, que ces précisions ou éléments de preuve n’aient pu être devinés ou par ailleurs découverts par le suspect. Je conviens avec l’*amicus curiae* que, en général, l’aveu ni corroboré ni vérifié n’est pas suffisamment digne de foi pour être jugé admissible. Cependant, l’inverse n’est pas nécessairement vrai. Le principe interdisant l’auto-incrimination ne se soucie pas uniquement de la fiabilité des déclarations, car une déclaration véridique peut être exclue si elle a été obtenue par suite d’actes abusifs de la part de l’État ou du recours à une contrainte qui a porté atteinte au droit du suspect à l’autonomie.

[208] This is not to say that Mr. Big confessions will always be inadmissible. When the police elicit confessions in a way that respects the autonomy of the suspect and the integrity of the administration of justice — likely through shorter, less exploitative Mr. Big investigations like that in *McIntyre* — the resulting confessions will be less grievously afflicted with reliability concerns and will more likely be admissible, particularly when corroborated.

(4) Abuse of Power/Police Misconduct

[209] The state must conduct its law enforcement operations in a manner that is consonant with the community's underlying sense of fair play and decency. It cannot manipulate suspects' lives without limit, turning their day-to-day existence into a piece of theatre in which they are unwitting participants. Such an approach does violence to the dignity of suspects and is incompatible with the proper administration of justice.

[210] I agree with my colleague Moldaver J. that the abuse of process doctrine recognized under s. 7 remains independently available to provide a remedy for state misconduct in the Mr. Big context. However, the high threshold for its application means that conduct may tend to undermine the integrity of the administration of justice, yet fail to warrant a remedy under this doctrine. The need to restrain state misconduct is one of the rationales for the principle against self-incrimination (as well as the confessions rule and the right to silence). Therefore, police conduct in Mr. Big operations must be considered, even when it does not rise to the level of abuse of process.

[211] State conduct throughout a Mr. Big operation must be scrutinized to determine whether the police unfairly, unnecessarily or disproportionately manipulated the suspect. This inquiry will also

[208] Il ne s'ensuit pas que l'aveu issu d'une opération Monsieur Big sera toujours inadmissible. Le respect par la police de l'autonomie du suspect et de l'intégrité de l'administration de la justice — vraisemblablement au moyen d'une enquête Monsieur Big de courte durée et peu abusive, comme celle en cause dans l'affaire *McIntyre* — atténuera la crainte de la non-fiabilité des aveux, lesquels seront donc davantage susceptibles d'être admis en preuve, surtout s'ils sont corroborés.

(4) Abus de pouvoir et conduite répréhensible des policiers

[209] L'État doit mener ses opérations d'application de la loi de manière à respecter le sens du franc-jeu et de la décence qu'a la société. Il ne peut manipuler à son gré la vie des suspects, faire de leur quotidien une pièce de théâtre à laquelle ils participent sans le savoir, car c'est attentatoire à la dignité des suspects et incompatible avec la bonne administration de la justice.

[210] Je conviens avec mon collègue le juge Moldaver que la doctrine de l'abus de procédure reconnue sur le fondement de l'art. 7 demeure une assise indépendante pour l'octroi d'une réparation lorsque l'État fait preuve de conduite répréhensible lors d'une opération Monsieur Big. Cependant, compte tenu de ses conditions d'application strictes, la doctrine peut ne pas permettre l'obtention d'une réparation lorsque la conduite tend à compromettre l'intégrité de l'administration de la justice. La nécessité de prévenir la conduite répréhensible de l'État est l'une des raisons d'être du principe interdisant l'auto-incrimination (ainsi que de la règle des confessions et du droit de garder le silence). En conséquence, la conduite des policiers lors d'une opération Monsieur Big doit être examinée, même lorsqu'elle n'équivaut pas à un abus de procédure.

[211] Pour déterminer s'il y a eu manipulation inéquitable, inutile ou démesurée du suspect, il faut examiner attentivement la conduite adoptée par l'État tout au long de l'opération. On doit

consider other objectionable police tactics such as involving the suspect in dangerous conduct or exposing him to physical or psychological harm.

[212] A certain degree of trickery is, of course, inherent to many effective and appropriate police tactics. But the more disreputable the police tactics become, and the less they comport with the responsibility to conduct a fair prosecution which respects the dignity of the suspect, the more likely it is that s. 7 has been violated.

[213] The entrapment doctrine — a specific variant of abuse of process — assists with this analysis. While it is not directly applicable outside the entrapment context, it nonetheless identifies useful factors to consider in examining the conduct of the state. *R. v. Mack*, [1988] 2 S.C.R. 903, establishes that, unless the authorities have a reasonable suspicion that a suspect is already engaged in criminal activity, or act pursuant to a *bona fide* inquiry, they cannot provide the suspect with an opportunity to commit an offence. Even when that threshold for suspicion is met, the authorities cannot go beyond *providing an opportunity* to commit an offence by crossing over into *inducing commission* of the offence (*Mack*, at p. 964). Lamer J. provided a useful non-exhaustive list of factors to consider in determining whether that line has been crossed. In the Mr. Big context, these kinds of factors can assist in deciding whether the inducements, threats, and manipulation used constitute abusive state conduct. Adapting the factors from *Mack*, at p. 966, the following considerations are relevant to Mr. Big operations:

1. the type of crime being investigated and the availability of other techniques for the police detection of its commission;
2. the strength of the evidence causing the police to target the suspect;

aussi se pencher sur les autres tactiques policières répréhensibles utilisées, comme faire participer le suspect à des activités dangereuses ou l'exposer à un préjudice physique ou psychologique.

[212] Évidemment, la supercherie est jusqu'à un certain point inhérente à bon nombre de tactiques policières efficaces et appropriées. Toutefois, plus une tactique policière devient déshonorante, et moins elle est compatible avec l'obligation de mener une enquête équitable dans le respect de la dignité du suspect, plus elle risque de porter atteinte à un droit garanti à l'art. 7.

[213] Variante de l'abus de procédure, la doctrine de la provocation policière apporte un certain éclairage en l'espèce. Bien qu'elle ne s'applique directement qu'à la provocation policière, les considérations qu'elle tient pour pertinentes sont utiles lorsqu'il s'agit de se prononcer sur la légitimité de la conduite de l'État. Dans l'arrêt *R. c. Mack*, [1988] 2 R.C.S. 903, la Cour conclut que les autorités ne peuvent donner au suspect l'occasion de commettre une infraction que lorsqu'elles le soupçonnent raisonnablement d'être déjà engagé dans une activité criminelle ou qu'elles agissent dans le cadre d'une véritable enquête. Même en présence des soupçons raisonnables exigés, les autorités doivent se contenter de *fournir une occasion* de commettre l'infraction et ne pas *inciter à sa perpétration* (*Mack*, p. 964). Le juge Lamer énumère de manière non exhaustive les éléments dont la prise en compte permet de déterminer si les autorités sont allées trop loin. Dans le contexte d'une opération Monsieur Big, ces éléments peuvent être utiles pour décider si les incitations, les menaces et la manipulation en cause rendent abusive la conduite de l'État. En adaptant ces éléments (énumérés à la p. 966), on peut retenir les considérations suivantes pour les besoins d'une opération Monsieur Big :

1. la nature du crime sous enquête et l'existence d'autres techniques qui permettent à la police de faire la lumière sur sa perpétration;
2. la solidité de la preuve qui amène la police à prendre pour cible le suspect;

- | | |
|---|---|
| 3. the types and strength of inducements used by the police, including deceit, fraud, trickery or reward; | 3. le genre d'incitations utilisées par la police, y compris la tromperie, la fraude, la supercherie ou la récompense, et l'importance de leur effet; |
| 4. the duration of the operation and the number of interactions between the police and the suspect; | 4. la durée de l'opération et le nombre d'interactions entre les policiers et le suspect; |
| 5. whether the police conduct involved an exploitation of human characteristics such as the emotions of compassion, sympathy and friendship; | 5. l'exploitation des émotions humaines, telles la compassion, la sympathie et l'amitié; |
| 6. whether the police appear to have exploited a particular vulnerability of the suspect such as mental, social, or economic vulnerabilities or substance addiction; | 6. si la police paraît avoir exploité une vulnérabilité particulière du suspect — psychologique, sociale, financière ou autre — ou sa dépendance à une substance; |
| 7. the degree of harm to the suspect that the police caused or risked; | 7. l'importance du préjudice que la police a causé ou aurait pu causer au suspect; |
| 8. the existence and severity of any threats, implied or express, made to the suspect by the police or their agents, including threats made to third parties where those threats carry an indirect threat to the accused; | 8. l'existence et la gravité de menaces, tacites ou expresses, proférées par la police ou ses agents à l'endroit du suspect, mais aussi à l'endroit de tiers lorsque les menaces visent indirectement l'accusé; |
| 9. whether an average person, with both strengths and weaknesses, in the position of the suspect would be induced to falsely confess; | 9. le fait qu'une personne ordinaire, avec ses forces et ses faiblesses, dans la situation du suspect, aurait été incitée ou non à faire un faux aveu; |
| 10. the persistence and number of attempts made by the police before the suspect agreed to confess. | 10. la persistance et le nombre de tentatives faites par la police avant que le suspect ne passe aux aveux. |

[214] My intention is not to create a formalistic checklist or to overcomplicate the analysis. These factors are simply examples which may help the court to determine whether the conduct of the police in obtaining a confession has contravened our society's basic expectations of fair play or undermined the reputation of the justice system. More abusive state conduct makes it more likely that the confession was obtained in a manner incompatible with the principle against self-incrimination.

(5) Weighing the Contextual Factors

[215] As I have explained, the foregoing contextual factors are not binaries that are “present” or “not present”. In most cases, there will be some degree

[214] Je n'entends pas créer une liste de contrôle formelle ou compliquer à outrance l'analyse. Ces éléments ne constituent que des exemples susceptibles d'aider le tribunal à déterminer si les actes accomplis par la police pour obtenir l'aveu ont déçu les attentes fondamentales de la société sur le plan du franc-jeu ou s'ils ont déconsidéré le système judiciaire. Plus la conduite de l'État est abusive, plus l'aveu risque d'avoir été obtenu au mépris du principe interdisant l'auto-incrimination.

(5) Appréciation des facteurs contextuels

[215] Je le répète, les éléments contextuels susmentionnés ne revêtent pas un caractère binaire qui commande de déterminer s'ils « s'appliquent » ou

of concern about coercion, about the reliability of the confession, and about the state conduct. This does not automatically mean the statement should be excluded. The court should consider the concerns collectively, attaching weight to them, depending on the degree to which they are present in the individual case. For example, if a confession is corroborated and reliable, this factor may outweigh relatively minor concerns about coercive conduct. In some cases — if the statements were obtained in a highly coercive manner or the state conduct cannot be condoned by the courts — the principle against self-incrimination may be violated even if the statement is reliable. Except in such extreme cases, it is the collective, rather than individual, impact of these concerns that will determine whether the principle against self-incrimination has been violated.

[216] Typical undercover operations, therefore, will not violate the principle against self-incrimination. Unlike Mr. Big operations, these strategies are not designed around the coercive use of threats and inducements or entrapment-like state conduct. Undercover officers usually role-play within existing circumstances to observe suspects and *gather* evidence — not to *generate* confessions — resulting in reduced concerns with respect to both autonomy interests and the reliability of the evidence obtained. By contrast, the very structure of Mr. Big operations is coercive — officers deliberately set out to enmesh the suspect in a criminal organization and drive him or her towards a confession. In the usual undercover context, police must be careful to avoid entrapping suspects into committing the crimes for which they are being investigated. Thus, by design, such an operation must guard against abusive entrapment police conduct that is typical in a Mr. Big operation. It is therefore highly unlikely that in classic undercover operations, concerns about personal autonomy, reliability, and abusive conduct — even when weighed together — will result in a violation of the principle against self-incrimination.

« ne s'appliquent pas ». Dans la plupart des cas, il y aura un certain degré d'inquiétude relativement à la contrainte, à la fiabilité de l'aveu et à la conduite de l'État, mais la déclaration ne sera pas automatiquement exclue pour autant. Le tribunal doit examiner globalement les doutes soulevés et déterminer leur incidence selon leur degré d'application dans le dossier. Par exemple, le fait qu'un aveu est à la fois corroboré et digne de foi peut l'emporter sur la crainte relativement mineure de l'exercice d'une contrainte. Dans certains cas, lorsque la déclaration a été obtenue de manière très coercitive ou que la conduite de l'État ne saurait être tolérée par les tribunaux, il peut y avoir entorse au principe interdisant l'auto-incrimination même si la déclaration est digne de foi. Hormis ces cas extrêmes, c'est l'impact global, plutôt qu'individuel, de ces doutes qui permettra de déterminer s'il y a eu observation du principe ou non.

[216] Ainsi, l'opération d'infiltration type ne fera pas entorse au principe. Contrairement à l'opération Monsieur Big, elle n'est axée ni sur le recours coercitif à la menace et à l'incitation, ni sur l'accomplissement par l'État d'actes s'apparentant à la provocation policière. Habituellement, une opération d'infiltration vise une situation existante, et les agents sont appelés à observer les suspects et à *recueillir* des éléments de preuve, non à *générer* des aveux, ce qui suscite moins de craintes concernant tant le droit à l'autonomie que la fiabilité de la preuve obtenue. En revanche, l'opération Monsieur Big est foncièrement coercitive, car des agents cherchent délibérément à amener le suspect à s'empêtrer dans les filets d'une organisation criminelle et à passer aux aveux. Dans le contexte habituel d'une opération d'infiltration, les policiers doivent s'efforcer de ne pas provoquer la perpétration par les suspects des crimes sur lesquels ils enquêtent. Partant, de par la conception même de l'opération, les agents doivent se garder de recourir aux actes de provocation policière abusifs qui sont monnaie courante dans le cadre d'une opération Monsieur Big. Il est donc très improbable que, lors d'une opération d'infiltration classique, des craintes liées à l'autonomie de la personne, à la fiabilité de la preuve et à la conduite abusive, même si on les met toutes en balance, fassent entorse au principe interdisant l'auto-incrimination.

D. Probative Value Versus Prejudicial Effect

[217] My colleague Moldaver J. is, of course, correct that trial judges should exclude evidence where its probative value is exceeded by its prejudicial effect. This rule is a principle of fundamental justice which safeguards trial fairness.

[218] However, even as modified by my colleague, this rule is not sufficient to respond to the dangers of a confession to Mr. Big because it does not protect the human dignity and autonomy of the suspect or temper state conduct. Under my colleague's approach, a highly reliable confession will likely be admitted — regardless of whether the target was coerced by the state to incriminate himself. His rule does not permit these concerns to be assessed and considered collectively under a single principled framework. It is preferable for the reliability of a confession and the manner in which it was obtained to be considered together.

[219] My colleague's rule, including the presumption of inadmissibility, only applies if the police employ a Mr. Big investigation. As such, it may inspire a threshold debate about the boundaries of the Mr. Big tactic. By contrast, an approach that responds to the *dangers* of state-induced confessions applies regardless of the label attached to the tactic. It is the threats to which the rule responds that call it to action.

[220] This is not to diminish the trial judge's responsibility to exclude evidence that is more prejudicial than probative. Highly prejudicial evidence that is unnecessary to explain the context in which the confession was made, such as details of the suspect's involvement in egregious fake crimes, should continue to be edited or excised completely. Additionally, jury instructions must warn against impermissible reasoning based upon criminal propensity.

D. Mise en balance de la valeur probante et de l'effet préjudiciable

[217] Je conviens évidemment avec mon collègue le juge Moldaver que le juge du procès doit exclure la preuve dont l'effet préjudiciable l'emporte sur la valeur probante. Il s'agit de l'application d'un principe de justice fondamentale qui vise à préserver l'équité du procès.

[218] Cependant, malgré la modification qu'y apporte mon collègue, cette règle ne pallie pas les risques que pose l'aveu à Monsieur Big, car ni la dignité humaine du suspect ni son autonomie ne sont protégées et l'État n'est pas incité à la modération. Suivant l'analyse préconisée par mon collègue, l'aveu d'une grande fiabilité sera admis, que le suspect ait ou non été contraint par l'État de s'incriminer. La règle qu'il propose ne permet pas d'apprécier ces considérations globalement en fonction d'un seul cadre d'analyse raisonnée. Mieux vaut examiner globalement la fiabilité de l'aveu et la manière dont celui-ci a été obtenu.

[219] La règle que privilégie mon collègue, y compris la présomption d'inadmissibilité qu'elle crée, ne s'applique que si la police a recours à une opération Monsieur Big. Elle pourrait donc donner lieu à un débat préalable sur ce qui constitue ou non une telle opération. En revanche, la règle qui tient compte des *risques* liés aux aveux sollicités par l'État s'applique peu importe l'étiquette accolée à la tactique utilisée. Ce sont les risques auxquels elle s'attaque qui emportent son application.

[220] Le juge du procès demeure quand même tenu d'exclure les éléments de preuve dont l'effet préjudiciable l'emporte sur la valeur probante. Il faut continuer à retrancher de la preuve tous les éléments hautement préjudiciables qui ne sont pas nécessaires à l'établissement du contexte de l'aveu, comme les précisions sur la participation du suspect à un crime odieux mais fictif. Aussi, dans ses directives, le juge doit mettre en garde les jurés contre le caractère inacceptable d'un raisonnement fondé sur la propension à la criminalité.

III. Application to This Case

A. *Was the Principle Against Self-Incrimination Violated?*

(1) Coercion

[221] The Mr. Big operation in this case lasted for four months and involved 63 staged “scenarios”. The deceit employed was extensive. The police deliberately exploited the accused’s particular vulnerabilities to ensure he had no realistic option but to give Mr. Big the confession he demanded.

[222] In the first several scenarios, the operatives went to considerable lengths to show Hart that the trucking business owned by “Jim” was legitimate. Although Hart accepted remuneration under the table, he was only introduced to artificial criminality after 14 “scenarios” had been completed, when he was already hooked into the manufactured reality of lucrative employment and close friendship.

[223] The trial judge found that violence was not used or directly threatened against Mr. Hart (2007 NLTD 74, 265 Nfld. & P.E.I.R. 266, at paras. 58 and 63-65). However, the police created an aura of violence. The respondent was told that sometimes bad deeds had to be done and was led to believe that one of the operatives had assaulted a sex worker in retaliation for betrayal. The operatives also described the Hell’s Angels as “flunkies” compared to the boss. As the officer leading the investigation testified, the purported violence of the organization went “hand in hand with portraying ourselves to be criminals”. “Paul” boasted to Hart that he could kill rats and that “if he ever ratted on me there would be no turning back, it would be a one way street”.

[224] The trial judge found that Hart was motivated by a desire to take a cut of the profits. For this he had to take greater risks and gain the trust of the “boss” (para. 62). The financial inducements were

III. Application aux faits de l’espèce

A. *Y a-t-il eu atteinte au principe interdisant l’auto-incrimination?*

(1) Contrainte

[221] En l’espèce, l’opération Monsieur Big a duré quatre mois et donné lieu à la mise en scène de 63 « scénarios ». La police a abondamment eu recours à la tromperie. Elle a aussi délibérément exploité les faiblesses de l’accusé pour faire en sorte qu’il n’ait d’autre choix réaliste que de faire l’aveu exigé par Monsieur Big.

[222] Lors des premières mises en scène, les agents ont fait des pieds et des mains pour convaincre M. Hart que l’entreprise de camionnage exploitée par « Jim » était légitime. Même si M. Hart a accepté d’être rémunéré au noir, ce n’est qu’après 14 « scénarios » qu’il a été initié à la perpétration de crimes fictifs, lorsqu’il ne pouvait déjà plus se passer de l’emploi lucratif et des liens d’amitié étroits dont il bénéficiait dans ce monde factice.

[223] Le juge du procès conclut qu’on n’a pas fait usage de violence contre M. Hart, ni proféré de menaces directes à son endroit (2007 NLTD 74, 265 Nfld. & P.E.I.R. 266, par. 58 et 63-65). Cependant, la police a créé un climat de violence. L’intimé s’est fait dire que des actes répréhensibles devaient parfois être commis et il a été amené à croire que l’un des agents avait agressé une prostituée pour la punir de sa trahison. Les agents ont également laissé entendre que, comparés au chef, les Hell’s Angels n’étaient que des [TRADUCTION] « laquais ». Dans son témoignage, l’agent responsable de l’enquête a affirmé que la violence imputée à l’organisation allait « de pair avec le fait d’incarner des criminels ». « Paul » s’est vanté devant M. Hart de pouvoir abattre les traîtres et il a ajouté que « si jamais il le dénonçait, c’en était fait de lui, il n’y aurait pas d’issue ».

[224] Selon le juge du procès, M. Hart était mû par le désir de toucher sa part du gâteau. Il devait donc courir plus de risques et gagner la confiance du « chef » (par. 62). Les gratifications financières

significant by anyone's measure. But for someone who was known to live in poverty so extreme that he did not even have a bed to sleep on, they were life changing: generous wages and *per diems*, visits to expensive restaurants, train trips and flights to new cities. At the *voir dire*, Hart explained, "[y]ou know, it was almost like a new life." Given his poverty, it is easy to understand why he did not turn down the opportunity to make such money.

[225] The evidence also makes it clear that, for the respondent, the friendships he believed he had gained were at least as important as the money. The operatives deliberately separated the respondent from his wife in the early days of the operation. They created an alternate reality for the respondent, intentionally disorienting him to the point that in the final interview with Mr. Big, he was persuaded that incriminating himself was the only route to take. Hart's fear of losing his new "family" was palpable. Mr. Hart would have viewed losing these friendships, around which his life had been totally restructured, as no choice at all.

[226] The trial judge concentrated on the lack of violent coercion in the operation, but did not consider the effect of the financial and social inducements on Mr. Hart. The extent of the deceit and the inducements used must be viewed as more seriously infringing the respondent's autonomy interests, given his known characteristics: his extreme poverty and social isolation, and his lack of education and sophistication. I conclude that by preying on these vulnerabilities to such a degree, the police deprived the respondent of meaningful choice about whether to give an incriminating statement to Mr. Big.

(2) Reliability

[227] The incentives for Mr. Hart to have falsely confessed are very substantial. It was made clear to him that his friendships, his wages, and his membership in the organization (essentially his new family) were dependent on telling Mr. Big what he wanted to hear. In short, he had every incentive to

auraient eu un effet attractif sur n'importe qui, mais dans le cas d'une personne dont on savait qu'elle était si pauvre qu'elle n'avait même pas de lit pour dormir, elles étaient de nature à transformer sa vie : salaire généreux et indemnité quotidienne, repas dans des restaurants coûteux, voyages en train et en avion à destination de villes jusque là inconnues. Au voir-dire, M. Hart a expliqué que [TRADUCTION] « [c]'était presque comme une nouvelle vie, vous savez. » Vu sa pauvreté, on comprend aisément qu'il n'ait pas laissé passer l'occasion de faire autant d'argent.

[225] La preuve indique aussi clairement que les relations d'amitié importaient au moins autant à l'intimé que l'argent. Au début de l'opération, les agents ont délibérément séparé l'intimé de son épouse. Ils ont créé à son intention un monde parallèle, l'ont intentionnellement désorienté, si bien que, lors de la rencontre ultime avec Monsieur Big, il était arrivé à croire qu'il n'avait d'autre choix que de s'incriminer. La crainte de perdre sa nouvelle « famille » était palpable. L'intimé ne pouvait pas du tout envisager de perdre ces liens d'amitié autour desquels sa vie s'était totalement réorganisée.

[226] Le juge du procès insiste sur l'absence de contrainte par la violence lors de l'opération, mais il omet de tenir compte de l'effet des incitations financières et sociales. L'ampleur de la tromperie et de l'incitation accroît la gravité de l'atteinte à l'autonomie, eu égard aux données sur l'intimé dont disposaient les policiers : pauvreté extrême, isolement social, faible scolarité et connaissances limitées. Selon moi, en misant ainsi sur ces points de vulnérabilité, la police a privé l'intimé du choix véritable de faire ou non une déclaration incriminante à Monsieur Big.

(2) Fiabilité

[227] La pression exercée sur M. Hart pour qu'il fasse de faux aveux a été très grande. On lui a clairement fait comprendre qu'il devait dire à Monsieur Big ce qu'il voulait entendre car, sinon, il pourrait perdre ses amis, son salaire et sa place au sein de l'organisation (sa nouvelle famille, en

confess, whether he committed the crime or not. Nevertheless, he protested his innocence until it was apparent that only a confession would be accepted. Hart testified at the *voir dire* that the boss “kept saying, don’t lie to me, you are lying to me Nelson, don’t lie to me. What was I suppose[d] to do, stay there all day and go on like that[?]”

[228] Moreover, not only was the final confession uncorroborated, but it contained inconsistencies with the other known facts of the case. The motive that the respondent cited for killing his daughters — that he did not want them to be taken from his custody and placed in his brother’s — is of dubious plausibility. The idea that the girls might temporarily stay with his brother had been considered very briefly in June and was quickly abandoned a day or two later when the family’s housing difficulties were solved. Hart’s brother had little contact with the family for approximately two months before the deaths.

[229] The respondent’s description of the commission of the offence does little to reassure us of its reliability. When he described the alleged murder to Mr. Big, he twice described using his shoulder to push his daughters into the water, and matched his words with a simulated shoulder check — a movement that does not make sense, given the girls’ small size. When he subsequently “re-enacted” the offence, Jim knelt down to simulate their height, and the respondent accordingly made a pushing motion with his knee.

[230] The “confession” of April 10 described by the officers carries many of the same concerns. The confession was allegedly made during the 29th scenario, just before the initial 90-day deadline for the operation (compare, for instance, to *McIntyre*, where a confession was obtained after only 10 days). While at dinner, Jim told Hart that the organization controlled 70 percent of the prostitution in Montreal and that he had had to “deal with” two prostitutes who had been dishonest with him. He told Hart that sometimes “bad things need to be done”. Hart responded that

somme). En bref, tout le poussait à passer aux aveux, qu’il ait ou non commis le crime. Il a néanmoins protesté de son innocence jusqu’à ce qu’il devienne évident que seul un aveu serait admis. Lors du voir-dire, il a témoigné que le chef [TRADUCTION] « répétait sans cesse, ne me mens pas, tu me mens Nelson, ne me mens pas. Que vouliez-vous que je fasse? Rester là et continuer à nier toute la journée? »

[228] De plus, non seulement l’aveu final n’est pas corroboré, mais il contredit d’autres faits établis dans le dossier. La raison invoquée par l’intimé pour le meurtre de ses filles — ne pas avoir voulu qu’on lui retire la garde de celles-ci pour la confier à son frère — est peu convaincante. L’idée que les fillettes séjournent temporairement chez leur oncle avait été envisagée en juin, puis abandonnée très rapidement un ou deux jours plus tard, après que la famille eut résolu ses problèmes de logement. Pendant deux mois environ avant les décès, le frère a eu peu de contacts avec M. Hart et sa famille.

[229] La manière dont l’intimé a décrit la perpétration de l’infraction ne convainc guère de la fiabilité de l’aveu. Il a affirmé à deux reprises à Monsieur Big s’être servi de son épaule pour pousser les fillettes à l’eau, reproduisant alors le geste qu’il avait fait, ce qui était invraisemblable étant donné la petite taille des victimes. Lors d’une « reconstitution » des faits, Jim s’est agenouillé pour que sa taille corresponde à celle des fillettes, et l’intimé l’a poussé à l’aide de son genou.

[230] L’« aveu » du 10 avril relaté par les agents soulève en bonne partie les mêmes doutes. L’aveu serait intervenu lors du 29^e scénario, juste avant la fin de la durée initiale de 90 jours prévue pour l’opération (comparativement, par exemple, aux 10 jours seulement écoulés avant l’aveu dans l’affaire *McIntyre*). À l’occasion d’un souper, Jim a dit à M. Hart que l’organisation contrôlait 70 p. 100 de la prostitution à Montréal et qu’il avait dû [TRADUCTION] « s’occuper » de deux prostituées qui s’étaient montrées déloyales à son égard. Il a ajouté qu’il fallait parfois se « livrer à

he had “no problem getting his hand dirty”; the two boasted about the skeletons in their closets; and Hart then allegedly confessed to having killed his daughters. Clearly the same reliability concerns arise: Hart had every reason to lie, given his desire to impress a member of the organization. Moreover, the statement was not recorded, making it impossible to rely on body tone or language. Finally, the respondent explicitly denied the April 10 confession, both during his final “confession” to Mr. Big, when he repeatedly stated that Mr. Big was the first person he had told about it, and on the *voir dire*.

(3) Abuse of Power

[231] In my view, the state conduct in this case was egregious, and this factor weighs heavily in favour of exclusion.

[232] The police led Mr. Hart through the looking glass into a parallel universe where, for many months, they employed extensive state resources to prey on his lack of education, intellect, and life experience, his social isolation, and his extreme poverty. The undercover operatives fostered the respondent’s emotional dependency on them; as Jim noted, it was a “constant thing” for Hart to tell them he loved them. Mr. Hart’s beloved friends gradually involved him in an increasingly serious world of criminality, beginning with dealing in supposedly stolen goods and eventually portraying the organization as a violent international group with a boss who made the Hell’s Angels look like “flunkies”. As Hart involved himself in more dangerous and illegal activity, his pay increased.

[233] The degree of harm caused by the Mr. Big operation is also relevant. The respondent was so thoroughly enmeshed in his make-believe world that upon his arrest, his first reaction was to call his supposed “friend”, Jim. It should have come as no surprise, particularly to the officers who knew him so well, that Hart was devastated to learn that his new life, where he had felt valued and respected, had

des actes répréhensibles ». M. Hart a répondu qu’il n’avait « pas de scrupule à se salir les mains », les deux hommes se sont vantés des cadavres cachés dans leurs placards, puis M. Hart aurait alors avoué avoir tué ses deux fillettes. La fiabilité de cet aveu suscite clairement les mêmes doutes, car désireux d’impressionner un membre de l’organisation, M. Hart avait toutes les raisons de mentir. De plus, la déclaration n’a pas été enregistrée, de sorte qu’il est impossible d’étudier le ton de la voix ou le langage corporel. Enfin, l’intimé a nié expressément l’aveu du 10 avril lors de son « aveu » final à Monsieur Big — il lui dit maintes fois qu’il était la première personne à qui il en parlait — et lors du voir-dire.

(3) Abus de pouvoir

[231] À mon avis, la conduite de l’État était en l’espèce inadmissible, ce qui milite fortement en faveur de l’exclusion.

[232] La police a introduit M. Hart dans un univers parallèle où, pendant de nombreux mois, grâce à des ressources étatiques considérables, elle a tiré parti de son peu d’instruction, d’entendement et d’expérience de la vie, de son isolement social et de sa pauvreté extrême. Les agents banalisés ont entretenu sa dépendance émotive à leur endroit; Jim a d’ailleurs souligné que M. Hart leur répétait [TRADUCTION] « constamment » qu’il les aimait. Ces amis qui lui étaient si chers l’ont graduellement amené à participer à des activités dont le caractère criminel allait croissant; ils lui ont d’abord demandé de s’occuper de biens qu’ils disaient volés pour ensuite lui présenter l’organisation comme un groupe international violent et dire que, comparés au chef, les Hell’s Angels n’étaient que des « laquais ». Plus les activités auxquelles se livrait M. Hart étaient dangereuses et illégales, plus son salaire augmentait.

[233] L’importance du préjudice causé par l’opération Monsieur Big importe également. L’intimé avait à ce point été mystifié que, lors de son arrestation, sa première réaction a été d’appeler son soi-disant « ami », Jim. Nul n’aurait dû s’étonner, en particulier les agents qui le connaissaient si bien, que M. Hart s’effondre en apprenant que la nouvelle vie qui le faisait se sentir digne d’estime

all been a carefully constructed illusion. He had no friends. He had not been employed because he was “smart”: rather, he was thoroughly duped. The respondent developed paranoia, believing that everyone was part of the “sting” against him, and was unable to trust his lawyers and even his own wife.¹² He was eventually committed to a psychiatric hospital, and *amicus curiae* made submissions on his behalf at the appeal. Such an emotional collapse is by no means a prerequisite to a finding of abusive state conduct. However, this kind of psychological manipulation by state agents harms not only the suspect but the integrity of the justice system.

[234] This was not the usual undercover investigation where police join an existing criminal organization in order to witness criminals in action. As explained above, such strategies tend not to be particularly coercive or abusive, and therefore are unlikely to violate the principle against self-incrimination.

[235] This case is more akin to entrapment. The police employed the power of the state to create an elaborate invented reality, designed to exploit a vulnerable person, introduce him to criminality, and force him to incriminate himself. In addition, the police witnessed the respondent suffering seizures both before the investigation began and during the operation itself. Yet, the undercover operatives continued to send him on driving assignments.

[236] Mr. Big operations are a creative and sometimes useful law enforcement technique, but the courts must carefully police their boundaries lest they stray from being useful strategies into ploys

et de respect n’était qu’une illusion savamment mise au point pour le faire avouer. Il n’avait pas d’amis. On ne l’avait pas recruté parce qu’il était [TRADUCTION] « futé »; il avait en fait été complètement leurré. L’intimé a sombré dans la paranoïa et cru que tout le monde avait participé à l’« arnaque » dont il avait été victime; il ne faisait plus confiance à ses avocats, ni même à sa propre épouse¹². Il a finalement été placé sous garde dans un hôpital psychiatrique, et l’*amicus curiae* a présenté des observations en son nom en appel. Un tel effondrement émotionnel est loin d’être une condition préalable à la conclusion d’une conduite abusive de la part de l’État. Cependant, en plus d’infliger un préjudice au suspect, une telle manipulation psychologique de la part de représentants de l’État compromet aussi l’intégrité du système de justice.

[234] Il ne s’agit pas en l’espèce d’une opération habituelle où des policiers infiltrèrent une organisation criminelle pour être témoins d’actes criminels. J’explique précédemment qu’une telle stratégie n’est généralement pas particulièrement coercitive ou abusive et n’est donc pas susceptible d’aller à l’encontre du principe interdisant l’auto-incrimination.

[235] La présente affaire s’apparente en fait à un cas de provocation policière. La police a eu recours au pouvoir de l’État pour créer un monde inventé complexe destiné à exploiter une personne vulnérable, à l’initier à la criminalité et à la forcer à s’incriminer. De plus, même s’ils avaient assisté aux crises d’épilepsie de l’intimé survenues avant l’enquête et pendant l’opération même, les agents ont continué de lui confier des tâches qui exigeaient qu’il prenne le volant.

[236] L’opération Monsieur Big constitue une technique d’application de la loi créative et parfois utile. Les tribunaux doivent toutefois scrupuleusement veiller à ce qu’elle respecte ses limites afin

¹² See various case management endorsements at the Court of Appeal: *R. v. Hart*, 2011 NLCA 64, 312 Nfld. & P.E.I.R. 44; 2011 NLCA 37 (CanLII); 2011 NLCA 29 (CanLII); 2010 NLCA 33, 298 Nfld. & P.E.I.R. 152; 2009 NLCA 10, 282 Nfld. & P.E.I.R. 346.

¹² Voir diverses décisions de gestion d’instance rendues par la Cour d’appel : *R. c. Hart*, 2011 NLCA 64, 312 Nfld. & P.E.I.R. 44; 2011 NLCA 37 (CanLII); 2011 NLCA 29 (CanLII); 2010 NLCA 33, 298 Nfld. & P.E.I.R. 152; 2009 NLCA 10, 282 Nfld. & P.E.I.R. 346.

that allow the state to manipulate and destroy the lives of individuals who are presumed to be innocent.

[237] I am greatly troubled by the extreme lengths to which the police went to pursue the respondent, exploiting his weaknesses in this protracted and deeply manipulative operation. The abuse of process doctrine always remains independently available to provide a remedy where the conduct of the state rises to such a level that it risks undermining the integrity of the judicial process (*R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411, at para. 73; *R. v. Babos*, 2014 SCC 16, [2014] 1 S.C.R. 309, at para. 31). In my view, as will be clear from my discussion of the state conduct in this case, that threshold is met. To condone the actions of the police would “leave the impression that the justice system condones conduct that offends society’s sense of fair play and decency” (*Babos*, at para. 35). However, given the outcome of this appeal, it is not necessary to discuss this issue further.

(4) Conclusion on Contextual Factors

[238] The factors considered above clearly point to a s. 7 violation. The accused’s liberty interests were obviously engaged. The police procured a confession by preying on the respondent’s particular vulnerabilities in a complex sting. Despite going to these lengths, the confession is of dubious reliability and is unsupported by any corroborative evidence or detail. Ultimately, to countenance such a ploy would give the police *carte blanche* to engage in unfair, manipulative, and coercive investigations.

B. *Remedy*

[239] In *White*, the Court excluded the compelled accident report under s. 24(1) of the *Charter* on the basis that its admission at trial would violate s. 7. The *acquisition* of the compelled accident report

qu’elle demeure une stratégie utile et ne devienne pas un stratagème permettant à l’État de manipuler une personne présumée innocente et de détruire sa vie.

[237] Je suis déconcertée par les moyens extrêmes que les policiers ont employés pour coincer l’intimé. Ils ont exploité ses faiblesses lors d’une opération longue et profondément manipulatrice. La doctrine de l’abus de procédure demeure une assise indépendante pour l’octroi d’une réparation lorsque le comportement de l’État est tel qu’il risque de compromettre l’intégrité du processus judiciaire (*R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411, par. 73; *R. c. Babos*, 2014 CSC 16, [2014] 1 R.C.S. 309, par. 31). Comme le montre nettement mon examen du comportement de l’État en l’espèce, j’estime que cette condition est remplie. Tolérer les mesures prises par la police « donnera l’impression que le système de justice cautionne une conduite heurtant le sens du franc-jeu et de la décence qu’a la société, et cela porte préjudice à l’intégrité du système de justice » (*Babos*, par. 35). Toutefois, étant donné l’issue du pourvoi, point n’est besoin de débattre ce point plus avant.

(4) Conclusion sur les facteurs contextuels

[238] Les considérations qui précèdent permettent clairement de conclure à la violation d’un droit garanti à l’art. 7. Le droit à la liberté de l’accusé était manifestement en jeu. La police a obtenu un aveu en misant sur les points de vulnérabilité propres à l’intimé dans le cadre d’une arnaque complexe. Malgré tout le mal que s’est donné la police pour l’obtenir, l’aveu est d’une fiabilité douteuse et n’est corroboré par aucun élément de preuve ou autre. Admettre le recours à un tel stratagème reviendrait finalement à donner toute latitude à la police pour se livrer à des enquêtes inéquitables, manipulatrices et coercitives.

B. *Réparation*

[239] Dans l’arrêt *White*, la Cour exclut la déclaration obligatoire d’accident en application du par. 24(1) de la *Charte* au motif que son admission au procès contreviendrait à un droit garanti par

was not impugned. But where, as in this case, evidence is *obtained* in breach of the *Charter*, s. 24(2) is the mechanism for exclusion (*R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613).

[240] Under s. 24(2), the court must determine whether, in all the circumstances, admitting evidence obtained in breach of the *Charter* would bring the administration of justice into disrepute.

[241] In *R. v. Grant*, 2009 SCC 32, [2009] 2 S.C.R. 353, McLachlin C.J. and Charron J. noted that statements by the accused engage the cornerstone principle against self-incrimination (at para. 89) and concluded that, while not an absolute rule, “as a matter of practice, courts have tended to exclude statements obtained in breach of the *Charter*, on the ground that admission on balance would bring the administration of justice into disrepute” (para. 91).

[242] Statements obtained in violation of the principle against self-incrimination will almost always be excluded under s. 24(2). In order to find a s. 7 violation, the court will have already determined that the reliability of the statement is outweighed by abusive or coercive police conduct. If the statement was obtained in a manner that violated s. 7 due to reliability concerns, its admission would risk a miscarriage of justice and it must be excluded. Similarly, if the statement is reliable but was rendered unconstitutional because of concerns about coercion or state conduct, its admission would also bring the administration of justice into disrepute. This case is no exception; both the risk of a miscarriage of justice and the abusive police conduct call for exclusion.

[243] As a result, I agree with my colleague Moldaver J.’s conclusion that the evidence obtained in the operation must be excluded, and I would dismiss the appeal.

l’art. 7. L’*acquisition* de la déclaration n’était pas en cause. Cependant, lorsque, comme en l’espèce, une preuve est *obtenue* de manière contraire à la *Charte*, le par. 24(2) constitue le mécanisme d’exclusion applicable (*R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613).

[240] Suivant le par. 24(2), le tribunal doit déterminer si, eu égard aux circonstances, l’admission de la preuve ainsi obtenue est susceptible de déconsidérer l’administration de la justice.

[241] Dans l’arrêt *R. c. Grant*, 2009 CSC 32, [2009] 2 R.C.S. 353, la juge en chef McLachlin et la juge Charron relèvent que les déclarations d’un accusé mettent en jeu le principe fondamental de la protection contre l’auto-incrimination (par. 89) et elles concluent que, bien qu’il ne s’agisse pas d’une règle absolue, « [e]n pratique [. . .], les tribunaux ont eu tendance à exclure de telles déclarations puisque, tout bien considéré, ils ont jugé que leur utilisation risquait de déconsidérer l’administration de la justice » (par. 91).

[242] Les déclarations dont l’obtention contrevient au principe interdisant l’auto-incrimination seront presque toujours exclues en application du par. 24(2). Lorsqu’il conclura à la violation d’un droit garanti par l’art. 7, le tribunal aura déjà établi que la conduite abusive ou coercitive de la police l’emporte sur la fiabilité de la déclaration. Si la déclaration a été obtenue d’une manière qui contrevient à l’art. 7 en raison de craintes liées à sa fiabilité, son utilisation risque d’entraîner une erreur judiciaire, de sorte qu’il faut l’exclure. De même, lorsque la déclaration est digne de foi, mais inconstitutionnelle en raison de préoccupations liées à la contrainte ou à la conduite de l’État, son utilisation est également susceptible de déconsidérer l’administration de la justice. La présente affaire ne fait pas exception; le risque d’erreur judiciaire et la conduite policière abusive militent tous deux en faveur de l’exclusion.

[243] Je conviens donc avec mon collègue le juge Moldaver que la preuve obtenue au cours de l’opération doit être exclue, et je suis d’avis de rejeter le pourvoi.

Appeal dismissed.

Solicitor for the appellant: Attorney General of Newfoundland and Labrador, St. John's.

Solicitors for the respondent: Poole Althouse, Corner Brook, Newfoundland and Labrador.

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

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

Solicitor for the intervener Directeur des poursuites criminelles et pénales du Québec: Directeur des poursuites criminelles et pénales du Québec, Québec.

Solicitor for the intervener the Attorney General of British Columbia: Attorney General of British Columbia, Victoria.

Solicitors for the intervener the Association in Defence of the Wrongly Convicted: Russell Silverstein & Associate, Toronto.

Solicitors for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association: Sugden, McFee & Roos, Vancouver; Michael Sobkin, Ottawa.

Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association of Ontario: Lockyer Campbell Posner, Toronto.

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

Solicitors for the intervener Association des avocats de la défense de Montréal: Poupard, Dadour, Touma et Associés, Montréal.

Solicitors appointed by the Court as amicus curiae: Henein Hutchison, Toronto.

Pourvoi rejeté.

Procureur de l'appelante : Procureur général de Terre-Neuve-et-Labrador, St. John's.

Procureurs de l'intimé : Poole Althouse, Corner Brook, Terre-Neuve-et-Labrador.

Procureur de l'intervenant le directeur des poursuites pénales du Canada : Service des poursuites pénales du Canada, Halifax.

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

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

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique : Procureur général de la Colombie-Britannique, Victoria.

Procureurs de l'intervenante Association in Defence of the Wrongly Convicted : Russell Silverstein & Associate, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique : Sugden, McFee & Roos, Vancouver; Michael Sobkin, Ottawa.

Procureurs de l'intervenante Criminal Lawyers' Association of Ontario : Lockyer Campbell Posner, Toronto.

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

Procureurs de l'intervenante l'Association des avocats de la défense de Montréal : Poupard, Dadour, Touma et Associés, Montréal.

Procureurs nommés par la Cour en qualité d'amicus curiae : Henein Hutchison, Toronto.

ISSN 0045-4230

If undelivered, return to:
Library
Supreme Court of Canada
Ottawa, Ontario
Canada K1A 0J1

En cas de non-livraison, retourner à :
Bibliothèque
Cour suprême du Canada
Ottawa (Ontario)
Canada K1A 0J1

Available from:
Library
Supreme Court of Canada
Ottawa, Ontario – Canada K1A 0J1
scr-rs@scc-csc.ca

En vente auprès de :
Bibliothèque
Cour suprême du Canada
Ottawa (Ontario) – Canada K1A 0J1
scr-rs@scc-csc.ca



**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Part 3, 2014 Vol. 2

3^e cahier, 2014 Vol. 2

Cited as [2014] 2 S.C.R. { i-iii
633-834

Renvoi [2014] 2 R.C.S. { i-iii
633-834

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

ROGER BILODEAU, Q.C. / c.r.
The Registrar, Supreme Court of Canada / Registraire de la Cour suprême du Canada

General Counsel / Avocate générale
BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrêtiiste en chef
J. DAVID POWER

Senior Counsel / Avocate-conseil
JULIE TERRIEN

Legal Counsel / Conseillers juridiques

CLAIRE ZOË BIDER-HALL
JANICE CHENEY
CHANTAL DEMERS
VALERIE DESJARLAIS
GENEVIÈVE DOMEY
LEE ANN GORMAN

AMÉLIE LAVICTOIRE
KAREN LEVASSEUR
JOANNE NORMAN
RÉMI SAMSON

IDA SMITH
JACQUELINE STENCEL
LESLI TAKAHASHI
CAMERON TAYLOR
RENÉE THÉRIAULT
RENÉE MARIA TREMBLAY

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

Jurilinguists / Jurilinguistes

DAVID AUBRY
STEPHEN BALOGH

JULIE BOULANGER
MARIE RODRIGUE

MARIE-LUC SIMONEAU
CLAIRE VALLÉE

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

Technical Revisors / Réviseurs techniques

SUZANNE AUDET
MONIQUE DELORME

NANCY MCCAUGHAN
PAULINE MCTAVISH

ANNE-MARIE NOËL
LÉANDRE PELLETIER-PÉPIN

Manager, Operational Support Services / Gestionnaire, Services d'appui aux opérations
SUZANNE GIGUÈRE

Administrative Assistants / Adjoint administratifs
SÉBASTIEN GAGNÉ MANON PLOUFFE

Changes of address for subscriptions to the Supreme Court Reports should be referred to Library, Supreme Court of Canada, Ottawa, Ontario, Canada K1A 0J1 together with the old address.

Les abonnés du Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada doivent signaler tout changement d'adresse à Bibliothèque, Cour suprême du Canada, Ottawa (Ontario) Canada K1A 0J1, en indiquant l'ancienne adresse.

CONTENTS

Title Page	i
List of Judges	ii
Errata	iv
Motions	v
Table of Judgments	xi
Table of Cases Cited	xv
Statutes and Regulations Cited	xliii
Authors Cited	xlvii
Index	822

Amex Bank of Canada v. Adams 787

Consumer protection — Contracts of credit — Contracts extending variable credit — Credit and charge cards — Obligation to disclose costs in contract — Appropriate remedy for failing to disclose — Conversion charges imposed by financial institutions on cardholders for transactions in foreign currencies — Class actions — Whether Amex failed to disclose conversion charges to cardholders — Whether reimbursement of conversion charges collected from consumer class members should be ordered — Consumer Protection Act, CQLR, c. P-40.1, ss. 12, 272.

Receipt of a payment not due — Contracts of credit — Credit and charge cards — Payment made in error — Class actions — Whether cardholder agreements imposed obligation to pay conversion charges — Whether Amex owes restitution of conversion charges to non-consumer class members — Whether restitution would have the effect of according adhering parties with undue advantage — Civil Code of Québec, arts. 1491, 1492, 1554, 1699.

Constitutional law — Division of powers — Banking — Interjurisdictional immunity — Federal paramountcy — Quebec's consumer protection legislation regulating disclosure of conversion charges with respect to contracts of credit — Whether provincial legislation constitutionally inapplicable or inoperative in respect of bank-issued credit and charge cards by virtue of doctrine of interjurisdictional immunity or federal paramountcy — Constitution Act, 1867, s. 91(15) — Consumer Protection Act, CQLR, c. P-40.1, ss. 12, 272.

Bank of Montreal v. Marcotte 725

Civil procedure — Class actions — Standing — Representative plaintiffs initiating class action against credit

SOMMAIRE

Page titre	i
Liste des juges.....	iii
Errata.....	iv
Requêtes.....	v
Table des jugements.....	xiii
Table de la jurisprudence	xxix
Lois et règlements cités.....	xlv
Doctrine citée.....	xlvii
Index	828

Banque Amex du Canada c. Adams 787

Protection du consommateur — Contrats de crédit — Contrats de crédit variable — Cartes de crédit et cartes de paiement — Obligation d'indiquer les frais applicables dans un contrat — Réparation appropriée en cas de manquement à cette obligation — Frais de conversion sur les opérations en devises étrangères imposés par des institutions financières aux titulaires de cartes — Recours collectifs — Amex a-t-elle omis d'indiquer les frais de conversion aux titulaires de cartes? — Le remboursement des frais de conversion perçus des membres du groupe qui sont des consommateurs doit-il être ordonné? — Loi sur la protection du consommateur, RLRQ, ch. P-40.1, art. 12, 272.

Réception de l'indu — Contrats de crédit — Cartes de crédit et cartes de paiement — Paiement fait par erreur — Recours collectifs — Les conventions régissant l'utilisation des cartes prévoyaient-elles l'obligation de payer des frais de conversion? — Amex doit-elle restituer aux membres du groupe qui ne sont pas des consommateurs les frais de conversion payés? — La restitution aurait-elle pour effet d'accorder un avantage indu aux adhérents? — Code civil du Québec, art. 1491, 1492, 1554, 1699.

Droit constitutionnel — Partage des compétences — Banques — Doctrine de l'exclusivité des compétences — Prépondérance fédérale — Loi québécoise sur la protection du consommateur régissant la mention des frais de conversion applicables dans les contrats de crédit — La loi provinciale est-elle constitutionnellement inapplicable ou inopérante à l'égard des cartes de crédit et des cartes de paiement émises par des banques en raison des doctrines de l'exclusivité des compétences et de la prépondérance fédérale? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(15) — Loi sur la protection du consommateur, RLRQ, ch. P-40.1, art. 12, 272.

Continued on next page

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

card issuers on grounds they failed to disclose conversion charges on credit card purchases made in foreign currencies — Representative plaintiffs not having direct cause of action or legal relationship with each defendant — Whether plaintiffs have standing to sue all defendants — Code of Civil Procedure, CQLR, c. C-25, art. 55.

Consumer protection — Contracts of credit — Contracts extending variable credit — Credit cards — Obligation to disclose costs in contract — Appropriate remedy for failing to disclose — Conversion charges imposed by financial institutions on cardholders for transactions in foreign currencies — Class actions — Whether conversion charges imposed are “credit charges” or “net capital” as defined by legislation — Whether Banks failed to disclose charges to cardholders — Whether reimbursement of conversion charges collected from consumer class members should be ordered — Consumer Protection Act, CQLR, c. P-40.1, ss. 12, 68, 69, 70, 272.

Consumer protection — Recourses — Punitive damages — Obligation to disclose costs in contract — Appropriate remedy for failing to disclose — Whether class members are entitled to punitive damages — Consumer Protection Act, CQLR, c. P-40.1, s. 272.

Constitutional law — Division of powers — Banking — Interjurisdictional immunity — Federal paramountcy — Quebec’s consumer protection legislation regulating disclosure of conversion charges with respect to contracts of credit — Whether provincial legislation constitutionally inapplicable or inoperative in respect of bank-issued credit cards by virtue of doctrine of interjurisdictional immunity or federal paramountcy — Constitution Act, 1867, s. 91(15) — Bank Act, S.C. 1991, c. 46, ss. 16, 988 — Consumer Protection Act, CQLR, c. P-40.1, ss. 12, 272.

Marcotte v. Fédération des caisses Desjardins du Québec 805

Consumer protection — Contracts of credit — Contracts extending variable credit — Credit cards — Obligation to disclose costs in contract — Appropriate remedy for failing to disclose — Prescription — Punitive damages — Conversion charges imposed by financial institutions on cardholders for transactions in foreign currencies — Class actions — Whether conversion charges are “credit charges” or “net capital” as defined by legislation — Whether Desjardins adequately disclosed conversion charges to cardholders — Whether reimbursement

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

Banque de Montréal c. Marcotte 725

Procédure civile — Recours collectifs — Qualité pour agir — Recours collectif intenté par les représentants des demandeurs contre des émettrices de cartes de crédit au motif que ces dernières n’avaient pas indiqué les frais de conversion imposés sur les opérations par carte de crédit en devises étrangères — Les représentants des demandeurs n’ont pas une cause d’action directe contre chaque défenderesse ou un lien de droit avec chacune d’elles — Les demandeurs ont-ils le statut pour poursuivre l’ensemble des défenderesses? — Code de procédure civile, RLRQ, ch. C-25, art. 55.

Protection du consommateur — Contrats de crédit — Contrats de crédit variable — Cartes de crédit — Obligation d’indiquer les frais applicables dans un contrat — Réparation appropriée en cas de manquement à cette obligation — Frais de conversion sur les opérations en devises étrangères imposés par des institutions financières aux titulaires de cartes de crédit — Recours collectifs — Les frais de conversion imposés constituent-ils des « frais de crédit » ou du « capital net » au sens de la loi? — Les banques ont-elles omis d’indiquer les frais de conversion aux titulaires de cartes? — Le remboursement des frais de conversion perçus des membres du groupe qui sont des consommateurs doit-il être ordonné? — Loi sur la protection du consommateur, RLRQ, ch. P-40.1, art. 12, 68, 69, 70, 272.

Protection du consommateur — Recours — Dommages-intérêts punitifs — Obligation d’indiquer les frais applicables dans un contrat — Réparation appropriée en cas de manquement à cette obligation — Les membres du groupe ont-ils droit d’obtenir des dommages-intérêts punitifs? — Loi sur la protection du consommateur, RLRQ, ch. P-40.1, art. 272.

Droit constitutionnel — Partage des compétences — Banques — Doctrine de l’exclusivité des compétences — Prépondérance fédérale — Loi québécoise sur la protection du consommateur régissant la mention des frais de conversion applicables dans les contrats de crédit — La loi provinciale est-elle constitutionnellement inapplicable ou inopérante à l’égard des cartes de crédit émises par des banques en raison des doctrines de l’exclusivité des compétences et de la prépondérance fédérale? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(15) — Loi sur les banques, L.C. 1991, ch. 46, art. 16, 988 — Loi sur la protection du consommateur, RLRQ, ch. P-40.1, art. 12, 272.

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

of conversion charges collected from consumer class members should be ordered — Whether class members are entitled to punitive damages — Consumer Protection Act, CQLR, c. P-40.1, ss. 12, 272.

Constitutional law — Division of powers — Bills of exchange — Interjurisdictional immunity — Federal paramountcy — Quebec's consumer protection legislation regulating credit card contracts — Whether legal characterization of transaction consisting of payment for good or service in foreign currency by means of credit card of same nature as that of payment by means of bill of exchange over which Parliament has exclusive jurisdiction, such that the doctrines of interjurisdictional immunity and paramountcy are potentially applicable — Constitution Act, 1867, s. 91(18) — Consumer Protection Act, CQLR, c. P-40.1.

R. v. Mian 689

Criminal law — Appeals — Powers of Court of Appeal — Accused charged with possession of cocaine and possession of currency obtained by crime — Court of Appeal raising new issues on appeal — Whether appeal court erred in ordering new trial on basis of improper cross-examination — Whether appeal court erred in raising new issue on appeal.

Constitutional law — Charter of Rights — Right to be informed of reasons for arrest — Right to counsel — Accused charged with possession of cocaine and possession of currency obtained by crime — Police delaying in advising accused of reasons for arrest and of his rights to retain and instruct counsel — Whether trial judge erred in law in concluding that police infringed accused's right to be informed of reasons for arrest and his right to counsel — Whether trial judge erred in law in excluding evidence — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 10, 24(2).

Sattva Capital Corp. v. Creston Moly Corp. 633

Arbitration — Appeals — Commercial arbitration awards — Parties entering into agreement providing for payment of finder's fee in shares — Parties disagreeing as to date on which to price shares for payment of finder's fee and entering into arbitration — Leave to appeal arbitral award sought pursuant to s. 31(2) of the Arbitration Act — Leave to appeal denied but granted on appeal to Court of Appeal — Appeal of award dismissed but dismissal reversed by Court of Appeal — Whether Court of Appeal erred in granting leave to appeal — What is appropriate standard of review to be applied to commercial arbitral

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

Marcotte c. Fédération des caisses Desjardins du Québec 805

Protection du consommateur — Contrats de crédit — Contrats de crédit variable — Cartes de crédit — Obligation d'indiquer les frais applicables dans un contrat — Réparation appropriée en cas de manquement à cette obligation — Prescription — Dommages-intérêts punitifs — Frais de conversion sur les opérations en devises étrangères imposés par des institutions financières aux titulaires de cartes de crédit — Recours collectifs — Les frais de conversion imposés constituent-ils des « frais de crédit » ou du « capital net » au sens de la loi? — Desjardins a-t-elle indiqué adéquatement les frais de conversion aux titulaires de cartes? — Le remboursement des frais de conversion perçus des membres du groupe qui sont des consommateurs doit-il être ordonné? — Les membres du groupe ont-ils droit d'obtenir des dommages-intérêts punitifs? — Loi sur la protection du consommateur, RLRQ, ch. P-40.1, art. 12, 272.

Droit constitutionnel — Partage des compétences — Lettres de change — Doctrine de l'exclusivité des compétences — Prépondérance fédérale — Loi québécoise sur la protection du consommateur régissant les contrats de cartes de crédit — Le paiement d'un bien ou d'un service en devises étrangères au moyen d'une carte de crédit est-il de même nature sur le plan juridique que celui fait au moyen d'une lettre de change, une matière qui relève de la compétence exclusive du Parlement, de sorte que les doctrines de l'exclusivité des compétences et de la prépondérance fédérale pourraient s'appliquer? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(18) — Loi sur la protection du consommateur, RLRQ, ch. P-40.1.

R. c. Mian 689

Droit criminel — Appels — Pouvoirs de la Cour d'appel — Inculpé accusé de possession de cocaïne et de possession d'argent obtenu par la perpétration d'une infraction — Nouvelles questions soulevées en appel par la Cour d'appel — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en ordonnant la tenue d'un nouveau procès sur le fondement de la question d'un contre-interrogatoire inapproprié? — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en soulevant une nouvelle question en appel?

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit d'être informé des motifs de son arrestation — Droit à l'assistance d'un avocat — Inculpé accusé de possession de cocaïne et de possession d'argent obtenu par la perpétration d'une infraction — Délai avant que la police informe l'accusé des motifs de son arrestation et de son

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

decisions made under Arbitration Act — Arbitration Act, R.S.B.C. 1996, c. 55, s. 31(2).

Contracts — Interpretation — Parties entering into agreement providing for payment of finder's fee in shares — Parties disagreeing as to date on which to price the shares for payment of finder's fee and entering into arbitration — Whether arbitrator reasonably construed contract as a whole — Whether contractual interpretation is question of law or of mixed fact and law.

SOMMAIRE (Fin)

droit à l'assistance d'un avocat — Le juge du procès a-t-il commis une erreur de droit en concluant que la police a porté atteinte au droit de l'accusé d'être informé des motifs de son arrestation et à son droit à l'assistance d'un avocat? — Le juge du procès a-t-il commis une erreur de droit en excluant des éléments de preuve? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 10, 24(2).

Sattva Capital Corp. c. Creston Moly Corp. 633

Arbitrage — Appels — Sentences arbitrales commerciales — Conclusion d'une entente entre les parties prévoyant le versement en actions des honoraires d'intermédiation — Désaccord des parties sur la date applicable à l'évaluation du cours de l'action aux fins du versement des honoraires d'intermédiation et recours à l'arbitrage — Autorisation d'appel de la sentence arbitrale demandée en application de l'art. 31(2) de l'Arbitration Act — Rejet initial de la demande d'autorisation d'appel, qui est accueillie à l'issue d'un appel devant la Cour d'appel — Rejet de l'appel interjeté de la sentence infirmé par la Cour d'appel — La Cour d'appel a-t-elle accordé à tort l'autorisation d'appel? — Quelle est la norme de contrôle applicable aux sentences arbitrales commerciales rendues sous le régime de l'Arbitration Act? — Arbitration Act, R.S.B.C. 1996, ch. 55, art. 31(2).

Contrats — Interprétation — Conclusion d'une entente entre les parties prévoyant le versement en actions des honoraires d'intermédiation — Désaccord des parties sur la date applicable à l'évaluation du cours de l'action aux fins du versement des honoraires d'intermédiation et recours à l'arbitrage — L'arbitre a-t-il donné une interprétation raisonnable de l'entente dans son ensemble? — L'interprétation contractuelle constitue-t-elle une question de droit ou une question mixte de fait et de droit?



2014 Volume 2

Canada Supreme Court Reports Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada

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

ROGER BILODEAU, Q.C. / c.r.

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

General Counsel / Avocate générale
BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrêviste en chef
J. DAVID POWER

Senior Counsel / Avocate-conseil
JULIE TERRIEN

Legal Counsel / Conseillers juridiques

CLAIRE ZOË BIDER-HALL
JANICE CHENEY
CHANTAL DEMERS
VALÉRIE DESJARLAIS
GENEVIÈVE DOMEY
LEE ANN GORMAN

AMÉLIE LAVICTOIRE
KAREN LEVASSEUR
JOANNE NORMAN
RÉMI SAMSON

IDA SMITH
JACQUELINE STENCEL
LESLI TAKAHASHI
CAMERON TAYLOR
RENÉE THÉRIAULT
RENÉE MARIA TREMBLAY

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

Jurilinguists / Jurilinguistes
DAVID AUBRY
STEPHEN BALOGH
JULIE BOULANGER
MARIE RODRIGUE

MARIE-LUC SIMONEAU
CLAIRE VALLÉE

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

Technical Revisors / Réviseurs techniques
SUZANNE AUDET
MONIQUE DELORME
NANCY MCCAUGHAN
PAULINE MCTAVISH
ANNE-MARIE NOËL
LÉANDRE PELLETIER-PÉPIN

Manager, Operational Support Services / Gestionnaire, Services d'appui aux opérations
SUZANNE GIGUÈRE

Administrative Assistants / Adjoint administratifs
SÉBASTIEN GAGNÉ
MANON PLOUFFE

JUDGES
OF THE
SUPREME COURT OF CANADA

The Right Honourable BEVERLEY McLACHLIN, P.C., *Chief Justice of Canada*

The Honourable LOUIS LeBEL

The Honourable ROSALIE SILBERMAN ABELLA

The Honourable MARSHALL ROTHSTEIN

The Honourable THOMAS ALBERT CROMWELL

The Honourable MICHAEL J. MOLDAVER

The Honourable ANDROMACHE KARAKATSANIS

The Honourable RICHARD WAGNER

The Honourable CLÉMENT GASCON*

* On the 9th day of June 2014, the Honourable Clément Gascon, a Judge of the Court of Appeal of Quebec, was appointed a Puisne Judge of the Supreme Court of Canada.

JUGES
DE LA
COUR SUPRÊME DU CANADA

La très honorable BEVERLEY MCLACHLIN, C.P., *Juge en chef du Canada*

L'honorable LOUIS LeBEL

L'honorable ROSALIE SILBERMAN ABELLA

L'honorable MARSHALL ROTHSTEIN

L'honorable THOMAS ALBERT CROMWELL

L'honorable MICHAEL J. MOLDAVER

L'honorable ANDROMACHE KARAKATSANIS

L'honorable RICHARD WAGNER

L'honorable CLÉMENT GASCON*

* Le 9 juin 2014, l'honorable Clément Gascon, juge de la Cour d'appel du Québec, a été nommé juge puîné à la Cour suprême du Canada.

ERRATA

- [2001] 3 S.C.R., p. 265, para. 66, line 6 of the English version. Read “Society if more than” instead of “Society if more then”.
- [2008] 3 S.C.R., p. 381, para. 149, line 15 of the French version. Read “Le présent pourvoi pose la question” instead of “Le présent pourvoi pause la question”.
- [2010] 3 S.C.R., p. 411, para. 56, line 3 of the French version. Read “instauré par la législation canadienne” instead of “instauré la législation canadienne”.
- [2013] 3 S.C.R., p. 541, para. 143, line 2 of the English version. Read “I would allow the appeal with costs in this Court only” instead of “I would allow the appeal with costs throughout”.
- [2013] 3 S.C.R., p. 541, para. 143, line 2 of the French version. Read “je suis d’avis d’accueillir le pourvoi avec dépens devant notre Cour seulement” instead of “je suis d’avis d’accueillir le pourvoi avec dépens devant tous les cours”.
- [2013] 3 S.C.R., p. 544, disposition of the appeal of the English version. Read “Appeal allowed with costs” instead of “Appeal allowed with costs throughout”.
- [2013] 3 S.C.R., p. 544, disposition of the appeal of the French version. Read “Pourvoi accueilli avec dépens” instead of “Pourvoi accueilli avec dépens devant toutes les cours”.
- [2001] 3 R.C.S., p. 265, par. 66, ligne 6 de la version anglaise. Lire « Society if more than » au lieu de « Society if more then ».
- [2008] 3 R.C.S., p. 381, par. 149, ligne 15 de la version française. Lire « Le présent pourvoi pose la question » au lieu de « Le présent pourvoi pause la question ».
- [2010] 3 R.C.S., p. 411, par. 56, ligne 3 de la version française. Lire « instauré par la législation canadienne » au lieu de « instauré la législation canadienne ».
- [2013] 3 R.C.S., p. 541, par. 143, ligne 2 de la version anglaise. Lire « I would allow the appeal with costs in this Court only » au lieu de « I would allow the appeal with costs throughout ».
- [2013] 3 R.C.S., p. 541, par. 143, ligne 2 de la version française. Lire « je suis d’avis d’accueillir le pourvoi avec dépens devant notre Cour seulement » au lieu de « je suis d’avis d’accueillir le pourvoi avec dépens devant tous les cours ».
- [2013] 3 R.C.S., p. 544, dispositif de la version anglaise. Lire « Appeal allowed with costs » au lieu de « Appeal allowed with costs throughout ».
- [2013] 3 R.C.S., p. 544, dispositif de la version française. Lire « Pourvoi accueilli avec dépens » au lieu de « Pourvoi accueilli avec dépens devant toutes les cours ».

MOTIONS — REQUÊTES

(May 9 to September 19, 2014 — 9 mai au 19 septembre 2014)

- 101090442 Saskatchewan Ltd. v. Harle*, (Sask.), 35779, leave to appeal and cross-appeal refused with costs, 26.6.14, autorisations d'appel et d'appel incident refusées avec dépens.
- 6250424 Canada Inc. c. Ville de Gatineau*, (Qc), 35853, leave to appeal refused with costs, 4.9.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- 6470360 Canada Inc. v. Shoppers Drug Mart Inc.*, (Ont.), 35796, leave to appeal refused with costs, 26.6.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Accurso c. Charbonneau*, (Qc), 35964, leave to appeal refused with costs, 8.8.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- ACE INA Insurance v. Associated Electric & Gas Insurance Services Ltd.*, (Ont.), 35681, leave to appeal refused with costs, 15.5.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Amos v. Her Majesty The Queen*, (Ont.) (Crim.), 35827, leave to appeal refused, 26.6.14, autorisation d'appel refusée.
- Appliance Recycling Centers of America v. Amtim Capital Inc.*, (Ont.), 35764, leave to appeal refused with costs, 5.6.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Attorney General of Alberta v. Moloney*, (Alta.), 35820, leave to appeal granted, 12.6.14, autorisation d'appel accordée.
- B010 v. Minister of Citizenship and Immigration*, (F.C.), 35388, leave to appeal granted, 17.7.14, autorisation d'appel accordée.
- Baldwin v. Her Majesty The Queen*, (Ont.) (Crim.), 35759, leave to appeal refused, 15.5.14, autorisation d'appel refusée.
- Baradaran v. Tarion Warranty Corp.*, (Ont.), 35814, leave to appeal refused with costs, 31.7.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Bassenden v. City of Saint-Lazare*, (Que.), 35753, leave to appeal refused with costs, 29.5.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Benoit c. B. Proformen Inc.*, (Qc), 35852, leave to appeal refused, 31.7.14, autorisation d'appel refusée.
- Best v. Kingsland Estates Ltd.*, (Ont.), 35785, leave to appeal refused with costs, 4.9.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Bilich v. Toronto Police Services Board*, (Ont.), 35782, leave to appeal refused with costs, 29.5.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Bitternose v. Her Majesty The Queen*, (Alta.) (Crim.), 35769, leave to appeal refused, 5.6.14, autorisation d'appel refusée.
- Bordeleau c. Procureur général du Canada*, (Qc), 35871, leave to appeal refused with costs, 4.9.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Bradfield v. Caton*, (Ont.), 35784, leave to appeal refused with costs, 26.6.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- C.C. Havanos Corp. v. Her Majesty The Queen*, (Que.), 35884, leave to appeal refused with costs, 31.7.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.

- Canadian Broadcasting Corp. v. SODRAC 2003 Inc.*, (F.C.), 35918, leave to appeal granted with costs, 4.9.14, autorisation d'appel accordée avec dépens.
- Canadian Imperial Bank of Commerce v. Green*, (Ont.), 35807, leave to appeal granted with costs in the cause, 7.8.14, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- Caron c. Sa Majesté la Reine*, (Alb.), 35842, leave to appeal granted with costs in the cause, 31.7.14, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- Celestica Inc. v. Millwright Regional Council of Ontario Pension Trust Fund*, (Ont.), 35813, leave to appeal granted with costs in the cause, 7.8.14, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- Choquette c. Guimont*, (Qc), 35774, leave to appeal refused with costs, 26.6.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- CNH Canada Ltd. v. Claude Joyal Inc.*, (Que.), 35867, leave to appeal refused with costs, 17.7.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Cold Lake First Nations v. Alberta (Tourism, Parks and Recreation)*, (Alta.), 35733, leave to appeal refused with costs, 15.5.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Commission scolaire francophone du Yukon, district scolaire #23 c. Procureure générale du Territoire du Yukon*, (Yn), 35823, leave to appeal granted with costs in the cause, 26.6.14, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- Congiu c. Agence du revenu du Québec*, (Qc), 35830, leave to appeal refused with costs, 4.9.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Congiu c. Sa Majesté la Reine*, (C.F.), 35833, leave to appeal refused with costs, 4.9.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Constructions Louisbourg Ltée c. Société Radio-Canada*, (Qc), 35797, leave to appeal refused with costs, 26.6.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Cummings v. Attorney General of Nova Scotia*, (N.S.) (Crim.), 35711, leave to appeal refused, 15.5.14, autorisation d'appel refusée.
- Cummings v. Nova Scotia*, (N.S.) (Crim.), 35657, leave to appeal refused, 15.5.14, autorisation d'appel refusée.
- Curry v. Her Majesty The Queen*, (Ont.) (Crim.), 35863, leave to appeal refused, 31.7.14, autorisation d'appel refusée.
- De Pinto v. Toronto Community Housing*, (Ont.), 35770, leave to appeal refused with costs, 31.7.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Delpport Realty Ltd. v. Registrar General of Service Nova Scotia and Municipal Relations*, (N.S.), 35910, leave to appeal refused with costs, 4.9.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Deverett Professional Corp. v. Canpages Inc.*, (Ont.), 35794, leave to appeal refused with costs, 19.6.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Elio v. Her Majesty The Queen*, (F.C.), 35874, leave to appeal refused with costs, 14.8.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Farrell v. Her Majesty The Queen*, (Ont.) (Crim.), 35912, leave to appeal refused, 7.8.14, autorisation d'appel refusée.
- Ferron v. Her Majesty The Queen*, (Ont.), 35821, leave to appeal refused with costs, 3.7.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Ferron v. Her Majesty The Queen*, (Ont.) (Crim.), 35840, leave to appeal refused, 3.7.14, autorisation d'appel refusée.
- Ganitano v. Metro Vancouver Housing Corp.*, (B.C.), 35766, leave to appeal refused with costs, 15.5.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.

- Goleski v. Her Majesty The Queen*, (B.C.) (Crim.), 35862, leave to appeal granted, 24.7.14, autorisation d'appel accordée.
- Greg Dowling Architect Inc. v. J. Raymond Griffin Architect Inc.*, (B.C.), 35868, leave to appeal refused with costs, 7.8.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Hamer v. Corporation of the Township of Seguin*, (Ont.), 35829, leave to appeal refused with costs, 3.7.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Hebda v. Laurin*, (Que.), 35901, leave to appeal refused, 4.9.14, autorisation d'appel refusée.
- Henry v. Attorney General of Canada*, (B.C.), 35806, leave to appeal refused with costs, 17.7.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Henry v. British Columbia (Attorney General)*, (B.C.), 35745, leave to appeal granted with costs in the cause, 15.5.14, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- HOOPP Realty Inc. v. A.G. Clark Holdings Ltd.*, (Alta.), 35757, leave to appeal refused with costs, 26.6.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Hungerford Tomyrn Lawrenson and Nichols v. Mide-Wilson*, (B.C.), 35750, leave to appeal refused with costs, 15.5.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Hyra v. Her Majesty The Queen*, (Man.) (Crim.), 35891, leave to appeal refused, 7.8.14, autorisation d'appel refusée.
- I.F. c. J.F.*, (Qc), 35767, leave to appeal refused with costs, 12.6.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- IMAX Corp. v. Silver*, (Ont.), 35811, leave to appeal granted with costs in the cause, 7.8.14, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- Inco Ltd. v. Smith*, (Ont.), 35703, leave to appeal refused with costs, 5.6.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Jackson v. Canadian National Railway*, (Alta.), 35730, leave to appeal refused with costs, 29.5.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Jayamaha Mudalige Don v. Minister of Citizenship and Immigration*, (F.C.), 35760, leave to appeal refused with costs, 12.6.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Jeffery v. London Life Insurance Co.*, (Ont.), 35791, leave to appeal refused with costs, 4.9.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Jung v. Talon International Inc.*, (Ont.), 35845, leave to appeal refused with costs, 24.7.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Kapelus v. University of British Columbia*, (B.C.), 35817, leave to appeal refused with costs, 3.7.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Klippenstein v. Manitoba Ombudsman*, (Man.), 35793, leave to appeal refused, 12.6.14, autorisation d'appel refusée.
- Kniss v. Telecommunication Workers Union*, (F.C.), 35741, leave to appeal refused with costs, 15.5.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Kossow v. Her Majesty The Queen*, (F.C.), 35756, leave to appeal refused with costs, 15.5.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Labrie c. Sa Majesté la Reine*, (Qc) (Crim.), 35846, leave to appeal refused, 31.7.14, autorisation d'appel refusée.
- Lakhoo v. Lakhoo*, (Alta.), 35880, leave to appeal refused with costs, 24.7.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Lavigne v. Canadian Human Rights Commission*, (F.C.), 35738, leave to appeal refused, 14.8.14, autorisation d'appel refusée.
- Leigh v. Belfast Mini-Mills*, (N.S.), 35879, leave to appeal refused with costs, 17.7.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.

- Lindstrom v. Knowles*, (Ont.), 35828, leave to appeal refused with costs, 7.8.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Lloyd v. Commission des lésions professionnelles*, (Que.), 35778, leave to appeal refused, 15.5.14, autorisation d'appel refusée.
- Loft v. Nat.*, (B.C.), 35893, leave to appeal refused with costs, 4.9.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Lombard General Insurance Co. of Canada v. Schmitz*, (Ont.), 35816, leave to appeal refused with costs, 14.8.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Loughlin v. Gordon*, (Alta.), 35776, leave to appeal refused with costs, 5.6.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Lovas v. Her Majesty The Queen*, (Ont.) (Crim.), 35878, leave to appeal refused, 17.7.14, autorisation d'appel refusée.
- Lower v. Hay*, (B.C.), 35604, leave to appeal refused, 12.6.14, autorisation d'appel refusée.
- Mann v. Saini*, (Ont.), 35780, leave to appeal refused with costs, 5.6.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Marttunen v. Workplace Safety and Insurance Appeals Tribunal*, (Ont.), 35761, leave to appeal refused, 29.5.14, autorisation d'appel refusée.
- Mazhero v. CBC/Radio-Canada*, (Que.), 35847, leave to appeal refused, 31.7.14, autorisation d'appel refusée.
- Medoc Properties Ltd. v. Standard Trust Co.*, (N.L.), 35869, leave to appeal refused, 4.9.14, autorisation d'appel refusée.
- Mennes v. Her Majesty The Queen*, (Ont.) (Crim.), 35763, leave to appeal refused, 15.5.14, autorisation d'appel refusée.
- Merit Consultants International Ltd. v. Chandler*, (B.C.), 35920, notice of discontinuance filed, 20.6.14, avis de désistement produit.
- MHR Board Game Design Inc. v. Canadian Broadcasting Corp.*, (Ont.), 35752, leave to appeal refused with costs, 22.5.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Misheal v. Okel*, (Ont.), 35861, leave to appeal refused, 7.8.14, autorisation d'appel refusée.
- Moriarity v. Her Majesty The Queen*, (F.C.) (Crim.), 35755, leave to appeal granted, 24.7.14, autorisation d'appel accordée.
- Mortazavi v. University of Toronto*, (Ont.), 35876, leave to appeal refused with costs, 4.9.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Mougeot c. Mougeot*, (Qc), 35803, leave to appeal refused, 4.9.14, autorisation d'appel refusée.
- N.D. v. K.D.*, (B.C.), 35857, leave to appeal refused, 4.9.14, autorisation d'appel refusée.
- Nardulli v. C-W Agencies Inc.*, (B.C.), 35802, leave to appeal refused with costs, 26.6.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Neville v. National Foundation for Christian Leadership*, (B.C.), 35786, leave to appeal refused with costs, 29.5.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Olfman v. RBC Life Insurance Co.*, (Man.), 35875, leave to appeal refused with costs, 24.7.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- One West Holdings Ltd. v. Greata Ranch Holdings Corp.*, (B.C.), 35844, leave to appeal refused with costs, 4.9.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Paskall v. Scheithauer*, (B.C.), 35798, leave to appeal refused with costs, 17.7.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Phung v. Her Majesty The Queen*, (Ont.) (Crim.), 35765, leave to appeal refused, 26.6.14, autorisation d'appel refusée.
- Potash Corporation of Saskatchewan Inc. v. Barton*, (Sask.), 35729, leave to appeal and cross-appeal refused with costs, 5.6.14, autorisations d'appel et d'appel incident refusées avec dépens.

- Pricewaterhousecoopers LLP v. RSM Richter Inc.*, (Que.), 35787, leave to appeal refused with costs, 26.6.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- R. c. Latortue*, (Qc) (Crim.), 35805, leave to appeal refused, 14.8.14, autorisation d'appel refusée.
- R. c. Ouellet*, (Qc) (Crim.), 35790, leave to appeal refused, 26.6.14, autorisation d'appel refusée.
- R. v. Vijaya*, (Ont.) (Crim.), 35826, leave to appeal refused, 3.7.14, autorisation d'appel refusée.
- Radjenovic v. Her Majesty The Queen*, (B.C.) (Crim.), 35789, leave to appeal refused, 5.6.14, autorisation d'appel refusée.
- Rainville c. Nappert*, (Qc), 35762, leave to appeal refused with costs, 29.5.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Recherche NeuroRX inc. c. Gedamu*, (Qc), 35781, leave to appeal refused with costs, 5.6.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Robbins v. Cambridge Mortgage Investment Corp.*, (B.C.), 35772, leave to appeal refused with costs, 5.6.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Robinson v. Willis*, (P.E.I.), 35895, leave to appeal refused with costs, 4.9.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Sahota v. Canada Border Services Agency*, (F.C.), 35768, leave to appeal refused with costs, 17.7.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Sanford v. Her Majesty The Queen*, (Man.) (Crim.), 35705, leave to appeal refused, 4.9.14, autorisation d'appel refusée.
- Schmidt v. Her Majesty The Queen*, (Ont.), 35890, leave to appeal refused, 14.8.14, autorisation d'appel refusée.
- Schober v. Tyson Creek Hydro Corp.*, (B.C.), 35742, leave to appeal refused with costs, 12.6.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Schock v. Her Majesty The Queen*, (B.C.) (Crim.), 35810, leave to appeal refused, 17.7.14, autorisation d'appel refusée.
- Severight v. Her Majesty The Queen*, (Alta.) (Crim.), 35859, leave to appeal refused, 17.7.14, autorisation d'appel refusée.
- Shaw v. Boyda*, (Alta.), 35751, leave to appeal refused, 15.5.14, autorisation d'appel refusée.
- Smith v. Inco Ltd.*, (Ont.), 34561, leave to appeal refused, 4.9.14, autorisation d'appel refusée.
- Strickland v. Attorney General of Canada*, (F.C.), 35808, leave to appeal granted with costs in the cause, 26.6.14, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- Stuart Olson Dominion Construction Ltd. v. Structal Heavy Steel*, (Man.), 35777, leave to appeal granted with costs in the cause, 12.6.14, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- Suarez c. Ministre de la justice du Canada représentant les États-Unis du Mexique*, (Qc) (Crim.), 35724, leave to appeal refused, 12.6.14, autorisation d'appel refusée.
- Superintendent of Motor Vehicles v. Scott*, (B.C.), 35739, leave to appeal refused with costs, 29.5.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Symington v. Halifax Regional Municipality*, (N.S.), 35735, leave to appeal refused with costs, 15.5.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Tomecek Roney Little & Associates Ltd. v. Swift*, (Alta.), 35815, leave to appeal refused with costs, 7.8.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Toronto Real Estate Board v. Commissioner of Competition*, (F.C.), 35799, leave to appeal refused with costs, 24.7.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Tran v. Her Majesty The Queen*, (Ont.) (Crim.), 35855, leave to appeal refused, 3.7.14, autorisation d'appel refusée.
- TransAlta Corp. v. Her Majesty The Queen*, (F.C.), 35717, leave to appeal refused with costs, 29.5.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.

- Transit du Roy inc. c. Commission de la santé et de la sécurité du travail*, (Qc), 35831, leave to appeal refused, 26.6.14, autorisation d'appel refusée.
- Trudeau c. Fraternité des policiers et policières de Montréal*, (Qc), 35713, leave to appeal refused with costs, 15.5.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Trupei v. City of Toronto Inc.*, (Ont.), 35783, leave to appeal refused with costs, 12.6.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Tymkin v. Chief Jack Ewatski*, (Man.), 35749, leave to appeal refused with costs, 26.6.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- U.A.S. v. Attorney General of Canada on behalf of the United States of America*, (B.C.) (Crim.), 35824, leave to appeal refused, 26.6.14, autorisation d'appel refusée.
- Vachon c. Cyr*, (Qc), 35834, leave to appeal refused with costs, 4.9.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Vezina v. Her Majesty The Queen*, (F.C.) (Crim.), 35873, leave to appeal granted, 24.7.14, autorisation d'appel accordée.
- Vivona v. Royal Bank of Canada*, (Ont.), 35771, leave to appeal refused with costs, 12.6.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Wadhams v. Her Majesty The Queen*, (B.C.) (Crim.), 35885, leave to appeal refused, 14.8.14, autorisation d'appel refusée.
- Wakelam v. Wyeth Consumer Healthcare*, (B.C.), 35800, leave to appeal refused with costs, 4.9.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Walsh v. Unum Provident*, (N.S.), 35819, leave to appeal refused with costs, 24.7.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Ward v. Her Majesty The Queen*, (N.S.) (Crim.), 35902, leave to appeal refused, 14.8.14, autorisation d'appel refusée.
- Waskowec v. Hydro One Networks Inc.*, (Ont.), 35740, leave to appeal refused, 15.5.14, autorisation d'appel refusée.
- Weihua Shi v. Ontario Labour Relations Board*, (Ont.), 35837, leave to appeal refused with costs, 31.7.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- West Van Inc. v. Daisley*, (Ont.), 35906, leave to appeal refused with costs, 4.9.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Williams v. Minister of Human Resources and Skill Development*, (F.C.), 35851, leave to appeal refused, 24.7.14, autorisation d'appel refusée.
- Z.Z. c. Sa Majesté la Reine*, (Qc) (Crim.), 35801, leave to appeal refused, 26.6.14, autorisation d'appel refusée.
- Zibotics v. Attorney General of Ontario*, (Ont.), 35788, leave to appeal refused, 17.7.14, autorisation d'appel refusée.

TABLE OF JUDGMENTS

The styles of cause in the present table are the standardized styles of cause
(as expressed under the “Indexed as” entry in each case) with the necessary cross-references.

	PAGE		PAGE
A		G	
Adams, Amex Bank of Canada v.	787	Grassy Narrows First Nation v. Ontario (Natural Resources)	447
Amex Bank of Canada v. Adams	787	H	
Anderson, R. v.	167	Harkat, Canada (Citizenship and Immigration) v.	33
Asphalte Desjardins inc., Quebec (Commission des normes du travail) v.	514	Hart, R. v.	544
B		J	
Bank of Montreal v. Marcotte	725	John Doe v. Ontario (Finance)	3
British Columbia, Tsilhqot’in Nation v.	256	M	
C		Marcotte v. Fédération des caisses Desjardins du Québec	805
Canada (Attorney General) v. Confédération des syndicats nationaux	477	Marcotte, Bank of Montreal v.	725
Canada (Attorney General), Canadian National Railway Co. v.	135	McCormick v. Fasken Martineau DuMoulin LLP ...	108
Canada (Citizenship and Immigration) v. Harkat	33	Mian, R. v.	689
Canada (Public Safety and Emergency Preparedness), Stubicar v.	104	N	
Canadian Artists’ Representation v. National Gallery of Canada	197	National Gallery of Canada, Canadian Artists’ Representation v.	197
Canadian National Railway Co. v. Canada (Attorney General)	135	O	
Confédération des syndicats nationaux, Canada (Attorney General) v.	477	Ontario (Finance), John Doe v.	3
Creston Moly Corp., Sattva Capital Corp. v.	633	Ontario (Natural Resources), Grassy Narrows First Nation v.	447
F		Q	
Fasken Martineau DuMoulin LLP, McCormick v.	108	Quebec (Commission des normes du travail) v. Asphalte Desjardins inc.	514
Fédération des caisses Desjardins du Québec, Marcotte v.	805	Quesnelle, R. v.	390

	PAGE		PAGE
R		T	
R. v. Anderson	167	Taylor, R. v.	495
R. v. Hart	544	Tsilhqot'in Nation v. British Columbia	256
R. v. Mian	689		
R. v. Quesnelle	390	U	
R. v. Sipos	423	United Food and Commercial Workers, Local 503	
R. v. Spencer	212	v. Wal-Mart Canada Corp.	323
R. v. Taylor	495		
S		W	
Sattva Capital Corp. v. Creston Moly Corp.	633	Wal-Mart Canada Corp., United Food and Com-	
Sipos, R. v.	423	mercial Workers, Local 503 v.	323
Spencer, R. v.	212		
Stubicar v. Canada (Public Safety and Emergency			
Preparedness)	104		

TABLE DES JUGEMENTS

Les intitulés utilisés dans cette table sont les intitulés normalisés de la rubrique « Répertoire » dans chaque arrêt et les renvois nécessaires.

	PAGE		PAGE
A		H	
Adams, Banque Amex du Canada c.	787	Harkat, Canada (Citoyenneté et Immigration) c. ...	33
Anderson, R. c.	167	Hart, R. c.	544
Asphalte Desjardins inc., Québec (Commission des normes du travail) c.	514	M	
B		Marcotte c. Fédération des caisses Desjardins du Québec	805
Banque Amex du Canada c. Adams	787	Marcotte, Banque de Montréal c.	725
Banque de Montréal c. Marcotte	725	McCormick c. Fasken Martineau DuMoulin S.E.N.C.R.L./s.r.l.	108
C		Mian, R. c.	689
Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Harkat ...	33	Musée des beaux-arts du Canada, Front des artistes canadiens c.	197
Canada (Procureur général) c. Confédération des syndicats nationaux	477	N	
Canada (Procureur général), Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c.	135	Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique	256
Canada (Sécurité publique et Protection civile), Stubicar c.	104	O	
Colombie-Britannique, Nation Tsilhqot'in c.	256	Ontario (Finances), Untel c.	3
Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Procureur général)	135	Ontario (Ressources naturelles), Première Nation de Grassy Narrows c.	447
Compagnie Wal-Mart du Canada, Travailleurs et travailleuses unis de l'alimentation et du commerce, section locale 503 c.	323	P	
Confédération des syndicats nationaux, Canada (Procureur général) c.	477	Première Nation de Grassy Narrows c. Ontario (Ressources naturelles)	447
Creston Moly Corp., Sattva Capital Corp. c.	633	Q	
F		Québec (Commission des normes du travail) c. Asphalte Desjardins inc.	514
Fasken Martineau DuMoulin S.E.N.C.R.L./s.r.l., McCormick c.	108	Quesnelle, R. c.	390
Fédération des caisses Desjardins du Québec, Marcotte c.	805		
Front des artistes canadiens c. Musée des beaux-arts du Canada	197		

	PAGE		PAGE
R		T	
R. c. Anderson	167	Taylor , R. c.....	495
R. c. Hart	544	Travailleurs et travailleuses unis de l'alimentation et du commerce, section locale 503 c. Com- pagnie Wal-Mart du Canada	323
R. c. Mian	689		
R. c. Quesnelle	390	U	
R. c. Sipos	423	Untel c. Ontario (Finances)	3
R. c. Spencer	212		
R. c. Taylor	495		
S			
Sattva Capital Corp. c. Creston Moly Corp.	633		
Sipos, R. c.	423		
Spencer, R. c.	212		
Stubicar c. Canada (Sécurité publique et Protec- tion civile)	104		

TABLE OF CASES CITED

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
620 Connaught Ltd. v. Canada (Attorney General)	2008 SCC 7, [2008] 1 S.C.R. 131	482
269893 Alberta Ltd. v. Otter Bay Developments Ltd.	2009 BCCA 37, 266 B.C.A.C. 98	657
3430901 Canada Inc. v. Canada (Minister of Industry)	2001 FCA 254, [2002] 1 F.C. 421	15
A		
A. v. Drapeau	2012 NBCA 73, 393 N.B.R. (2d) 76	86
Aksich v. Canadian Pacific Railway	2006 QCCA 931, [2006] R.J.D.T. 997	531
Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association	2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654	13, 156, 203, 678
Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. United Food and Commercial Workers, Local 401	2013 SCC 62, [2013] 3 S.C.R. 733	224
Alberta Union of Provincial Employees v. Lethbridge Community College	2004 SCC 28, [2004] 1 S.C.R. 727	357
Almrei (Re)	2008 FC 1216, [2009] 3 F.C.R. 497	56
Almrei (Re)	2009 FC 1263, [2011] 1 F.C.R. 163	80
Almrei, Re	2009 FC 322, 342 F.T.R. 11	69
Amex Bank of Canada v. Adams	2014 SCC 56, [2014] 2 S.C.R. 787	733, 809
Application under s. 83.28 of the Criminal Code (Re)	2004 SCC 42, [2004] 2 S.C.R. 248	192
Association des juristes de l'État v. Commission des valeurs mobilières du Québec	[2003] R.J.D.T. 579	346
Association des juristes de l'État v. Conseil du Trésor	1999 CanLII 5144	348, 383
Association des pompiers de Montréal inc. (APM) v. Montréal (Ville de)	2011 QCCA 631 (CanLII)	357
Association du personnel administratif et professionnel de l'Université Laval (APAPUL) v. Syndicat des employés de l'Université Laval (SCFP), section locale 2500	[1985] AZ-85142069	347
Association provinciale des constructeurs d'habitations du Québec inc. v. Société d'habitation et de développement de Montréal	2011 QCCA 1033 (CanLII)	485
Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada	[1980] 2 S.C.R. 735	151
Atwater Badminton and Squash Club Inc. v. Morgan	2014 QCCA 998 (CanLII)	531
Automobiles Canbec inc. v. Hamelin	1998 CanLII 12602	348, 378
B		
Backman v. Canada	2001 SCC 10, [2001] 1 S.C.R. 367	126
Bank Mellat v. H. M. Treasury	[2013] UKSC 38, [2013] 4 All E.R. 495	53
Bank of Montreal v. Hall	[1990] 1 S.C.R. 121	768
Bank of Montreal v. Marcotte	2014 SCC 55, [2014] 2 S.C.R. 725	791, 809
Bell Canada v. The Plan Group	2009 ONCA 548, 96 O.R. (3d) 81	656
Bisaillon v. Keable	[1983] 2 S.C.R. 60	86

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
Bizeau v. Aéroport de Québec Inc.	2004 CIRB 261 (CanLII)	356
Blanchard v. Control Data Canada Ltd.	[1984] 2 S.C.R. 476	366
Blue Line Hockey Acquisition Co. v. Orca Bay Hockey Ltd. Partnership	2008 BCSC 27, 40 B.L.R. (4th) 83	126
Bohémier v. Barreau du Québec	2012 QCCA 308 (CanLII)	485
Bouchard v. Agropur Coopérative	2006 QCCA 1342, [2006] R.J.Q. 2349	745
Boutin v. Wal-Mart Canada inc.	2005 QCCRT 225 (CanLII)	336, 374
Boutin v. Wal-Mart Canada inc.	2005 QCCRT 269 (CanLII)	336, 374
Bowers v. Ophthalmology Group, LLP	2012 U.S. Dist. LEXIS 118761	127
Boyd v. Attorney-General for British Columbia	(1917), 54 S.C.R. 532	126
British Columbia (Attorney General) v. Canada (Attorney General) ...	[1994] 2 S.C.R. 41	152
British Columbia Institute of Technology (Student Assn.) v. British Columbia Institute of Technology	2000 BCCA 496, 192 D.L.R. (4th) 122	654
British Columbia Securities Commission v. Branch	[1995] 2 S.C.R. 3	593
British Columbia (Workers' Compensation Board) v. Figliola	2011 SCC 52, [2011] 3 S.C.R. 422	119
Brouillard v. The Queen	[1985] 1 S.C.R. 39	706
Brownridge v. The Queen	[1972] S.C.R. 926	507
C		
Cadieux v. Director of Mountain Institution	[1985] 1 F.C. 378	86
Calder v. Attorney-General of British Columbia	[1973] S.C.R. 313	271
Cameron v. Julien	(1957), 9 D.L.R. (2d) 460	132
Canada v. Craig	2012 SCC 43, [2012] 2 S.C.R. 489	379
Canada (Attorney General) v. Almalki	2010 FC 1106, [2012] 2 F.C.R. 508	65
Canada (Attorney General) v. Almalki	2011 FCA 199, [2012] 2 F.C.R. 594	74
Canada (Attorney General) v. Bedford	2013 SCC 72, [2013] 3 S.C.R. 1101 ...	362, 487
Canada (Attorney General) v. Hislop	2007 SCC 10, [2007] 1 S.C.R. 429	816
Canada (Attorney General) v. PHS Community Services Society	2011 SCC 44, [2011] 3 S.C.R. 134	317
Canada (Attorney General) v. Rosin	[1991] 1 F.C. 391	122
Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)	2011 SCC 53, [2011] 3 S.C.R. 471	13, 154
Canada (Citizenship and Immigration) v. Harkat	2014 SCC 37, [2014] 2 S.C.R. 33	716
Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa	2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339	211
Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.	[1997] 1 S.C.R. 748	657
Canada (Privacy Commissioner) v. Blood Tribe Department of Health	2008 SCC 44, [2008] 2 S.C.R. 574	93
Canada (Procureur général) v. Imperial Tobacco Ltd.	2012 QCCA 2034, [2012] R.J.Q. 2046	487
Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney General)	[1996] 3 S.C.R. 480	53, 569
Canadian Council of Christian Charities v. Canada (Minister of Finance)	[1999] 4 F.C. 245	22
Canadian Foundation for Children, Youth and the Law v. Canada (Attorney General)	2004 SCC 4, [2004] 1 S.C.R. 76	182
Canadian National Railway Co. v. Canada (Canadian Human Rights Commission)	[1987] 1 S.C.R. 1114	119
Canadian Pacific Ltd. v. Canada (Human Rights Commission)	[1991] 1 F.C. 571	122
Canadian Western Bank v. Alberta	2007 SCC 22, [2007] 2 S.C.R. 3	316, 685, 760
Catalyst Paper Corp. v. North Cowichan (District)	2012 SCC 2, [2012] 1 S.C.R. 5	156

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
Central Intelligence Agency v. Sims	471 U.S. 159 (1985)	88
Centre de la petite enfance Casse-Noisette inc. v. Syndicat des travail- leuses(eurs) en garderie de Montréal — CSN	[2000] R.J.D.T. 1859	348
Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)	2007 SCC 9, [2007] 1 S.C.R. 350	47
Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)	2008 SCC 38, [2008] 2 S.C.R. 326	73, 90
ChemAction inc. v. Clermont	2008 QCCQ 7353 (CanLII)	520
Cheung v. Borsellino	2005 QCCA 865 (CanLII)	485
Cinar Corporation v. Robinson	2013 SCC 73, [2013] 3 S.C.R. 1168	774
City Buick Pontiac (Montréal) Inc. v. Roy	[1981] T.T. 22	364, 380
Clackamas Gastroenterology Associates, P. C. v. Wells	538 U.S. 440 (2003)	124
Club coopératif de consommation d'Amos v. Union des employés de commerce, section locale 508	[1985] AZ-85141201	346
Coal Harbour Properties Partnership v. Liu	2004 BCCA 283, 48 B.L.R. (3d) 237	126
Commission des normes du travail v. 9063-1003 Québec inc.	2009 QCCQ 2969 (CanLII)	527
Commission des normes du travail v. Centre de décoration des sols inc.	2009 QCCQ 2587 (CanLII)	530
Commission des normes du travail v. Commission scolaire de Laval	2003 CanLII 42505	530
Commission des normes du travail v. Compogest inc.	2003 CanLII 39374	527
Commission des normes du travail v. Quesnel	[1999] J.Q. n° 6966 (QL)	539
Commission des normes du travail v. S2I inc.	[2005] R.J.D.T. 200	527
Confédération des syndicats nationaux v. Canada (Attorney Gen- eral)	2008 SCC 68, [2008] 3 S.C.R. 511	481
Conseil conjoint du Québec, Syndicat du vêtement, du textile et autres industries, local 2625 v. Société en commandite Greb International (Division Kodiak)	[1999] AZ-99141036	383
Consolidated-Bathurst Inc. v. Syndicat national des travailleurs des pâtes et papiers de Port-Alfred	[1987] R.J.Q. 520	367
Coopérative étudiante Laval v. Syndicat des travailleurs(euses) de la coopérative étudiante Laval	[1984] AZ-84141225	346
Council of Canadians with Disabilities v. VIA Rail Canada Inc.	2007 SCC 15, [2007] 1 S.C.R. 650	119
Crane v. British Columbia (Ministry of Health Services) (No. 1)	2005 BCHRT 361, 53 C.H.R.R. D/156	118
D		
Dagg v. Canada (Minister of Finance)	[1997] 2 S.C.R. 403	230
Dayco (Canada) Ltd. v. CAW-Canada	[1993] 2 S.C.R. 230	366
Delgamuukw v. British Columbia	[1997] 3 S.C.R. 1010	272, 470
Delisle v. Canada (Deputy Attorney General)	[1999] 2 S.C.R. 989	350
Desbiens v. Wal-Mart Canada Corp.	2009 SCC 55, [2009] 3 S.C.R. 540	337, 373
Dominion of Canada v. Province of Ontario	[1910] A.C. 637	463
Domtar Inc. v. Belkin Inc.	(1989), 39 B.C.L.R. (2d) 257	665
Dow Chemical Canada Inc. v. Shell Chemicals Canada Ltd.	2010 ABCA 126, 25 Alta. L.R. (5th) 221	656
Dunsmuir v. New Brunswick	2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190	13, 155, 367, 677

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
E		
Eli Lilly & Co. v. Novopharm Ltd.	[1998] 2 S.C.R. 129	662
Ellis v. Joseph Ellis & Co.	[1905] 1 K.B. 324	128
Enns v. Hansey	2013 MBCA 23 (CanLII)	666
Entreprises Pelletier & Garon (Toitures inc.) v. Agropur Coopéra- tive	2010 QCCA 244, [2010] R.D.I. 24	485
Equal Employment Opportunity Commission v. Sidley Austin Brown & Wood	315 F.3d 696 (2002)	127
Escher v. Brazil	(2009), Inter-Am. Ct. H.R. (Ser. C) No. 200 ...	408
Euro-Excellence Inc. v. Kraft Canada Inc.	2007 SCC 37, [2007] 3 S.C.R. 20	208
F		
Fraternité des policiers et policières de Carignan v. Ville de Carignan	[2000] AZ-00142040	351
G		
Garcia Transport Ltée v. Royal Trust Co.	[1992] 2 S.C.R. 499	537
General Motors du Canada ltée v. Billette	2009 QCCA 2476, [2010] R.J.Q. 66	750
Gillet v. Arthur	[2005] R.J.Q. 42	486
Glaswegian Enterprises Inc. v. B.C. Tel Mobility Cellular Inc.	(1997), 101 B.C.A.C. 62	661
Gravel & Fils Inc. v. Syndicat d'entreprises funéraires	[1984] T.A. 87	352
Green v. Harnum	2007 NLCA 57, 269 Nfld. & P.E.I.R. 97	126
Greenlaw v. United States	554 U.S. 237 (2008)	706
Groupe d'assurance Hartford/Monitor Insurance Group v. Plomberie P.M. Inc.	[1984] R.D.J. 17	484
Groupe Jeunesse Inc. v. Loto-Québec	2004 CanLII 9766	484
Guerin v. The Queen	[1984] 2 S.C.R. 335	271
Gutierrez v. Tropic International Ltd.	(2002), 63 O.R. (3d) 63	663
H		
Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)	2004 SCC 73, [2004] 3 S.C.R. 511	273, 463
Hayes Forest Services Ltd. v. Weyerhaeuser Co.	2008 BCCA 31, 289 D.L.R. (4th) 230	656
Hitchcock v. Sykes	(1914), 49 S.C.R. 403	132
Homex Realty and Development Co. v. Corporation of the Village of Wyoming	[1980] 2 S.C.R. 1011	675
Hôpital St-Charles de Joliette v. Syndicat des employés d'hôpitaux de Joliette inc.	[1973] R.D.T. 129	357
Housen v. Nikolaisen	2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235	83, 657, 707
Hunter v. Southam Inc.	[1984] 2 S.C.R. 145	223
I		
I.A.T.S.E., Stage Local 56 v. Société de la Place des Arts de Montréal	2004 SCC 2, [2004] 1 S.C.R. 43	337, 380
IBM Canada ltée v. D.C.	2014 QCCA 1320 (CanLII)	531
Immeubles Port Louis Ltée v. Lafontaine (Village)	[1991] 1 S.C.R. 326	672

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
Imperial Tobacco Canada Ltd. v. Conseil québécois sur le tabac et la santé	2007 QCCA 694 (CanLII)	749
Infineon Technologies AG v. Option consommateurs	2013 SCC 59, [2013] 3 S.C.R. 600	751
International Paper Co. v. Valeurs Trimont Ltée	[1989] R.J.Q. 1187	802
International Woodworkers of America v. Atway Transport Inc.	[1989] OLRB Rep. 540	122
Investors Compensation Scheme Ltd. v. West Bromwich Building Society	[1998] 1 All E.R. 98	658
Isidore Garon ltée v. Tremblay	2006 SCC 2, [2006] 1 S.C.R. 27	350, 537
Ivanhoe inc. v. UFCW, Local 500	2001 SCC 47, [2001] 2 S.C.R. 565	366
J		
Jaballah, Re	2009 FC 279, 340 F.T.R. 43	65
Jesuit Fathers of Upper Canada v. Guardian Insurance Co. of Canada	2006 SCC 21, [2006] 1 S.C.R. 744	657
Jiro Enterprises Ltd. v. Spencer	2008 ABCA 87 (CanLII)	656
Jones v. National Coal Board	[1957] 2 All E.R. 155	706
K		
Katz Group Canada Inc. v. Ontario (Health and Long-Term Care) ...	2013 SCC 64, [2013] 3 S.C.R. 810	155
Khadr v. Canada (Attorney General)	2008 FC 549, 329 F.T.R. 80	65
King v. Operating Engineers Training Institute of Manitoba Inc.	2011 MBCA 80, 270 Man. R. (2d) 63	656
Kirleis v. Dickie, McCamey & Chilcote, P.C.	2009 U.S. Dist. LEXIS 100326	127
Kourtessis v. M.N.R.	[1993] 2 S.C.R. 53	709
Krieger v. Law Society of Alberta	2002 SCC 65, [2002] 3 S.C.R. 372	185
L		
La Reine v. Harricana Metal Inc.	[1970] T.T. 97	345
Largie v. TCBA Watson Rice, LLP	2013 U.S. Dist. LEXIS 117688	127
Law Society of British Columbia v. Mangat	2001 SCC 67, [2001] 3 S.C.R. 113	764
M		
MacKinnon v. National Money Mart Co.	2004 BCCA 472, 33 B.C.L.R. (4th) 21	746
Mans v. British Columbia Council of Licensed Practical Nurses.....	(1990), 14 C.H.R.R. D/221	122
Marcotte v. Fédération des caisses Desjardins du Québec	2014 SCC 57, [2014] 2 S.C.R. 805	733, 791
Marcotte v. Longueuil (City)	2009 SCC 43, [2009] 3 S.C.R. 65	752
Marine Services International Ltd. v. Ryan Estate	2013 SCC 44, [2013] 3 S.C.R. 53	316
Martin v. Compagnie d'assurances du Canada sur la vie	[1987] R.J.Q. 514	529
McInerney v. MacDonald	[1992] 2 S.C.R. 138	232
Metropol-Basefort Security Group Ltd.	(1990), 79 di 139	356
Miazga v. Kvello Estate	2009 SCC 51, [2009] 3 S.C.R. 339	185
Mikisew Cree First Nation v. Canada (Minister of Canadian Heritage)	2005 SCC 69, [2005] 3 S.C.R. 388	464
MiningWatch Canada v. Canada (Fisheries and Oceans)	2010 SCC 2, [2010] 1 S.C.R. 6	672
Minister of National Revenue v. Costco Wholesale Canada Ltd.	2012 FCA 160, 431 N.R. 78	656
Mont-Laurier (Ville de) v. Syndicat des professionnels et professionnelles de la Ville de Mont-Laurier (CSN)	1995 CanLII 1874	355, 382
Moore v. British Columbia (Education)	2012 SCC 61, [2012] 3 S.C.R. 360	119

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
Moore Realty Inc. v. Manitoba Motor League	2003 MBCA 71, 173 Man. R. (2d) 300	658
Morier v. Rivard	[1985] 2 S.C.R. 716	485
Multiple Access Ltd. v. McCutcheon	[1982] 2 S.C.R. 161	768
N		
Named Person v. Vancouver Sun	2007 SCC 43, [2007] 3 S.C.R. 253	86
National Bank of Greece (Canada) v. Katsikonouris	[1990] 2 S.C.R. 1029	121
Natrel inc. v. Syndicat démocratique des distributeurs (CSD)	[2000] R.J.D.T. 670	362
Newfoundland and Labrador Nurses' Union v. Newfoundland and Labrador (Treasury Board)	2011 SCC 62, [2011] 3 S.C.R. 708	13, 367, 668
Nurun inc. v. Deschênes	2004 CanLII 27918	531
O		
Olymel, s.e.c. v. Syndicat des travailleurs d'Olympia (CSN)	2007 QCCA 865 (CanLII)	367
Ontario v. Criminal Lawyers' Association of Ontario	2013 SCC 43, [2013] 3 S.C.R. 3	193
Ontario (Attorney General) v. Fraser	2011 SCC 20, [2011] 2 S.C.R. 3	362
Ontario Human Rights Commission v. Simpsons-Sears Ltd.	[1985] 2 S.C.R. 536	119
Ontario (Minister of Northern Development and Mines) v. Informa- tion and Privacy Commissioner	(2005), 203 O.A.C. 30	10
Ontario (Minister of Transportation) v. Cropley	(2005), 202 O.A.C. 379	10
Ontario (Public Safety and Security) v. Criminal Lawyers' Associa- tion	2010 SCC 23, [2010] 1 S.C.R. 815	19
OPSEU v. Ontario (Attorney General)	[1987] 2 S.C.R. 2	23
Osborne v. Canada (Treasury Board)	[1991] 2 S.C.R. 69	23
Oznaga v. Société d'exploitation des loteries et courses du Québec	[1981] 2 S.C.R. 113	486
P		
Pacifica Mortgage Investment Corp. v. Laus Holdings Ltd.	2013 BCCA 95, 333 B.C.A.C. 310	685
Pakenham v. Union des vendeurs d'automobiles et employés auxi- liaires, section locale 1974, UFCW	[1983] T.T. 189	349, 383
Palmer v. The Queen	[1980] 1 S.C.R. 759	436
Pannu v. Prestige Cab Ltd.	(1986), 73 A.R. 166	122
Parry Sound (District) Social Services Administration Board v. O.P.S.E.U., Local 324	2003 SCC 42, [2003] 2 S.C.R. 157	366
Pednault v. Compagnie Wal-Mart du Canada	2005 CanLII 41037	336
Pednault v. Compagnie Wal-Mart du Canada	2006 QCCA 666, [2006] R.J.Q. 1266	374
Performance Industries Ltd. v. Sylvan Lake Golf & Tennis Club Ltd.	2002 SCC 19, [2002] 1 S.C.R. 678	710
Placer Dome Canada Ltd. v. Ontario (Minister of Finance)	2006 SCC 20, [2006] 1 S.C.R. 715	154
Plastalène Corp. v. Syndicat des salariés de Plastalène (C.S.D.)	[1990] AZ-90141158	347
Plourde v. Compagnie Wal-Mart du Canada	2006 QCCRT 207 (CanLII)	337
Plourde v. Wal-Mart Canada Corp.	2009 SCC 54, [2009] 3 S.C.R. 465	337, 373
Pointe-Claire (City) v. Quebec (Labour Court)	[1997] 1 S.C.R. 1015	122
Prenn v. Simmonds	[1971] 3 All E.R. 237	656
Public Mobile Inc. v. Canada (Attorney General)	2011 FCA 194, [2011] 3 F.C.R. 344	151
Public Service Alliance of Canada v. Hamlet of Kugaaruk	2010 CIRB 554 (CanLII)	356

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
Q		
QK Investments Inc. v. Crocus Investment Fund	2008 MBCA 21, 290 D.L.R. (4th) 84	656
Quan v. Cusson	2009 SCC 62, [2009] 3 S.C.R. 712	665, 703
Quebec (Attorney General) v. Canadian Owners and Pilots Association	2010 SCC 39, [2010] 2 S.C.R. 536	310, 761
Quick Auto Lease Inc. v. Nordin	2014 MBCA 32, 303 Man. R. (2d) 262	666
R		
R. v. A.M.	2008 SCC 19, [2008] 1 S.C.R. 569	228
R. v. Abbey	2009 ONCA 624, 97 O.R. (3d) 330	584
R. v. Ahmad	2009 CanLII 84776	91
R. v. Ahmad	2011 SCC 6, [2011] 1 S.C.R. 110	62
R. v. Angelillo	2006 SCC 55, [2006] 2 S.C.R. 728	437
R. v. Armistead	2003 BCCA 699, 192 B.C.A.C. 227	442
R. v. Auclair	2014 SCC 6, [2014] 1 S.C.R. 83	195
R. v. B.J.M.	2007 ONCA 221 (CanLII)	439
R. v. Babos	2014 SCC 16, [2014] 1 S.C.R. 309	82, 569, 630
R. v. Badger	[1996] 1 S.C.R. 771	470
R. v. Bartle	[1994] 3 S.C.R. 173	505
R. v. Basi	2009 SCC 52, [2009] 3 S.C.R. 389	87
R. v. Bates	2009 ABQB 379, 468 A.R. 158	572
R. v. Beare	[1988] 2 S.C.R. 387	183
R. v. Beaudry	2007 SCC 5, [2007] 1 S.C.R. 190	193
R. v. Bellusci	2012 SCC 44, [2012] 2 S.C.R. 509	674
R. v. Bero	(2000), 137 O.A.C. 336	79
R. v. Bjelland	2009 SCC 38, [2009] 2 S.C.R. 651	78, 675
R. v. Blackman	2008 SCC 37, [2008] 2 S.C.R. 298	584
R. v. Bonisteel	2008 BCCA 344, 259 B.C.A.C. 114	587, 618
R. v. Briscoe	2010 SCC 13, [2010] 1 S.C.R. 411	252
R. v. Brydges	[1990] 1 S.C.R. 190	506
R. v. Buhay	2003 SCC 30, [2003] 1 S.C.R. 631	404
R. v. Chaplin	[1995] 1 S.C.R. 727	81
R. v. Cole	2012 SCC 53, [2012] 3 S.C.R. 34	225
R. v. Collins	[1987] 1 S.C.R. 265	245
R. v. Cook	[1997] 1 S.C.R. 1113	185
R. v. Copeland	1999 BCCA 744, 131 B.C.A.C. 264	572
R. v. Côté	2011 SCC 46, [2011] 3 S.C.R. 215	718
R. v. Creek	1998 CanLII 3209	573
R. v. Cunningham	2010 SCC 10, [2010] 1 S.C.R. 331	193
R. v. Currie	[1997] 2 S.C.R. 260	435
R. v. D.B.	2008 SCC 25, [2008] 2 S.C.R. 3	178
R. v. Daoust	2004 SCC 6, [2004] 1 S.C.R. 217	411
R. v. Debot	[1989] 2 S.C.R. 1140	92
R. v. Dinh	2001 ABPC 48, 42 C.R. (5th) 318	404
R. v. Duarte	[1990] 1 S.C.R. 30	232
R. v. Dymont	[1988] 2 S.C.R. 417	223, 404

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
R. v. E.M.W.	2011 SCC 31, [2011] 2 S.C.R. 542	708
R. v. Edwards	[1996] 1 S.C.R. 128	404
R. v. Esau	[1997] 2 S.C.R. 777	400
R. v. Evans	[1991] 1 S.C.R. 869	506
R. v. Evans	[1993] 3 S.C.R. 653	573
R. v. Ewanchuk	[1999] 1 S.C.R. 330	400
R. v. Faid	(1984), 52 A.R. 338	438
R. v. Fedossenکو	2013 ABCA 164 (CanLII)	666
R. v. Ferguson	(2005), 207 O.A.C. 380	439
R. v. Fiddler	2012 ONSC 2539, 258 C.R.R. (2d) 193	410
R. v. Fliss	2002 SCC 16, [2002] 1 S.C.R. 535	589
R. v. Garofoli	[1990] 2 S.C.R. 1421	92
R. v. Gill	2012 ONCA 607, 112 O.R. (3d) 423	187
R. v. Gladstone	[1996] 2 S.C.R. 723	273
R. v. Gladue	[1999] 1 S.C.R. 688	178
R. v. Gomboc	2010 SCC 55, [2010] 3 S.C.R. 211	225
R. v. Grandinetti	2005 SCC 5, [2005] 1 S.C.R. 27	573, 609
R. v. Grant	2009 SCC 32, [2009] 2 S.C.R. 353	249, 511, 631, 699
R. v. Graveline	2006 SCC 16, [2006] 1 S.C.R. 609	253
R. v. Halliday	2012 ONCA 351 (CanLII)	438
R. v. Hamilton	(2004), 72 O.R. (3d) 1	437
R. v. Handy	2002 SCC 56, [2002] 2 S.C.R. 908	576
R. v. Harrer	[1995] 3 S.C.R. 562	581, 614
R. v. Hathway	2007 SKQB 48, 292 Sask. R. 7	571
R. v. Hebert	[1990] 2 S.C.R. 151	573, 609
R. v. Henry	2002 BCCA 575, 174 B.C.A.C. 238	442
R. v. Hodgson	[1998] 2 S.C.R. 449	578, 609
R. v. Horseman	[1990] 1 S.C.R. 901	463
R. v. Hubley	2009 PECA 21, 289 Nfld. & P.E.I.R. 174 ...	666
R. v. Humaid	(2006), 81 O.R. (3d) 456	584
R. v. Imperial Tobacco Canada Ltd.	2011 SCC 42, [2011] 3 S.C.R. 45	485
R. v. Ipeelee	2012 SCC 13, [2012] 1 S.C.R. 433	178
R. v. J.G.B.	(2001), 139 O.A.C. 341	79
R. v. J.M.H.	2011 SCC 45, [2011] 3 S.C.R. 197	718
R. v. Jimmie	2009 BCCA 215, 270 B.C.A.C. 301	438
R. v. Johnson	2003 SCC 46, [2003] 2 S.C.R. 357	430
R. v. Jolivet	2000 SCC 29, [2000] 1 S.C.R. 751	191
R. v. Jones	[1994] 2 S.C.R. 229	593, 609
R. v. Kang-Brown	2008 SCC 18, [2008] 1 S.C.R. 456	228
R. v. Khelawon	2006 SCC 57, [2006] 2 S.C.R. 787	70, 585, 618
R. v. Kociuk	2011 MBCA 85, 270 Man. R. (2d) 170	715
R. v. L. (D.O.)	[1993] 4 S.C.R. 419	70
R. v. La	[1997] 2 S.C.R. 680	77
R. v. Leipert	[1997] 1 S.C.R. 281	86
R. v. Lévesque	2000 SCC 47, [2000] 2 S.C.R. 487	436
R. v. Luong	2000 ABCA 301, 271 A.R. 368	506

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
R. v. M. (C.A.)	[1996] 1 S.C.R. 500	435
R. v. Mack	[1988] 2 S.C.R. 903	589, 621
R. v. Manninen	[1987] 1 S.C.R. 1233	499, 717
R. v. Marshall	[1999] 3 S.C.R. 533	312
R. v. Marshall	2003 NSCA 105, 218 N.S.R. (2d) 78	280
R. v. Marshall	2005 SCC 43, [2005] 2 S.C.R. 220	282
R. v. Martin	2012 QCCA 2223 (CanLII)	438
R. v. Mason	(2001), 147 O.A.C. 388	442
R. v. McAdam	(2008), 172 C.R.R. (2d) 27	410
R. v. McDonnell	[1997] 1 S.C.R. 948	435
R. v. McIntyre	1993 CanLII 1488	583
R. v. McIntyre	(1993), 135 N.B.R. (2d) 266	608
R. v. McIntyre	[1994] 2 S.C.R. 480	573, 608
R. v. McNeice	2010 BCSC 1544 (CanLII)	247
R. v. McNeil	2009 SCC 3, [2009] 1 S.C.R. 66	397
R. v. Mills	[1999] 3 S.C.R. 668	399
R. v. Mohan	[1994] 2 S.C.R. 9	583
R. v. Morelli	2010 SCC 8, [2010] 1 S.C.R. 253	237
R. v. Morgentaler	[1993] 3 S.C.R. 463	154
R. v. Morris	2006 SCC 59, [2006] 2 S.C.R. 915	311
R. v. N.A.S.	2007 MBCA 97, 220 Man. R. (2d) 43	438
R. v. National Post	2010 SCC 16, [2010] 1 S.C.R. 477	74
R. v. Nixon	2011 SCC 34, [2011] 2 S.C.R. 566	188
R. v. O'Connor	[1995] 4 S.C.R. 411	82, 191, 398, 630
R. v. Oickle	2000 SCC 38, [2000] 2 S.C.R. 3	574, 609
R. v. Osmar	2007 ONCA 50, 84 O.R. (3d) 321	573, 618
R. v. Osolin	[1993] 4 S.C.R. 595	400
R. v. P. (M.B.)	[1994] 1 S.C.R. 555	610
R. v. Patrick	2009 SCC 17, [2009] 1 S.C.R. 579	225, 404
R. v. Phillips	2003 ABCA 4, 320 A.R. 172	708
R. v. Plant	[1993] 3 S.C.R. 281	223
R. v. Power	[1994] 1 S.C.R. 601	184
R. v. Prosper	[1994] 3 S.C.R. 236	507
R. v. Québec (Société des alcools)	1998 CanLII 13129	485
R. v. Regan	2002 SCC 12, [2002] 1 S.C.R. 297	675
R. v. Riley	(1996), 150 N.S.R. (2d) 390	438
R. v. Ross	[1989] 1 S.C.R. 3	507
R. v. S. (R.J.)	[1995] 1 S.C.R. 451	593, 616
R. v. S.G.T.	2010 SCC 20, [2010] 1 S.C.R. 688	194
R. v. Sheppard	2002 SCC 26, [2002] 1 S.C.R. 869	706
R. v. Shropshire	[1995] 4 S.C.R. 227	435
R. v. Sinclair	2010 SCC 35, [2010] 2 S.C.R. 310	505
R. v. Singh	2013 ONCA 750, 118 O.R. (3d) 253	590
R. v. Smith	(2005), 376 A.R. 389	437
R. v. Sparrow	[1990] 1 S.C.R. 1075	272, 470
R. v. Spencer	2014 SCC 43, [2014] 2 S.C.R. 212	511
R. v. Stinchcombe	[1991] 3 S.C.R. 326	396
R. v. Stinchcombe	[1995] 1 S.C.R. 754	81

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
R. v. Strachan	[1988] 2 S.C.R. 980	717
R. v. Suberu	2009 SCC 33, [2009] 2 S.C.R. 460	505
R. v. Sussex Justices, Ex parte McCarthy	[1924] 1 K.B. 256	706
R. v. T. (V.)	[1992] 1 S.C.R. 749	185
R. v. T.L.	2008 ONCA 766 (CanLII)	442
R. v. Taubler	(1987), 20 O.A.C. 64	708
R. v. Tessling	2004 SCC 67, [2004] 3 S.C.R. 432	223, 404
R. v. Therens	[1985] 1 S.C.R. 613	631
R. v. Todd	(1901), 4 C.C.C. 514	570
R. v. Trapp	2011 SKCA 143, 377 Sask. R. 246	227
R. v. Van der Peet	[1996] 2 S.C.R. 507	278
R. v. Vu	2013 SCC 60, [2013] 3 S.C.R. 657	237
R. v. W. (G.)	[1999] 3 S.C.R. 597	703
R. v. Ward	2012 ONCA 660, 112 O.R. (3d) 321	221
R. v. White	[1999] 2 S.C.R. 417	567, 609
R. v. Will	2013 SKCA 4, 405 Sask. R. 270	667
R. v. Williamson	2003 BCCA 673, 191 B.C.A.C. 208	439
R. v. Wise	[1992] 1 S.C.R. 527	233
R. v. Y. (N.)	2012 ONCA 745, 113 O.R. (3d) 347	74, 87
R. v. Youvarajah	2013 SCC 41, [2013] 2 S.C.R. 720	618
Racine v. Harvey	2005 QCCA 879 (CanLII)	486
Re B.C. Motor Vehicle Act	[1985] 2 S.C.R. 486	610
Re Davies and Council of the Institute of Chartered Accountants of Saskatchewan	(1985), 19 D.L.R. (4th) 447	126
Re Thorne and New Brunswick Workmen's Compensation Board....	(1962), 33 D.L.R. (2d) 167	128
Reardon Smith Line Ltd. v. Hansen-Tangen	[1976] 3 All E.R. 570	656
Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)	[1987] 1 S.C.R. 313	350
Regroupement des CHSLD Christ-Roi (Centre hospitalier, soins longue durée) v. Comité provincial des malades	2007 QCCA 1068, [2007] R.J.Q. 1753	745
Rice v. National Parole Board	(1985), 16 Admin. L.R. 157	86
Richard v. Time Inc.	2012 SCC 8, [2012] 1 S.C.R. 265	757
Rio Tinto Alcan Inc. v. Carrier Sekani Tribal Council	2010 SCC 43, [2010] 2 S.C.R. 650	298
Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)	[1998] 1 S.C.R. 27	13, 154
Rochweg v. Truster	(2002), 58 O.R. (3d) 687	132
Rothman v. The Queen	[1981] 1 S.C.R. 640	592, 615
Royal Oak Mines Inc. v. Canada (Labour Relations Board)	[1996] 1 S.C.R. 369	203
Ruby v. Canada (Solicitor General)	2002 SCC 75, [2002] 4 S.C.R. 3	59, 716
RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.	[1986] 2 S.C.R. 573	592
S		
S.E.D.A.C. Laboratoires inc. v. Turcotte	[1998] AZ-98029150	367
Saint-Eustache (Ville de) v. Régie intermunicipale Argenteuil Deux- Montagnes	2011 QCCA 227 (CanLII)	485
Scierie Béarn v. Syndicat des employés(es) de bureau Scierie Béarn	[1988] AZ-88141194	349
Secretary of State for the Home Department v. A.F. (No. 3)	[2009] UKHL 28, [2009] 3 All E.R. 643	63

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
Séminaire de la Très Sainte-Trinité v. Tremblay	[1991] R.J.Q. 428	348
Service aux marchands détaillants ltée (Household Finance) v. Option consommateurs	2006 QCCA 1319 (CanLII)	748, 795
Slaight Communications Inc. v. Davidson	[1989] 1 S.C.R. 1038	530
Smith v. Alliance Pipeline Ltd.	2011 SCC 7, [2011] 1 S.C.R. 160	156
Smith v. Jones	[1999] 1 S.C.R. 455	69
Smith v. The Queen	[1983] 1 S.C.R. 554	463
Sobey's inc. (N° 650) v. Syndicat des travailleurs et travailleuses de Sobey's de Baie-Comeau (CSN)	[1996] AZ-96141261	347
Sobey's inc., N° 650 v. Syndicat des travailleurs et travailleuses de Sobey's de Baie-Comeau	[1996] T.A. 721	357
Société des casinos du Québec inc. v. Syndicat des employé(e)s de la Société des casinos du Québec	[1996] AZ-96142008	347
Société du centre Pierre-Péladeau v. Alliance internationale des em- ployés de scène et de théâtre, du cinéma, métiers connexes et des artistes des États-Unis et du Canada (I.A.T.S.E.), section locale 56	2006 CanLII 32333	355
Solicitor General of Canada v. Royal Commission of Inquiry into the Confidentiality of Health Records in Ontario	[1981] 2 S.C.R. 494	88
Spar Aerospace Products Ltd. v. Spar Professional and Allied Tech- nical Employees Association	[1979] 1 C.L.R.B.R. 61	356
Sriskandarajah v. United States of America	2012 SCC 70, [2012] 3 S.C.R. 609	185
St. Anne Nackawic Pulp & Paper Co. v. Canadian Paper Workers Union, Local 219	[1986] 1 S.C.R. 704	366
St. Catherine's Milling and Lumber Co. v. The Queen	(1888), 14 App. Cas. 46	463
Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 1450 v. Journal de Québec, division de Groupe Québécois inc.	[1996] R.J.Q. 299	357
Syndicat canadien de la Fonction publique, Section locale 3666 v. Desnoyers	[1996] AZ-96029022	367
Syndicat catholique des employés de magasins de Québec Inc. v. Compagnie Paquet Ltée.	[1959] S.C.R. 206	348
Syndicat de la fonction publique du Québec v. Quebec (Attorney General)	2010 SCC 28, [2010] 2 S.C.R. 61	529
Syndicat des chargées et chargés de cours de l'U.Q.A.C. (CSN) v. Syndicat des professeures et professeurs de l'Université du Québec à Chicoutimi	2005 QCCRT 364 (CanLII)	368
Syndicat des employé-es de SPC Automation (CSN) v. SPC Auto- mation Inc.	[1994] T.A. 718	347, 382
Syndicat des employés de Daily Freight (CSN) v. Imbeau.....	[2003] R.J.Q. 452	367
Syndicat des employés de la Commission scolaire du Haut St-Maurice v. Rondeau	[1993] R.J.Q. 65	349
Syndicat des employés de Télémarketing Unimédia (CSN) v. UniMarketing inc.	[1997] T.A. 549	352
Syndicat des salarié-e-s de la Guilde des musiciens du Québec v. Guilde des musiciens du Québec	[1998] AZ-98141137	347
Syndicat des salariés des Industries Leclerc (CSD) v. Industries Leclerc inc.	[1996] T.A. 554	351

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
Syndicat des travailleurs et des travailleuses des épiciers unis Métro-Richelieu (C.S.N.) v. Lefebvre	1996 CanLII 5705	348
Syndicat des travailleuses et travailleurs du Centre d’approbation de Nordia — CSN v. Nordia Inc.	2012 CanLII 82540	356
T		
Tamil Co-operative Homes Inc. v. Arulappah	(2000), 49 O.R. (3d) 566	685
Tercon Contractors Ltd. v. British Columbia (Transportation and Highways)	2010 SCC 4, [2010] 1 S.C.R. 69	657
Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)	[1990] 1 S.C.R. 425	610
Thorner v. Major	[2009] UKHL 18, [2009] 3 All E.R. 945	656
Transforce inc. v. Baillargeon	2012 QCCA 1495, [2012] R.J.Q. 1626	541
Travailleurs et travailleuses de l’alimentation et du commerce, section locale 501 v. Wal-Mart Canada (St-Hyacinthe)	[2010] AZ-50688504	347
Travailleurs et travailleuses unis de l’alimentation et du com- merce, section locale 503 v. Compagnie Wal-Mart du Canada — Établissement de Jonquière	[2006] R.J.D.T. 1665	338
Travailleurs et travailleuses unis de l’alimentation et du commerce, section locale 503 v. Ménard	2007 QCCS 5704, [2008] R.J.D.T. 138	338
Travelways Ltd. v. Legendre	[1987] AZ-87149123	358
Tsilhqot’in Nation v. British Columbia	2014 SCC 44, [2014] 2 S.C.R. 256	470
U		
U.E.S., Local 298 v. Bibeault	[1988] 2 S.C.R. 1048	384
U.F.C.W., Local 1518 v. KMart Canada Ltd.	[1999] 2 S.C.R. 1083	350
Union des employé-e-s de service, local 800 v. 2162-5199 Québec Inc.	[1994] T.A. 16	349
Union des employés de commerce, local 500 v. Provost inc.	[1981] S.A.G. 732	349
Union des routiers, brasseries, liqueurs douces & ouvriers de di- verses industries (Teamsters, Local 1999) v. Quality Goods I.M.D. Inc.	[1990] AZ-90141179	347, 378
United Brotherhood of Carpenters and Joiners of America, Local 579 v. Bradco Construction Ltd.	[1993] 2 S.C.R. 316	662
United States of America v. Dynar	[1997] 2 S.C.R. 462	767
United States of America v. Leonard	2012 ONCA 622, 112 O.R. (3d) 496	180
Université McGill v. Munaca	[2003] AZ-50193382	357
University of British Columbia v. Berg	[1993] 2 S.C.R. 353	121
V		
Vancouver Sun (Re)	2004 SCC 43, [2004] 2 S.C.R. 332	53
Ville de Hampstead v. Jardins Tuileries Ltée	[1992] R.D.J. 163	485
Vivendi Canada Inc. v. Dell’Aniello	2014 SCC 1, [2014] 1 S.C.R. 3	751

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
W		
Wallace v. United Grain Growers Ltd.	[1997] 3 S.C.R. 701	530
WCI Waste Conversion Inc. v. ADI International Inc.	2011 PECA 14, 309 Nfld. & P.E.I.R. 1	656
Westbank First Nation v. British Columbia Hydro and Power Authority	[1999] 3 S.C.R. 134	482
Western Australia v. Ward	(2002), 213 C.L.R. 1	277
Westmount (City) v. Rossy	2012 SCC 30, [2012] 2 S.C.R. 136	486
Wilson v. National Parole Board	(1985), 10 Admin. L.R. 171	86
Winnipeg School Division No. 1 v. Craton	[1985] 2 S.C.R. 150	119
Woolco (No. 6291) v. Syndicat national des employés de magasins de Chicoutimi (CSN)	[1983] AZ-83141325	352
Y		
York Condominium Corp.	[1977] OLRB Rep. 645	123
Yu v. Shell Canada Ltd.	2004 BCHRT 28, 49 C.H.R.R. D/56	122
Z		
Zurich Insurance Co. v. Ontario (Human Rights Commission)	[1992] 2 S.C.R. 321	120

TABLE DE LA JURISPRUDENCE

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
620 Connaught Ltd. c. Canada (Procureur général)	2008 CSC 7, [2008] 1 R.C.S. 131	482
269893 Alberta Ltd. c. Otter Bay Developments Ltd.	2009 BCCA 37, 266 B.C.A.C. 98	656
3430901 Canada Inc. c. Canada (Ministre de l'Industrie)	2001 CAF 254, [2002] 1 C.F. 421	15
A		
A. c. Drapeau	2012 NBCA 73, 393 R.N.-B. (2 ^e) 76	86
A.I.E.S.T., local de scène n° 56 c. Société de la Place des Arts de Montréal	2004 CSC 2, [2004] 1 R.C.S. 43	337, 380
Aksich c. Canadian Pacific Railway	2006 QCCA 931, [2006] R.J.D.T. 997	531
Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teach- ers' Association	2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654	13, 156, 203, 678
Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Travailleurs et travailleuses unis de l'alimentation et du commerce, section locale 401	2013 CSC 62, [2013] 3 R.C.S. 733	224
Alberta Union of Provincial Employees c. Lethbridge Community College	2004 CSC 28, [2004] 1 R.C.S. 727	357
Alliance de la Fonction publique du Canada c. Hameau de Kugaaruk	2010 CCRI 554 (CanLII)	356
Almrei (Re)	2008 CF 1216, [2009] 3 R.C.F. 497	56
Almrei (Re)	2009 CF 322 (CanLII)	69
Almrei (Re)	2009 CF 1263, [2011] 1 R.C.F. 163	80
Association des juristes de l'État c. Commission des valeurs mobi- lières du Québec,	[2003] R.J.D.T. 579	346
Association des juristes de l'État c. Conseil du Trésor	1999 CanLII 5144	348, 383
Association des pompiers de Montréal inc. (APM) c. Montréal (Ville de)	2011 QCCA 631 (CanLII)	357
Association du personnel administratif et professionnel de l'Univer- sité Laval (APAPUL) c. Syndicat des employés de l'Université Laval (SCFP), section locale 2500	[1985] AZ-85142069	347
Association provinciale des constructeurs d'habitations du Québec inc. c. Société d'habitation et de développement de Montréal	2011 QCCA 1033 (CanLII)	485
Atwater Badminton and Squash Club Inc. c. Morgan	2014 QCCA 998 (CanLII)	531
Automobiles Canbec inc. c. Hamelin	1998 CanLII 12602	348, 378
B		
Backman c. Canada	2001 CSC 10, [2001] 1 R.C.S. 367	126
Bank Mellat c. H. M. Treasury	[2013] UKSC 38, [2013] 4 All E.R. 495	53
Banque Amex du Canada c. Adams	2014 CSC 56, [2014] 2 R.C.S. 787	733, 809

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta	2007 CSC 22, [2007] 2 R.C.S. 3	316, 685, 760
Banque de Montréal c. Hall	[1990] 1 R.C.S. 121	768
Banque de Montréal c. Marcotte	2014 CSC 55, [2014] 2 R.C.S. 725	791, 809
Banque nationale de Grèce (Canada) c. Katsikonouris	[1990] 2 R.C.S. 1029	121
Bell Canada c. The Plan Group	2009 ONCA 548, 96 O.R. (3d) 81	656
Bisaillon c. Keable	[1983] 2 R.C.S. 60	86
Bizeau c. Aéroport de Québec Inc.	2004 CCRI 261 (CanLII)	356
Blanchard c. Control Data Canada Ltée	[1984] 2 R.C.S. 476	366
Blue Line Hockey Acquisition Co. c. Orca Bay Hockey Ltd. Partnership	2008 BCSC 27, 40 B.L.R. (4th) 83	126
Bohémier c. Barreau du Québec	2012 QCCA 308 (CanLII)	485
Bouchard c. Agropur Coopérative	2006 QCCA 1342, [2006] R.J.Q. 2349	745
Boutin c. Wal-Mart Canada inc.	2005 QCCRT 225 (CanLII)	336, 374
Boutin c. Wal-Mart Canada inc.	2005 QCCRT 269 (CanLII)	336, 374
Bowers c. Ophthalmology Group, LLP	2012 U.S. Dist. LEXIS 118761	127
Boyd c. Attorney-General for British Columbia	(1917), 54 R.C.S. 532	126
British Columbia Institute of Technology (Student Assn.) c. British Columbia Institute of Technology	2000 BCCA 496, 192 D.L.R. (4th) 122	654
British Columbia Securities Commission c. Branch	[1995] 2 R.C.S. 3	593
Brouillard c. La Reine	[1985] 1 R.C.S. 39	706
Brownridge c. La Reine	[1972] R.C.S. 926	507
C		
Cadieux c. Directeur de l'établissement Mountain	[1985] 1 C.F. 378	86
Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique	[1973] R.C.S. 313	271
Cameron c. Julien	(1957), 9 D.L.R. (2d) 460	132
Canada c. Costco Wholesale Canada Ltd.	2012 CAF 160 (CanLII)	656
Canada c. Craig	2012 CSC 43, [2012] 2 R.C.S. 489	379
Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Harkat	2014 CSC 37, [2014] 2 R.C.S. 33	716
Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa.....	2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339	211
Canada (Commissaire à la protection de la vie privée) c. Blood Tribe Department of Health	2008 CSC 44, [2008] 2 R.C.S. 574	93
Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)	2011 CSC 53, [2011] 3 R.C.S. 471	13, 154
Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.	[1997] 1 R.C.S. 748	657
Canada (Procureur général) c. Almalki	2010 CF 1106, [2012] 2 R.C.F. 508	65
Canada (Procureur général) c. Almalki	2011 CAF 199, [2012] 2 R.C.F. 594	74
Canada (Procureur général) c. Bedford	2013 CSC 72, [2013] 3 R.C.S. 1101	362, 487
Canada (Procureur général) c. Hislop	2007 CSC 10, [2007] 1 R.C.S. 429	816
Canada (Procureur général) c. Imperial Tobacco Ltd.	2012 QCCA 2034, [2012] R.J.Q. 2046	487
Canada (Procureur général) c. PHS Community Services Society	2011 CSC 44, [2011] 3 R.C.S. 134	317
Canada (Procureur général) c. Rosin	[1991] 1 C.F. 391	122
Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (Procureur général)	2004 CSC 4, [2004] 1 R.C.S. 76	182
Canadien Pacifique Ltée c. Canada (Commission des droits de la personne)	[1991] 1 C.F. 571	122
Catalyst Paper Corp. c. North Cowichan (District)	2012 CSC 2, [2012] 1 R.C.S. 5	156

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
Central Intelligence Agency c. Sims	471 U.S. 159 (1985)	88
Centre de la petite enfance Casse-Noisette inc. c. Syndicat des travailleuses(eurs) en garderie de Montréal — CSN	[2000] R.J.D.T. 1859	348
Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)	2007 CSC 9, [2007] 1 R.C.S. 350	47
Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)	2008 CSC 38, [2008] 2 R.C.S. 326	73, 90
ChemAction inc. c. Clermont	2008 QCCQ 7353 (CanLII)	520
Cheung c. Borsellino	2005 QCCA 865 (CanLII)	485
Cinar Corporation c. Robinson	2013 CSC 73, [2013] 3 R.C.S. 1168	774
City Buick Pontiac (Montréal) Inc. c. Roy	[1981] T.T. 22	364, 380
Clackamas Gastroenterology Associates, P. C. c. Wells	538 U.S. 440 (2003)	124
Club coopératif de consommation d'Amos c. Union des employés de commerce, section locale 508	[1985] AZ-85141201	346
Coal Harbour Properties Partnership c. Liu	2004 BCCA 283, 48 B.L.R. (3d) 237	126
Colombie-Britannique (Procureur général) c. Canada (Procureur général)	[1994] 2 R.C.S. 41	152
Colombie-Britannique (Workers' Compensation Board) c. Figliola ...	2011 CSC 52, [2011] 3 R.C.S. 422	119
Commission des normes du travail c. 9063-1003 Québec inc.	2009 QCCQ 2969 (CanLII)	527
Commission des normes du travail c. Centre de décoration des sols inc.	2009 QCCQ 2587 (CanLII)	530
Commission des normes du travail c. Commission scolaire de Laval	2003 CanLII 42505	530
Commission des normes du travail c. Compogest inc.	2003 CanLII 39374	527
Commission des normes du travail c. Quesnel	[1999] J.Q. n° 6966 (QL)	539
Commission des normes du travail c. S2I inc.	[2005] R.J.D.T. 200	527
Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears Ltd.	[1985] 2 R.C.S. 536	119
Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)	[1987] 1 R.C.S. 1114	119
Confédération des syndicats nationaux c. Canada (Procureur général)	2008 CSC 68, [2008] 3 R.C.S. 511	481
Conseil canadien des œuvres de charité chrétiennes c. Canada (Ministre des Finances)	[1999] 4 C.F. 245	22
Conseil conjoint du Québec, Syndicat du vêtement, du textile et autres industries, local 2625 c. Société en commandite Greb International (Division Kodiak)	[1999] AZ-99141036	383
Conseil des Canadiens avec déficiences c. VIA Rail Canada Inc.	2007 CSC 15, [2007] 1 R.C.S. 650	119
Consolidated-Bathurst Inc. c. Syndicat national des travailleurs des pâtes et papiers de Port-Alfred	[1987] R.J.Q. 520	367
Coopérative étudiante Laval c. Syndicat des travailleurs(euses) de la coopérative étudiante Laval	[1984] AZ-84141225	346
Crane c. British Columbia (Ministry of Health Services) (No. 1).....	2005 BCHRT 361, 53 C.H.R.R. D/156	118
D		
Dagg c. Canada (Ministre des Finances)	[1997] 2 R.C.S. 403	230
Dayco (Canada) Ltd. c. TCA-Canada	[1993] 2 R.C.S. 230	366
Delgamuukw c. Colombie-Britannique	[1997] 3 R.C.S. 1010	272, 470
Delisle c. Canada (Sous-procureur général)	[1999] 2 R.C.S. 989	350
Demande fondée sur l'art. 83.28 du Code criminel (Re)	2004 CSC 42, [2004] 2 R.C.S. 248	192

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
Desbiens c. Compagnie Wal-Mart du Canada	2009 CSC 55, [2009] 3 R.C.S. 540	337, 373
Dominion of Canada c. Province of Ontario.....	[1910] A.C. 637	463
Domtar Inc. c. Belkin Inc.	(1989), 39 B.C.L.R. (2d) 257	665
Dow Chemical Canada Inc. c. Shell Chemicals Canada Ltd.	2010 ABCA 126, 25 Alta. L.R. (5th) 221 ...	656
Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick	2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190	13, 155, 367, 677
E		
Eli Lilly & Co. c. Novopharm Ltd.	[1998] 2 R.C.S. 129	662
Ellis c. Joseph Ellis & Co.	[1905] 1 K.B. 324	128
Enns c. Hansey	2013 MBCA 23 (CanLII)	666
Entreprises Pelletier & Garon (Toitures inc.) c. Agropur Coopéra- tive	2010 QCCA 244, [2010] R.D.I. 24	485
Equal Employment Opportunity Commission c. Sidley Austin Brown & Wood	315 F.3d 696 (2002)	127
Escher c. Brazil	(2009), Inter-Am. Ct. H.R. (Ser. C) No. 200... 408	408
États-Unis d'Amérique c. Dynar	[1997] 2 R.C.S. 462	767
Euro-Excellence Inc. c. Kraft Canada Inc.	2007 CSC 37, [2007] 3 R.C.S. 20	208
F		
Fraternité des policiers et policières de Carignan c. Ville de Carignan	[2000] AZ-00142040	351
Fraternité unie des charpentiers et menuisiers d'Amérique, section locale 579 c. Bradco Construction Ltd.	[1993] 2 R.C.S. 316	662
G		
Garcia Transport Ltée c. Cie Trust Royal	[1992] 2 R.C.S. 499	537
General Motors du Canada ltée c. Billette	2009 QCCA 2476, [2010] R.J.Q. 66	749
Gillet c. Arthur	[2005] R.J.Q. 42	486
Glaswegian Enterprises Inc. c. B.C. Tel Mobility Cellular Inc.	(1997), 101 B.C.A.C. 62	661
Gravel & Fils Inc. c. Syndicat d'entreprises funéraires	[1984] T.A. 87	352
Green c. Harnum	2007 NLCA 57, 269 Nfld. & P.E.I.R. 97	126
Greenlaw c. United States	554 U.S. 237 (2008)	706
Groupe d'assurance Hartford/Monitor Insurance Group c. Plomberie P.M. Inc.	[1984] R.D.J. 17	484
Groupe Jeunesse Inc. c. Loto-Québec	2004 CanLII 9766	484
Guerin c. La Reine	[1984] 2 R.C.S. 335	271
Gutierrez c. Tropic International Ltd.	(2002), 63 O.R. (3d) 63	663
H		
Hayes Forest Services Ltd. c. Weyerhaeuser Co.	2008 BCCA 31, 289 D.L.R. (4th) 230	656
Hitchcock c. Sykes	(1914), 49 R.C.S. 403	132
Homex Realty and Development Co. c. Corporation of the Village of Wyoming	[1980] 2 R.C.S. 1011	675
Hôpital St-Charles de Joliette c. Syndicat des employés d'hôpitaux de Joliette inc.	[1973] R.D.T. 129	357

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
Housen c. Nikolaisen	2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235	83, 657, 707
Hunter c. Southam Inc.	[1984] 2 R.C.S. 145	223
I		
IBM Canada ltée c. D.C.	2014 QCCA 1320 (CanLII)	531
Immeubles Port Louis Ltée c. Lafontaine (Village)	[1991] 1 R.C.S. 326	672
Imperial Tobacco Canada ltée c. Conseil québécois sur le tabac et la santé	2007 QCCA 694 (CanLII)	749
Infineon Technologies AG c. Option consommateurs	2013 CSC 59, [2013] 3 R.C.S. 600	751
International Paper Co. c. Valeurs Trimont Ltée	[1989] R.J.Q. 1187	802
International Woodworkers of America c. Atway Transport Inc.	[1989] OLRB Rep. 540	122
Investors Compensation Scheme Ltd. c. West Bromwich Building Society	[1998] 1 All E.R. 98	658
Isidore Garon ltée c. Tremblay	2006 CSC 2, [2006] 1 R.C.S. 27	350, 537
Ivanhoe inc. c. TUAC, section locale 500	2001 CSC 47, [2001] 2 R.C.S. 565	366
J		
Jaballah (Re)	2009 CF 279 (CanLII)	65
Jesuit Fathers of Upper Canada c. Cie d'assurance Guardian du Canada	2006 CSC 21, [2006] 1 R.C.S. 744	657
Jiro Enterprises Ltd. c. Spencer	2008 ABCA 87 (CanLII)	656
Jones c. National Coal Board	[1957] 2 All E.R. 155	706
K		
Katz Group Canada Inc. c. Ontario (Santé et Soins de longue durée)	2013 CSC 64, [2013] 3 R.C.S. 810	155
Khadr c. Canada (Procureur général)	2008 CF 549 (CanLII)	65
King c. Operating Engineers Training Institute of Manitoba Inc.	2011 MBCA 80, 270 Man. R. (2d) 63	656
Kirleis c. Dickie, McCamey & Chilcote, P.C.	2009 U.S. Dist. LEXIS 100326	127
Kourtessis c. M.R.N.	[1993] 2 R.C.S. 53	709
Krieger c. Law Society of Alberta	2002 CSC 65, [2002] 3 R.C.S. 372	185
L		
La Reine c. Harricana Metal Inc.	[1970] T.T. 97	345
Largie c. TCBA Watson Rice, LLP	2013 U.S. Dist. LEXIS 117688	127
Law Society of British Columbia c. Mangat	2001 CSC 67, [2001] 3 R.C.S. 113	764
M		
MacKinnon c. National Money Mart Co.	2004 BCCA 472, 33 B.C.L.R. (4th) 21	746
Mans c. British Columbia Council of Licensed Practical Nurses	(1990), 14 C.H.R.R. D/221	122
Marcotte c. Fédération des caisses Desjardins du Québec	2014 CSC 57, [2014] 2 R.C.S. 805	733, 791
Marcotte c. Longueuil (Ville)	2009 CSC 43, [2009] 3 R.C.S. 65	752
Marine Services International Ltd. c. Ryan (Succession).....	2013 CSC 44, [2013] 3 R.C.S. 53	317
Martin c. Compagnie d'assurances du Canada sur la vie	[1987] R.J.Q. 514	529

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
McInerney c. MacDonald	[1992] 2 R.C.S. 138	232
Metropol-Basefort Security Group Ltd.	(1990), 79 di 139	356
Miazga c. Kvello (Succession)	2009 CSC 51, [2009] 3 R.C.S. 339	185
Mines Alerte Canada c. Canada (Pêches et Océans)	2010 CSC 2, [2010] 1 R.C.S. 6	672
Mont-Laurier (Ville de) c. Syndicat des professionnels et professionnelles de la Ville de Mont-Laurier (CSN)	1995 CanLII 1874	356, 382
Moore c. Colombie-Britannique (Éducation)	2012 CSC 61, [2012] 3 R.C.S. 360	119
Moore Realty Inc. c. Manitoba Motor League	2003 MBCA 71, 173 Man. R. (2d) 300	658
Morier c. Rivard	[1985] 2 R.C.S. 716	485
Multiple Access Ltd. c. McCutcheon	[1982] 2 R.C.S. 161	768
N		
Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)	2004 CSC 73, [2004] 3 R.C.S. 511	273, 463
Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique	2014 CSC 44, [2014] 2 R.C.S. 256	471
Natrel inc. c. Syndicat démocratique des distributeurs (CSD)	[2000] R.J.D.T. 670	362
Newfoundland and Labrador Nurses' Union c. Terre-Neuve-et-Labrador (Conseil du Trésor)	2011 CSC 62, [2011] 3 R.C.S. 708	13, 367, 668
Nurun inc. c. Deschênes	2004 CanLII 27918	531
O		
Olymel, s.e.c. c. Syndicat des travailleurs d'Olympia (CSN)	2007 QCCA 865 (CanLII)	367
Ontario c. Criminal Lawyers' Association of Ontario	2013 CSC 43, [2013] 3 R.C.S. 3	193
Ontario (Minister of Northern Development and Mines) c. Information and Privacy Commissioner	(2005), 203 O.A.C. 30	10
Ontario (Minister of Transportation) c. Cropley	(2005), 202 O.A.C. 379	10
Ontario (Procureur général) c. Fraser	2011 CSC 20, [2011] 2 R.C.S. 3	362
Ontario (Sûreté et Sécurité publique) c. Criminal Lawyers' Association	2010 CSC 23, [2010] 1 R.C.S. 815	19
Osborne c. Canada (Conseil du Trésor)	[1991] 2 R.C.S. 69	23
Oznaga c. Société d'exploitation des loteries et courses du Québec ...	[1981] 2 R.C.S. 113	486
P		
Pacifica Mortgage Investment Corp. c. Laus Holdings Ltd.	2013 BCCA 95, 333 B.C.A.C. 310	685
Pakenham c. Union des vendeurs d'automobiles et employés auxiliaires, section locale 1974, UFCW	[1983] T.T. 189	349, 383
Palmer c. La Reine	[1980] 1 R.C.S. 759	436
Pannu c. Prestige Cab Ltd.	(1986), 73 A.R. 166	122
Parry Sound (District), Conseil d'administration des services sociaux c. S.E.E.F.P.O., section locale 324	2003 CSC 42, [2003] 2 R.C.S. 157	367
Pednault c. Compagnie Wal-Mart du Canada	2005 CanLII 41037	336
Pednault c. Compagnie Wal-Mart du Canada	2006 QCCA 666, [2006] R.J.Q. 1266	374
Performance Industries Ltd. c. Sylvan Lake Golf & Tennis Club Ltd.	2002 CSC 19, [2002] 1 R.C.S. 678	710
Personne désignée c. Vancouver Sun	2007 CSC 43, [2007] 3 R.C.S. 253	87
Placer Dome Canada Ltd. c. Ontario (Ministre des Finances)	2006 CSC 20, [2006] 1 R.C.S. 715	154
Plastalène Corp. c. Syndicat des salariés de Plastalène (C.S.D.)	[1990] AZ-90141158	347
Plourde c. Compagnie Wal-Mart du Canada	2006 QCCRT 207 (CanLII)	337
Plourde c. Compagnie Wal-Mart du Canada	2009 CSC 54, [2009] 3 R.C.S. 465	337, 373

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
Pointe-Claire (Ville) c. Québec (Tribunal du travail).....	[1997] 1 R.C.S. 1015	122
Première nation crie Mikisew c. Canada (Ministre du Patrimoine cana- dien)	2005 CSC 69, [2005] 3 R.C.S. 388	464
Première nation de Westbank c. British Columbia Hydro and Power Authority	[1999] 3 R.C.S. 134	482
Prenn c. Simmonds	[1971] 3 All E.R. 237	656
Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada	[1980] 2 R.C.S. 735	151
Public Mobile Inc. c. Canada (Procureur général)	2011 CAF 194, [2011] 3 R.C.F. 344	151
Q		
QK Investments Inc. c. Crocus Investment Fund	2008 MBCA 21, 290 D.L.R. (4th) 84	656
Quan c. Cusson	2009 CSC 62, [2009] 3 R.C.S. 712	665, 703
Québec (Procureur général) c. Canadian Owners and Pilots Associa- tion	2010 CSC 39, [2010] 2 R.C.S. 536	311, 761
Quick Auto Lease Inc. c. Nordin	2014 MBCA 32, 303 Man. R. (2d) 262	666
R		
R. c. A.M.	2008 CSC 19, [2008] 1 R.C.S. 569	228
R. c. Abbey	2009 ONCA 624, 97 O.R. (3d) 330	584
R. c. Ahmad	2009 CanLII 84776	91
R. c. Ahmad	2011 CSC 6, [2011] 1 R.C.S. 110	62
R. c. Angelillo	2006 CSC 55, [2006] 2 R.C.S. 728	437
R. c. Armistead	2003 BCCA 699, 192 B.C.A.C. 227	442
R. c. Auclair	2014 CSC 6, [2014] 1 R.C.S. 83	195
R. c. B.J.M.	2007 ONCA 221 (CanLII)	439
R. c. Babos	2014 CSC 16, [2014] 1 R.C.S. 309	82, 589, 630
R. c. Badger	[1996] 1 R.C.S. 771	470
R. c. Bartle	[1994] 3 R.C.S. 173	505
R. c. Basi	2009 CSC 52, [2009] 3 R.C.S. 389	87
R. c. Bates	2009 ABQB 379, 468 A.R. 158	572
R. c. Beare	[1988] 2 R.C.S. 387	183
R. c. Beaudry	2007 CSC 5, [2007] 1 R.C.S. 190	193
R. c. Bellusci	2012 CSC 44, [2012] 2 R.C.S. 509	674
R. c. Bero	(2000), 137 O.A.C. 336	79
R. c. Bjelland	2009 CSC 38, [2009] 2 R.C.S. 651	78, 675
R. c. Blackman	2008 CSC 37, [2008] 2 R.C.S. 298	584
R. c. Bonisteel	2008 BCCA 344, 259 B.C.A.C. 114	587, 618
R. c. Briscoe	2010 CSC 13, [2010] 1 R.C.S. 411	252
R. c. Brydges	[1990] 1 R.C.S. 190	506
R. c. Buhay	2003 CSC 30, [2003] 1 R.C.S. 631	404
R. c. Chaplin	[1995] 1 R.C.S. 727	81
R. c. Cole	2012 CSC 53, [2012] 3 R.C.S. 34	225
R. c. Collins	[1987] 1 R.C.S. 265	245
R. c. Cook	[1997] 1 R.C.S. 1113	185
R. c. Copeland	1999 BCCA 744, 131 B.C.A.C. 264	572
R. c. Côté	2011 CSC 46, [2011] 3 R.C.S. 215	718
R. c. Creek	1998 CanLII 3209	573

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
R. c. Cunningham	2010 CSC 10, [2010] 1 R.C.S. 331	193
R. c. Currie	[1997] 2 R.C.S. 260	435
R. c. D.B.	2008 CSC 25, [2008] 2 R.C.S. 3	178
R. c. Daoust	2004 CSC 6, [2004] 1 R.C.S. 217	411
R. c. Debot	[1989] 2 R.C.S. 1140	92
R. c. Dinh	2001 ABPC 48, 42 C.R. (5th) 318	404
R. c. Duarte	[1990] 1 R.C.S. 30	232
R. c. Dymont	[1988] 2 R.C.S. 417	223, 404
R. c. E.M.W.	2011 CSC 31, [2011] 2 R.C.S. 542	708
R. c. Edwards	[1996] 1 R.C.S. 128	404
R. c. Esau	[1997] 2 R.C.S. 777	400
R. c. Evans	[1991] 1 R.C.S. 869	506
R. c. Evans	[1993] 3 R.C.S. 653	573
R. c. Ewanchuk	[1999] 1 R.C.S. 330	400
R. c. Faid	(1984), 52 A.R. 338	438
R. c. Fedossenکو	2013 ABCA 164 (CanLII)	666
R. c. Ferguson	(2005), 207 O.A.C. 380	439
R. c. Fiddler	2012 ONSC 2539, 258 C.R.R. (2d) 193	410
R. c. Fliss	2002 CSC 16, [2002] 1 R.C.S. 535	589
R. c. Garofoli	[1990] 2 R.C.S. 1421	92
R. c. Gill	2012 ONCA 607, 112 O.R. (3d) 423	187
R. c. Gladstone	[1996] 2 R.C.S. 723	273
R. c. Gladue	[1999] 1 R.C.S. 688	178
R. c. Gomboc	2010 CSC 55, [2010] 3 R.C.S. 211	225
R. c. Grandinetti	2005 CSC 5, [2005] 1 R.C.S. 27	573, 609
R. c. Grant	2009 CSC 32, [2009] 2 R.C.S. 353	249, 511, 631, 699
R. c. Graveline	2006 CSC 16, [2006] 1 R.C.S. 609	253
R. c. Halliday	2012 ONCA 351 (CanLII)	438
R. c. Hamilton	(2004), 72 O.R. (3d) 1	437
R. c. Handy	2002 CSC 56, [2002] 2 R.C.S. 908	576
R. c. Harrer	[1995] 3 R.C.S. 562	581, 614
R. c. Hathway	2007 SKQB 48, 292 Sask. R. 7	571
R. c. Hebert	[1990] 2 R.C.S. 151	573, 609
R. c. Henry	2002 BCCA 575, 174 B.C.A.C. 238	442
R. c. Hodgson	[1998] 2 R.C.S. 449	578, 609
R. c. Horseman	[1990] 1 R.C.S. 901	463
R. c. Hubley	2009 PECA 21, 289 Nfld. & P.E.I.R. 174	666
R. c. Humaid	(2006), 81 O.R. (3d) 456	584
R. c. Imperial Tobacco Canada Ltée	2011 CSC 42, [2011] 3 R.C.S. 45	485
R. c. Ipeelee	2012 CSC 13, [2012] 1 R.C.S. 433	178
R. c. J.G.B.	(2001), 139 O.A.C. 341	79
R. c. J.M.H.	2011 CSC 45, [2011] 3 R.C.S. 197	718
R. c. Jimmie	2009 BCCA 215, 270 B.C.A.C. 301	438
R. c. Johnson	2003 CSC 46, [2003] 2 R.C.S. 357	430
R. c. Jolivet	2000 CSC 29, [2000] 1 R.C.S. 751	191
R. c. Jones	[1994] 2 R.C.S. 229	593, 609
R. c. Kang-Brown	2008 CSC 18, [2008] 1 R.C.S. 456	228

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
R. c. Khelawon	2006 CSC 57, [2006] 2 R.C.S. 787	70, 585, 618
R. c. Kociuk	2011 MBCA 85, 270 Man. R. (2d) 170	715
R. c. L. (D.O.)	[1993] 4 R.C.S. 419	70
R. c. La	[1997] 2 R.C.S. 680	77
R. c. Leipert	[1997] 1 R.C.S. 281	87
R. c. Lévesque	2000 CSC 47, [2000] 2 R.C.S. 487	436
R. c. Luong	2000 ABCA 301, 271 A.R. 368	506
R. c. M. (C.A.)	[1996] 1 R.C.S. 500	435
R. c. Mack	[1988] 2 R.C.S. 903	589, 621
R. c. Manninen	[1987] 1 R.C.S. 1233	499, 717
R. c. Marshall	[1999] 3 R.C.S. 533	312
R. c. Marshall	2003 NSCA 105, 218 N.S.R. (2d) 78	280
R. c. Marshall	2005 CSC 43, [2005] 2 R.C.S. 220	282
R. c. Martin	2012 QCCA 2223 (CanLII)	438
R. c. Mason	(2001), 147 O.A.C. 388	442
R. c. McAdam	(2008), 172 C.R.R. (2d) 27	410
R. c. McDonnell	[1997] 1 R.C.S. 948	435
R. c. McIntyre	1993 CanLII 1488	583
R. c. McIntyre	(1993), 35 N.B.R. (2d) 266	608
R. c. McIntyre	[1994] 2 R.C.S. 480	573, 608
R. c. McNeice	2010 BCSC 1544 (CanLII)	247
R. c. McNeil	2009 CSC 3, [2009] 1 R.C.S. 66	397
R. c. Mills	[1999] 3 R.C.S. 668	399
R. c. Mohan	[1994] 2 R.C.S. 9	583
R. c. Morelli	2010 CSC 8, [2010] 1 R.C.S. 253	237
R. c. Morgentaler	[1993] 3 R.C.S. 463	154
R. c. Morris	2006 CSC 59, [2006] 2 R.C.S. 915	311
R. c. N.A.S.	2007 MBCA 97, 220 Man. R. (2d) 43	438
R. c. National Post	2010 CSC 16, [2010] 1 R.C.S. 477	74
R. c. Nixon	2011 CSC 34, [2011] 2 R.C.S. 566	188
R. c. O'Connor	[1995] 4 R.C.S. 411	82, 191, 398, 630
R. c. Oickle	2000 CSC 38, [2000] 2 R.C.S. 3	574, 609
R. c. Osmar	2007 ONCA 50, 84 O.R. (3d) 321	573, 618
R. c. Osolin	[1993] 4 R.C.S. 595	400
R. c. P. (M.B.)	[1994] 1 R.C.S. 555	610
R. c. Patrick	2009 CSC 17, [2009] 1 R.C.S. 579	225, 404
R. c. Phillips	2003 ABCA 4, 320 A.R. 172	708
R. c. Plant	[1993] 3 R.C.S. 281	224
R. c. Power	[1994] 1 R.C.S. 601	184
R. c. Prosper	[1994] 3 R.C.S. 236	507
R. c. Québec (Société des alcools)	1998 CanLII 13129	485
R. c. Regan	2002 CSC 12, [2002] 1 R.C.S. 297	675
R. c. Riley	(1996), 150 N.S.R. (2d) 390	438
R. c. Ross	[1989] 1 R.C.S. 3	507
R. c. S. (R.J.)	[1995] 1 R.C.S. 451	593, 616
R. c. S.G.T.	2010 CSC 20, [2010] 1 R.C.S. 688	194
R. c. Sheppard	2002 CSC 26, [2002] 1 R.C.S. 869	707

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
R. c. Shropshire	[1995] 4 R.C.S. 227	435
R. c. Sinclair	2010 CSC 35, [2010] 2 R.C.S. 310	505
R. c. Singh	2013 ONCA 750, 118 O.R. (3d) 253	590
R. c. Smith	(2005), 376 A.R. 389	437
R. c. Sparrow	[1990] 1 R.C.S. 1075	272, 470
R. c. Spencer	2014 CSC 43, [2014] 2 R.C.S. 212	511
R. c. Stinchcombe	[1991] 3 R.C.S. 326	396
R. c. Stinchcombe	[1995] 1 R.C.S. 754	81
R. c. Strachan	[1988] 2 R.C.S. 980	717
R. c. Suberu	2009 CSC 33, [2009] 2 R.C.S. 460	505
R. c. Sussex Justices, Ex parte McCarthy	[1924] 1 K.B. 256	706
R. c. T. (V.)	[1992] 1 R.C.S. 749	185
R. c. T.L.	2008 ONCA 766 (CanLII)	442
R. c. Taubler	(1987), 20 O.A.C. 64	708
R. c. Tessling	2004 CSC 67, [2004] 3 R.C.S. 432	224, 404
R. c. Therens	[1985] 1 R.C.S. 613	631
R. c. Todd	(1901), 4 C.C.C. 514	570
R. c. Trapp	2011 SKCA 143, 377 Sask. R. 246	227
R. c. Van der Peet	[1996] 2 R.C.S. 507	278
R. c. Vu	2013 CSC 60, [2013] 3 R.C.S. 657	237
R. c. W. (G.)	[1999] 3 R.C.S. 597	704
R. c. Ward	2012 ONCA 660, 112 O.R. (3d) 321	221
R. c. White	[1999] 2 R.C.S. 417	567, 609
R. c. Will	2013 SKCA 4, 405 Sask. R. 270	667
R. c. Williamson	2003 BCCA 673, 191 B.C.A.C. 208	439
R. c. Wise	[1992] 1 R.C.S. 527	234
R. c. Y. (N.)	2012 ONCA 745, 113 O.R. (3d) 347	74, 87
R. c. Youvarajah	2013 CSC 41, [2013] 2 R.C.S. 720	618
Racine c. Harvey	2005 QCCA 879 (CanLII)	486
Re Davies and Council of the Institute of Chartered Accountants of Saskatchewan	(1985), 19 D.L.R. (4th) 447	126
Re Thorne and New Brunswick Workmen's Compensation Board	(1962), 33 D.L.R. (2d) 167	128
Reardon Smith Line Ltd. c. Hansen-Tangen	[1976] 3 All E.R. 570	656
Regroupement des CHSLD Christ-Roi (Centre hospitalier, soins longue durée) c. Comité provincial des malades	2007 QCCA 1068, [2007] R.J.Q. 1753	745
Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)	[1987] 1 R.C.S. 313	350
Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.)	[1985] 2 R.C.S. 486	610
Rice c. National Parole Board	(1985), 16 Admin. L.R. 157	86
Richard c. Time Inc.	2012 CSC 8, [2012] 1 R.C.S. 265	757
Rio Tinto Alcan Inc. c. Conseil tribal Carrier Sekani	2010 CSC 43, [2010] 2 R.C.S. 650	298
Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)	[1998] 1 R.C.S. 27	13, 154
Rochweg c. Truster	(2002), 58 O.R. (3d) 687	132
Rothman c. La Reine	[1981] 1 R.C.S. 640	592, 615
Royal Oak Mines Inc. c. Canada (Conseil des relations du travail)	[1996] 1 R.C.S. 369	203
Ruby c. Canada (Solliciteur général)	2002 CSC 75, [2002] 4 R.C.S. 3	59, 716

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
S		
S.E.D.A.C. Laboratoires inc. c. Turcotte	[1998] AZ-98029150	367
Saint-Eustache (Ville de) c. Régie intermunicipale Argenteuil Deux-Montagnes	2011 QCCA 227 (CanLII)	485
Scierie Béarn c. Syndicat des employés(es) de bureau Scierie Béarn	[1988] AZ-88141194	349
SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.	[1986] 2 R.C.S. 573	592
Secretary of State for the Home Department c. A.F. (No. 3)	[2009] UKHL 28, [2009] 3 All E.R. 643	63
SEFPO c. Ontario (Procureur général),	[1987] 2 R.C.S. 2	23
Séminaire de la Très Sainte-Trinité c. Tremblay	[1991] R.J.Q. 428	348
Service aux marchands détaillants ltée (Household Finance) c. Option consommateurs	2006 QCCA 1319 (CanLII)	748, 795
Slaight Communications Inc. c. Davidson	[1989] 1 R.C.S. 1038	530
Smith c. Alliance Pipeline Ltd.	2011 CSC 7, [2011] 1 R.C.S. 160	156
Smith c. Jones	[1999] 1 R.C.S. 455	69
Smith c. La Reine	[1983] 1 R.C.S. 554	463
Sobey's inc. (N° 650) c. Syndicat des travailleurs et travailleuses de Sobey's de Baie-Comeau (CSN)	[1996] AZ-96141261	347
Sobey's inc., N° 650 c. Syndicat des travailleurs et travailleuses de Sobey's de Baie-Comeau	[1996] T.A. 721	357
Société des casinos du Québec inc. c. Syndicat des employé(e)s de la Société des casinos du Québec	[1996] AZ-96142008	347
Société du centre Pierre-Péladeau c. Alliance internationale des employés de scène et de théâtre, du cinéma, métiers connexes et des artistes des États-Unis et du Canada (I.A.T.S.E.), section locale 56	2006 CanLII 32333	355
Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)	[1996] 3 R.C.S. 480	53, 569
Solliciteur général du Canada c. Commission royale d'enquête sur la confidentialité des dossiers de santé en Ontario	[1981] 2 R.C.S. 494	88
Spar Aerospace Products Ltd. c. Spar Professional and Allied Technical Employees Association	[1979] 1 C.L.R.B.R. 61	356
Sriskandarajah c. États-Unis d'Amérique	2012 CSC 70, [2012] 3 R.C.S. 609	185
St. Anne Nackawic Pulp & Paper Co. c. Section locale 219 du Syndicat canadien des travailleurs du papier	[1986] 1 R.C.S. 704	366
St. Catherine's Milling and Lumber Co. c. The Queen.....	(1888), 14 App. Cas. 46	463
Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 1450 c. Journal de Québec, division de Groupe Québécois inc.	[1996] R.J.Q. 299	357
Syndicat canadien de la Fonction publique, Section locale 3666 c. Desnoyers	[1996] AZ-96029022	367
Syndicat catholique des employés de magasins de Québec Inc. c. Compagnie Paquet Ltée.	[1959] R.C.S. 206	348
Syndicat de la fonction publique du Québec c. Québec (Procureur général)	2010 CSC 28, [2010] 2 R.C.S. 61	529
Syndicat des chargées et chargés de cours de l'U.Q.A.C. (CSN) c. Syndicat des professeures et professeurs de l'Université du Québec à Chicoutimi	2005 QCCRT 364 (CanLII)	368

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
Syndicat des employé-es de SPC Automation (CSN) c. SPC Automation Inc.	[1994] T.A. 718	347, 382
Syndicat des employés de Daily Freight (CSN) c. Imbeau	[2003] R.J.Q. 452	367
Syndicat des employés de la Commission scolaire du Haut St-Maurice c. Rondeau	[1993] R.J.Q. 65	349
Syndicat des employés de Télémarketing Unimédia (CSN) c. UniMarketing inc.	[1997] T.A. 549	352
Syndicat des salarié-e-s de la Guilde des musiciens du Québec c. Guilde des musiciens du Québec	[1998] AZ-98141137	347
Syndicat des salariés des Industries Leclerc (CSD) c. Industries Leclerc inc.	[1996] T.A. 554	351
Syndicat des travailleurs et des travailleuses des épiciers unis Métro-Richelieu (C.S.N.) c. Lefebvre	1996 CanLII 5705	348
Syndicat des travailleuses et travailleurs du Centre d’approbation de Nordia — CSN c. Nordia Inc.	2012 CanLII 82540	356
T		
T.U.A.C., section locale 1518 c. KMart Canada Ltd.	[1999] 2 R.C.S. 1083	350
Tamil Co-operative Homes Inc. c. Arulappah	(2000), 49 O.R. (3d) 566	685
Tercon Contractors Ltd. c. Colombie-Britannique (Transports et Voirie)	2010 CSC 4, [2010] 1 R.C.S. 69	657
Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce) ...	[1990] 1 R.C.S. 425	610
Thorner c. Major	[2009] UKHL 18, [2009] 3 All E.R. 945	656
Transforce inc. c. Baillargeon	2012 QCCA 1495, [2012] R.J.Q. 1626	541
Travailleurs et travailleuses de l’alimentation et du commerce, section locale 501 c. Wal-Mart Canada (St-Hyacinthe)	[2010] AZ-50688504	347
Travailleurs et travailleuses unis de l’alimentation et du commerce, section locale 503 c. Compagnie Wal-Mart du Canada — Établissement de Jonquière	[2006] R.J.D.T. 1665	338
Travailleurs et travailleuses unis de l’alimentation et du commerce, section locale 503 c. Ménard	2007 QCCS 5704, [2008] R.J.D.T. 138	338
Travelways Ltd. c. Legendre	[1987] AZ-87149123	358
U		
U.E.S., Local 298 c. Bibeault	[1988] 2 R.C.S. 1048	384
Union des employé-e-s de service, local 800 c. 2162-5199 Québec Inc.	[1994] T.A. 16	349
Union des employés de commerce, local 500 c. Provost inc.	[1981] S.A.G. 732	349
Union des routiers, brasseries, liqueurs douces & ouvriers de diverses industries (Teamsters, Local 1999) c. Quality Goods I.M.D. Inc.	[1990] AZ-90141179	347, 378
United States of America c. Leonard	2012 ONCA 622, 112 O.R. (3d) 496	180
Université de la Colombie-Britannique c. Berg	[1993] 2 R.C.S. 353	121
Université McGill c. Munaca	[2003] AZ-50193382	357

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
V		
Vancouver Sun (Re)	2004 CSC 43, [2004] 2 R.C.S. 332	53
Ville de Hampstead c. Jardins Tuileries Ltée	[1992] R.D.J. 163	485
Vivendi Canada Inc. c. Dell’Aniello	2014 CSC 1, [2014] 1 R.C.S. 3	751
W		
Wallace c. United Grain Growers Ltd.	[1997] 3 R.C.S. 701	530
WCI Waste Conversion Inc. c. ADI International Inc.	2011 PECA 14, 309 Nfld. & P.E.I.R. 1	656
Western Australia c. Ward	(2002), 213 C.L.R. 1	277
Westmount (Ville) c. Rossy	2012 CSC 30, [2012] 2 R.C.S. 136	486
Wilson c. National Parole Board	(1985), 10 Admin. L.R. 171	86
Winnipeg School Division No. 1 c. Craton	[1985] 2 R.C.S. 150	119
Woolco (No. 6291) c. Syndicat national des employés de magasins de Chicoutimi (CSN)	[1983] AZ-83141325	352
Y		
York Condominium Corp.	[1977] OLRB Rep. 645	123
Yu c. Shell Canada Ltd.	2004 BCHRT 28, 49 C.H.R.R. D/56	122
Z		
Zurich Insurance Co. c. Ontario (Commission des droits de la per- sonne)	[1992] 2 R.C.S. 321	120

STATUTES AND REGULATIONS CITED

	PAGE		PAGE
A			
<i>Act respecting labour standards, CQLR,</i>		<i>Constitution Act, 1867</i>	
c. N-1.1		s. 91(15)	725, 787
s. 82	514	s. 91(18)	805
s. 83	514	s. 91(24)	447
<i>Arbitration Act, R.S.B.C. 1996, c. 55</i>		s. 92(5)	447
s. 31(2)	633	s. 92A	447
		s. 109	447
B			
<i>Bank Act, S.C. 1991, c. 46</i>		<i>Constitution Act, 1982</i>	
s. 16	725	s. 35	256, 447
s. 988	725	<i>Consumer Protection Act, CQLR, c. P-40.1</i>	
		s. 12	725, 787, 805
C			
<i>Canadian Charter of Rights and Freedoms</i>		s. 68	725
s. 7	33, 167	s. 69	725
s. 8	212	s. 70	725
s. 10	689	s. 272	725, 787, 805
s. 10b)	495	<i>Copyright Act, R.S.C. 1985, c. C-42</i>	
s. 24(1)	33	s. 13(4)	197
s. 24(2)	495, 689	<i>Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46</i>	
<i>Canadian Transportation Act, S.C. 1996, c. 10</i>		s. 163.1(3)	212
s. 40	135	s. 163.1(4)	212
s. 41	135	s. 253(1)(b)	167
s. 120.1	135	s. 255(1)(a)(iii)	167
<i>Civil Code of Québec</i>		ss. 278.1 to 278.91	390
art. 1491	787	s. 486(1)	544
art. 1492	787	s. 487.014(1)	212
art. 1554	787	s. 727(1)	167
art. 1699	787	s. 753	423
art. 2091	514	s. 759	423
art. 2092	514	F	
<i>Code of Civil Procedure, CQLR, c. C-25</i>		<i>Forest Act, R.S.B.C. 1995, c. 157</i>	256
art. 55	725	<i>Freedom of Information and Protection of</i>	
art. 165(4)	477	<i>Privacy Act, R.S.O. 1990, c. F.31</i>	
		s. 13(1)	3

	PAGE		PAGE
H		P	
<i>Human Rights Code</i> , R.S.B.C. 1996, c. 210		<i>Personal Information Protection and Electronic Documents Act</i> , S.C. 2000, c. 5	
s. 1	108	s. 7(3)(c.1)(ii)	212
s. 13	108		
s. 27	108	R	
I		<i>Rules of the Supreme Court of Canada</i> , SOR/2002-156	
<i>Immigration and Refugee Protection Act</i> , S.C. 2001, c. 27		r. 8(2)	104
s. 77(2)	33	r. 73	104
s. 83(1)(c)	33	r. 78	104
s. 83(1)(d)	33	S	
s. 83(1)(e)	33	<i>Status of the Artist Act</i> , S.C. 1992, c. 33	
s. 83(1)(h)	33	s. 5 “scale agreement”	197
s. 83(1)(i)	33	s. 32	197
s. 85	33		
s. 85.4(2)	33		
s. 85.5(b)	33		
L			
<i>Labour Code</i> , CQLR, c. C-27			
s. 59	323		
s. 100.12	323		

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

	PAGE		PAGE
A		F	
<i>Arbitration Act</i> , R.S.B.C. 1996, ch. 55		<i>Forest Act</i> , R.S.B.C. 1995, ch. 157	256
art. 31(2)	633		
C		H	
<i>Charte canadienne des droits et libertés</i>		<i>Human Rights Code</i> , R.S.B.C. 1996, ch. 210	
art. 7	33, 167	art. 1	108
art. 8	212	art. 13	108
art. 10	689	art. 27	108
art. 10b)	495		
art. 24(1)	33	L	
art. 24(2)	495, 689	<i>Loi constitutionnelle de 1867</i>	
<i>Code civil du Québec</i>		art. 91(15)	725, 787
art. 1491	787	art. 91(18)	805
art. 1492	787	art. 91(24)	447
art. 1554	787	art. 92(5)	447
art. 1669	787	art. 92A	447
art. 2091	514	art. 109	447
art. 2092	514	<i>Loi constitutionnelle de 1982</i>	
<i>Code criminel</i> , L.R.C. 1985, ch. C-46		art. 35	256, 447
art. 163.1(3)	212	<i>Loi sur l'accès à l'information et la protection</i>	
art. 163.1(4)	212	<i>de la vie privée</i> , L.R.O. 1990, ch. F.31	
art. 253(1)b)	167	art. 13(1)	3
art. 255(1)a)(iii)	167	<i>Loi sur l'immigration et la protection des ré-</i>	
art. 278.1 à 278.91	390	<i>fugiés</i> , L.C. 2001, ch. 27	
art. 486(1)	544	art. 77(2)	33
art. 487.014(1)	212	art. 83(1)c)	33
art. 727(1)	167	art. 83(1)d)	33
art. 753	423	art. 83(1)e)	33
art. 759	423	art. 83(1)h)	33
<i>Code de procédure civile</i> , RLRQ, ch. C-25		art. 83(1)i)	33
art. 55	725	art. 83(1)	33
art. 165(4)	477	art. 85.4(2)	33
<i>Code du travail</i> , RLRQ, ch. C-27		art. 85.5b)	33
art. 59	323		
art. 100.12	323		

	PAGE		PAGE
		R	
<i>Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques</i> , L.C. 2000, ch. 5		<i>Règles de la Cour suprême du Canada</i> , DORS/2002-156	
art. 7(3)c.1(ii)	212	règle 8(2)	104
<i>Loi sur la protection du consommateur</i> , RLRQ, ch. P 40.1		règle 73	104
art. 12	725, 787, 805	règle 78	104
art. 68	725		
art. 69	725		
art. 70	725		
art. 272	725, 787, 805		
<i>Loi sur le droit d'auteur</i> , L.R.C. 1985, ch. C-42			
art. 13(4)	197		
<i>Loi sur le statut de l'artiste</i> , L.C. 1992, ch. 33			
art. 5 « accord-cadre »	197		
art. 32	197		
<i>Loi sur les banques</i> , L.C. 1991, ch. 46			
art. 16	725		
art. 988	725		
<i>Loi sur les normes du travail</i> , RLRQ, ch. N-1.1			
art. 82	514		
art. 83	514		
<i>Loi sur les transports au Canada</i> , L.C. 1996, ch. 10			
art. 40	135		
art. 41	135		
art. 120.1	135		

AUTHORS CITED

DOCTRINE CITÉE

	PAGES
Adams, George W. <i>Canadian Labour Law</i> , 2nd ed. Toronto: Canada Law Book, 1993 (loose-leaf updated December 2013, release 48).	121
Adams, George W. <i>Canadian Labour Law</i> , vol. 2, 2nd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1993 (loose-leaf updated September 2013, release 49).	346
Arthurs, H. W. “The Dependent Contractor: A Study of the Legal Problems of Countervailing Power” (1965), 16 <i>U.T.L.J.</i> 89.	121
Baudouin, Jean-Louis, et Pierre-Gabriel Jobin. <i>Les obligations</i> , 7 ^e éd. par Pierre-Gabriel Jobin et Nathalie Vézina. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2013.	801
Beaulieu, Marie-Louis. <i>Les Conflits de Droit dans les Rapports Collectifs du Travail</i> . Québec : Presses universitaires Laval, 1955.	344
Béliveau, Nathalie-Anne, avec la collaboration de Marc Ouellet. <i>Les normes du travail</i> , 2 ^e éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2010.	534
Bergeron, Marius G. « La procédure de négociation et le recours à la grève ou au lockout », dans Gérard Hébert et autres, dir., <i>Le Code du Travail du Québec (1965) : le XX^e congrès des relations industrielles de l’Université Laval</i> . Québec : Presses de l’Université Laval, 1965, 135.	344
<i>Black’s Law Dictionary</i> , 6th ed. St. Paul, Minn.: West, 1990, “coercion”.	615
<i>Black’s Law Dictionary</i> , 9th ed. St. Paul, Minn.: West, 2009, “adversary system”.	705
<i>Black’s Law Dictionary</i> , 9th ed. St. Paul, Minn.: West, 2009, “vested”.	304
Blouin, Rodrigue. « La convention collective de travail en tant qu’instrument juridique non contractuel et monopolisateur des conditions de travail, d’où la problématique particulière qui en découle dans le secteur de l’éducation », dans Service de la formation permanente du Barreau du Québec, vol. 235, <i>Développements récents en droit du travail dans le secteur de l’éducation</i> . Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2005, 51.	353
British Columbia. RCMP. “Undercover Operations” (online: http://bc.cb.rcmp-grc.gc.ca/ViewPage.action?siteNodeId=154&languageId=1&contentId=6941).	570
Brown, Donald J. M., and John M. Evans, with the assistance of Christine E. Deacon. <i>Judicial Review of Administrative Action in Canada</i> . Toronto: Canvasback, 1998 (loose-leaf updated May 2014, release 1).	673
Bulmer, John. « Les systèmes de paiement : le marché de la carte de crédit au Canada ». Étude générale PRB 09-10F, préparée pour la Bibliothèque du Parlement, Service d’information et de recherche parlementaires, 24 septembre 2009 (en ligne : http://www.parl.gc.ca/content/lop/researchpublications/prb0910-f.pdf).	735

Bulmer, John. "Payment Systems: The Credit Card Market in Canada". Background paper PRB 09-10E, prepared for the Library of Parliament, Parliamentary Information and Research Service, September 24, 2009 (online: http://www.parl.gc.ca/content/lop/researchpublications/prb0910-e.pdf).	735
Burkett, Brian W., et al. <i>Federal Labour Law and Practice</i> . Toronto: Canada Law Book, 2013.	346
Canada. Chambre des communes. Comité permanent des transports, de l'infrastructure et des collectivités. <i>Témoignages</i> , n° 2, 2 ^e sess., 39 ^e lég., 22 novembre 2007, p. 1-2.	145
Canada. Chambre des communes. <i>Débats de la Chambre des communes</i> , vol. XI, 1 ^{re} sess., 27 ^e lég., 10 janvier 1967, p. 11630.	153
Canada. Chambre des communes. <i>Débats de la Chambre des communes du Canada</i> , vol. LVIII, 3 ^e sess., 9 ^e lég., 20 mars 1903, p. 252 et 262.	153
Canada. Chambre des communes. <i>Débats de la Chambre des communes</i> , vol. 134, n° 122, 2 ^e sess., 35 ^e lég., 4 février 1997, p. 7664.	398, 413
Canada. Chambre des communes. <i>Débats de la Chambre des communes</i> , vol. 134, n° 150, 2 ^e sess., 35 ^e lég., 7 avril 1997, p. 9361-9362.	413
Canada. Commission d'enquête sur certaines activités de la Gendarmerie royale du Canada. Deuxième rapport. <i>La liberté et la sécurité devant la loi</i> , vol. 1 et 2. Ottawa : La Commission, 1981.	89
Canada. Commission d'enquête sur certaines activités de la Gendarmerie royale du Canada. Premier rapport. <i>Sécurité et Information</i> . Ottawa : La Commission, 1979.	89
Canada. Commission d'enquête sur les actions des responsables canadiens relativement à Maher Arar. <i>Rapport sur les événements concernant Maher Arar : Analyse et recommandations</i> . Ottawa : Travaux publics et Services gouvernementaux, 2006.	65
Canada. Commission of Inquiry Concerning Certain Activities of the Royal Canadian Mounted Police. First Report. <i>Security and Information</i> . Ottawa: The Commission, 1979.	89
Canada. Commission of Inquiry Concerning Certain Activities of the Royal Canadian Mounted Police. Second Report. <i>Freedom and Security under the Law</i> , vols. 1 and 2. Ottawa: The Commission, 1981.	89
Canada. Commission of Inquiry into the Actions of Canadian Officials in Relation to Maher Arar. <i>Report of the Events Relating to Maher Arar: Analysis and Recommendations</i> . Ottawa: Public Works and Government Services, 2006.	65
Canada. Direction de la recherche parlementaire. « Le Service canadien du renseignement de sécurité », Bulletin d'actualité 84-27F, révisé le 24 janvier 2000.	90
Canada. House of Commons. <i>Debates of the House of Commons of the Dominion of Canada</i> , vol. LVIII, 3rd Sess., 9th Parl., March 20, 1903, pp. 248 and 259.	153
Canada. House of Commons. <i>House of Commons Debates</i> , vol. XI, 1st Sess., 27th Parl., January 10, 1967, p. 11630.	153
Canada. House of Commons. <i>House of Commons Debates</i> , vol. 134, No. 122, 2nd Sess., 35th Parl., February 4, 1997, p. 7664.	398, 413
Canada. House of Commons. <i>House of Commons Debates</i> , vol. 134, No. 150, 2nd Sess., 35th Parl., April 7, 1997, pp. 9361-62.	413
Canada. House of Commons. Standing Committee on Transport, Infrastructure and Communities. <i>Evidence</i> , No. 2, 2nd Sess., 39th Parl., November 22, 2007, pp. 1-2.	145

Canada. Parliamentary Information and Research Service. Legislative Summary LS-569E. “Bill C-8: An Act to Amend the Canada Transportation Act (Railway Transportation)”, by David Johansen, Law and Government Division, November 2, 2007, revised June 27, 2008.	145
Canada. Parliamentary Research Branch. “The Canadian Security Intelligence Service”, Current Issue Review 84-27E, revised January 24, 2000.	90
Canada. Rapport du groupe d’étude établi conjointement par le ministère des Communications et le ministère de la Justice. <i>L’ordinateur et la vie privée</i> . Ottawa : Information Canada, 1972.	232
Canada. Report of the Task Force established by the Department of Communications/Department of Justice. <i>Privacy and Computers</i> . Ottawa: Information Canada, 1972.	232
Canada. Service d’information et de recherche parlementaires. Résumé législatif LS-569F. « Projet de loi C-8 : Loi modifiant la Loi sur les transports au Canada (transport ferroviaire) », par David Johansen, Division du droit et du gouvernement, 2 novembre 2007, révisé 27 juin 2008.	145
Canada. Transport Canada. <i>Freedom to Move: The Legislation: Overview of National Transportation Legislation 1986</i> . Ottawa: Transport Canada, 1986.	147
Canada. Transports Canada. <i>Aller sans entraves : l’étape de la législation : aperçu de la loi nationale sur les transports 1986</i> . Ottawa : Transports Canada, 1986.	147
Code, Michael. “Judicial Review of Prosecutorial Decisions: A Short History of Costs and Benefits, in Response to Justice Rosenberg” (2009), 34 <i>Queen’s L.J.</i> 863.	189
Colombie-Britannique. GRC. « Opérations d’infiltration » (en ligne : http://bc.cb.rcmp-grc.gc.ca/ViewPage.action?siteNodeId=154&languageId=4&contentId=6941).	570
Corry, David J. <i>Collective Bargaining and Agreement</i> , vol. 1. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1997 (loose-leaf updated March 2014, release 19).	356
Côté, André C. « Le gel statutaire des conditions de travail » (1986), 17 <i>R.G.D.</i> 151.	346
Coutu, Michel, et autres. <i>Droit des rapports collectifs du travail au Québec</i> , vol. 1, <i>Le régime général</i> , 2 ^e éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2013.	351
Coyne, H. E. B. <i>The Railway Law of Canada</i> . Toronto: Canada Law Book Co., 1947.	158
Crawford, Bradley. <i>The Law of Banking and Payment in Canada</i> , vol. 2. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 2008 (loose-leaf updated June 2014, release 11).	816
Davidov, Guy. “The Three Axes of Employment Relationships: A Characterization of Workers in Need of Protection” (2002), 52 <i>U.T.L.J.</i> 357.	122
Dawson, Wendy E. “The Use of ‘Mr. Big’ in Undercover Operations”, Paper 5.2 in <i>Criminal Law: Special Issues</i> . Vancouver: Continuing Legal Education Society of British Columbia, 2011.	583
Dyzenhaus, David. “The Politics of Deference: Judicial Review and Democracy”, in Michael Taggart, ed., <i>The Province of Administrative Law</i> . Oxford: Hart, 1997, 279.	680
England, Geoffrey. <i>Individual Employment Law</i> , 2nd ed. Toronto: Irwin Law, 2008.	125
Ferland, Denis, et Benoît Emery. <i>Précis de procédure civile du Québec</i> , vol. 1, 4 ^e éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2003.	486
Forcese, Craig. “Canada’s National Security ‘Complex’: Assessing the Secrecy Rules” (2009), 15:5 <i>IRPP Choices</i> 3.	65
Forcese, Craig. <i>National Security Law: Canadian Practice in International Perspective</i> . Toronto: Irwin Law, 2008.	53

Forcese, Craig, and Lorne Waldman. “Seeking Justice in an Unfair Process: Lessons from Canada, the United Kingdom, and New Zealand on the Use of ‘Special Advocates’ in National Security Proceedings”, August 2007 (online: http://aix1.uottawa.ca/~cforcese/other/sastudy.pdf).	59
Frater, Robert J. <i>Prosecutorial Misconduct</i> . Aurora, Ont.: Canada Law Book, 2009.	193
Gagnon, Robert P. <i>Le droit du travail du Québec</i> , 7 ^e éd., mis à jour par Langlois Kronström Desjardins, sous la direction de Yann Bernard et autres. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2013.	345, 531
Gagnon, Robert P., Louis LeBel et Pierre Verge. <i>Droit du travail en vigueur au Québec</i> . Québec : Presses de l’Université Laval, 1971.	345
Garrett, Brandon L. “The Substance of False Confessions” (2010), 62 <i>Stan. L. Rev.</i> 1051.	575
Gleicher, Nathaniel. “Neither a Customer Nor a Subscriber Be: Regulating the Release of User Information on the World Wide Web” (2009), 118 <i>Yale L.J.</i> 1945.	235
Gotell, Lise. “When Privacy is Not Enough: Sexual Assault Complainants, Sexual History Evidence and the Disclosure of Personal Records” (2006), 43 <i>Alta. L. Rev.</i> 743.	399
Guterman, Melvin. “A Formulation of the Value and Means Models of the Fourth Amendment in the Age of Technologically Enhanced Surveillance” (1988), 39 <i>Syracuse L. Rev.</i> 647.	234
Hall, Geoff R. <i>Canadian Contractual Interpretation Law</i> , 2nd ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2012.	655
Hébert, Gérard. « Le Code du travail du Québec : Principales orientations » (1965), 20 <i>R.I.</i> 52.	345
Hébert, Gérard. “Trends in the New Quebec Labour Code” (1965), 20 <i>I.R.</i> 61.	345
Hogg, Peter W. “The Constitutional Basis of Aboriginal Rights”, in Maria Morellato, ed., <i>Aboriginal Law Since Delgamuukw</i> . Aurora, Ont.: Canada Law Book, 2009, 3.	271
Houh, Emily M. S. “Critical Race Realism: Re-Claiming the Antidiscrimination Principle through the Doctrine of Good Faith in Contract Law” (2005), 66 <i>U. Pitt. L. Rev.</i> 455.	133
Hubbard, Robert W., Peter DeFreitas and Susan Magotiaux. “The Internet — Expectations of Privacy in a New Context” (2002), 45 <i>Crim. L.Q.</i> 170.	235
Hunt, Chris D. L. “Conceptualizing Privacy and Elucidating its Importance: Foundational Considerations for the Development of Canada’s Fledgling Privacy Tort” (2011), 37 <i>Queen’s L.J.</i> 167.	231
Kassin, Saul M., et al. “Police-Induced Confessions: Risk Factors and Recommendations” (2010), 34 <i>Law & Hum. Behav.</i> 3.	574, 617
Keen, Peter Carmichael. “ <i>Gebrekirstos</i> : Fallout from <i>Quesnelle</i> ” (2013), 4 C.R. (7th) 56.	405
Keenan, Kouri T., and Joan Brockman. <i>Mr. Big: Exposing Undercover Investigations in Canada</i> . Halifax: Fernwood Publishing, 2010.	571
Kélada, Henri. <i>Les préliminaires de défense en procédure civile</i> . Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2009.	486
L’Heureux, Nicole, Édith Fortin et Marc Lacoursière. <i>Droit bancaire</i> , 4 ^e éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2004.	818
Lewison, Kim. <i>The Interpretation of Contracts</i> , 5th ed. London: Sweet & Maxwell, 2011 & Supp. 2013.	655
<i>Lindley & Banks on Partnership</i> , 19th ed., by Roderick I’Anson Banks. London: Sweet & Maxwell, 2010. ...	125
Lluelles, Didier, et Benoît Moore. <i>Droit des obligations</i> , 2 ^e éd. Montréal : Thémis, 2012.	349, 528, 800, 818
Manitoba. Law Reform Commission. <i>Good Faith and the Individual Contract of Employment</i> , Report #107. Winnipeg: The Commission, 2001.	133
Manzer, Alison R. <i>A Practical Guide to Canadian Partnership Law</i> . Toronto: Canada Law Book, 1994 (loose-leaf updated December 2013, release 20).	125

Martin, G. A. “The Admissibility of Confessions and Statements” (1963), 5 <i>Crim. L.Q.</i> 35.	575
Masse, Claude. <i>Loi sur la protection du consommateur : analyse et commentaires</i> . Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 1999.	758
McCamus, John D. <i>The Law of Contracts</i> , 2nd ed. Toronto: Irwin Law, 2012.	657
McNeil, Kent. “Aboriginal Title and the Supreme Court: What’s Happening?” (2006), 69 <i>Sask. L. Rev.</i> 281.	282
McNeil, Kent. <i>Common Law Aboriginal Title</i> . Oxford: Clarendon Press, 1989.	280
Moore, Timothy E., Peter Copeland and Regina A. Schuller. “Deceit, Betrayal and the Search for Truth: Legal and Psychological Perspectives on the ‘Mr. Big’ Strategy” (2009), 55 <i>Crim. L.Q.</i> 348.	570
Morin, Fernand. « <i>Démission et congédiement : la difficile parité des règles de droit applicables à ces deux actes</i> » (2013), 43 <i>R.G.D.</i> 637.	534
Morin, Fernand. <i>Le Code du travail : sa nature, sa portée, ses effets</i> . Québec : Ministère du travail et de la main-d’œuvre, 1971.	346
Morin, Fernand, et autres. <i>Le droit de l’emploi au Québec</i> , 4 ^e éd. Montréal : Wilson & Lafleur, 2010.	346, 534
Morin, Fernand, et Rodrigue Blouin, avec la collaboration de Jean-Yves Brière et Jean-Pierre Villaggi. <i>Droit de l’arbitrage de grief</i> , 6 ^e éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2012.	349
Ogilvie, M. H. <i>Bank and Customer Law in Canada</i> , 2nd ed. Toronto: Irwin Law, 2013.	816
Ontario. Commission on Freedom of Information and Individual Privacy. <i>Public Government for Private People: The Report of the Commission on Freedom of Information and Individual Privacy</i> . Toronto: The Commission, 1980.	19
Paciocco, David. “Charter Tracks: Twenty-Five Years of Constitutional Influence on the Criminal Trial Process and Rules of Evidence” (2008), 40 <i>S.C.L.R.</i> (2d) 309.	592
Paciocco, David M. “When Open Courts Meet Closed Government” (2005), 29 <i>S.C.L.R.</i> (2d) 385.	53
Paciocco, David M., and Lee Stuesser. <i>The Law of Evidence</i> , 6th ed. Toronto: Irwin Law, 2011.	583
Paton-Simpson, Elizabeth. “Privacy and the Reasonable Paranoid: The Protection of Privacy in Public Places” (2000), 50 <i>U.T.L.J.</i> 305.	234
Québec. Assemblée nationale. <i>Journal des débats de la Commission permanente de l’économie et du travail</i> , vol. 37, n° 22, 2 ^e sess., 36 ^e lég., 29 mai 2001, p. 47.	378
Québec. <i>Le travail : une responsabilité collective : Rapport final de la Commission consultative sur le travail et la révision du Code du travail</i> . Québec : Gouvernement du Québec, 1985.	378
Québec. Ministère de la Justice. <i>Commentaires du ministre de la Justice</i> , t. II, <i>Le Code civil du Québec — Un mouvement de société</i> . Québec : Publications du Québec, 1993.	537
Quebec. National Assembly. <i>Journal des débats de la Commission permanente de l’économie et du travail</i> , vol. 37, n° 22, 2 ^e sess., 36 ^e lég., 29 mai 2001, p. 47.	378
Reid, Hubert, et Claire Carrier. <i>Code de procédure civile du Québec : jurisprudence et doctrine</i> , 30 ^e éd. Montréal : Wilson & Lafleur, 2014.	486
Roach, Kent. “Sources and Trends in Post-9/11 Anti-terrorism Laws”, in Benjamin J. Goold and Liora Lazarus, eds., <i>Security and Human Rights</i> . Portland, Or.: Hart, 2007, 227.	47
Roach, Kent. “The eroding distinction between intelligence and evidence in terrorism investigations”, in Nicola McGarrity, Andrew Lynch and George Williams, eds., <i>Counter-Terrorism and Beyond: The Culture of Law and Justice after 9/11</i> . New York: Routledge, 2010, 48.	73
Royer, Jean-Claude, et Sophie Lavallée. <i>La preuve civile</i> , 4 ^e éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2008.	354

Ruby, Clayton C., Gerald J. Chan and Nader R. Hasan. <i>Sentencing</i> , 8th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2012.	438
Schiff, Stanley. <i>Evidence in the Litigation Process</i> , vol. 2, 4th ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1993.	56
Sedley, Stephen. "Terrorism and security: back to the future?", in David Cole, Federico Fabbrini and Arianna Vidaschi, eds., <i>Secrecy, National Security and the Vindication of Constitutional Law</i> . Cheltenham, U.K.: Edward Elgar, 2013, 13.	56
Slane, Andrea, and Lisa M. Austin. "What's In a Name? Privacy and Citizenship in the Voluntary Disclosure of Subscriber Information in Online Child Exploitation Investigations" (2011), <i>57 Crim. L.Q.</i> 486.	233
Slattery, Brian. "Understanding Aboriginal Rights" (1987), <i>66 Can. Bar Rev./R. du B. can.</i> 727.	279
Stewart, Hamish. <i>Fundamental Justice: Section 7 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms</i> . Toronto: Irwin Law, 2012.	66, 610
Sullivan, Ruth. <i>Sullivan on the Construction of Statutes</i> , 5th ed. Markham, Ont.: LexisNexis 2008.	13, 121, 150, 208, 303, 411
Trudeau, Gilles. « L'arbitrage des griefs au Canada : plaidoyer pour une réforme devenue nécessaire » (2005), <i>84 Can. Bar Rev./R. du B. can.</i> 249.	366
VanDuzer, J. Anthony. <i>The Law of Partnerships and Corporations</i> , 3rd ed. Toronto: Irwin Law, 2009.	126
Vanek, David. "Prosecutorial Discretion" (1988), <i>30 Crim. L.Q.</i> 219.	188
Veilleux, Diane. « La portée du pouvoir remédiateur de l'arbitre. . . Contestée! » (1995), <i>55 R. du B.</i> 429.	357
Verge, Pierre, et Dominic Roux. « Fermer l'entreprise : un "droit". . . absolu? », dans Service de la formation continue du Barreau du Québec, vol. 245, <i>Développements récents en droit du travail</i> . Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2006, 223.	362
Verge, Pierre, Gilles Trudeau et Guylaine Vallée. <i>Le droit du travail par ses sources</i> . Montréal : Thémis, 2006.	351
Westin, Alan F. <i>Privacy and Freedom</i> . New York: Atheneum, 1970.	232
Wigmore, John Henry. <i>Evidence in Trials at Common Law</i> , vol. 8. Revised by John T. McNaughton. Boston: Little, Brown, 1961.	86
Ziff, Bruce. <i>Principles of Property Law</i> , 5th ed. Toronto: Carswell, 2010.	304

Sattva Capital Corporation (formerly Sattva Capital Inc.) *Appellant*

v.

Creston Moly Corporation (formerly Georgia Ventures Inc.) *Respondent*

and

Attorney General of British Columbia and BCICAC Foundation *Interveners*

INDEXED AS: SATTVA CAPITAL CORP. v. CRESTON MOLY CORP.

2014 SCC 53

File No.: 35026.

2013: December 12; 2014: August 1.

Present: McLachlin C.J. and LeBel, Abella, Rothstein, Moldaver, Karakatsanis and Wagner JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Arbitration — Appeals — Commercial arbitration awards — Parties entering into agreement providing for payment of finder's fee in shares — Parties disagreeing as to date on which to price shares for payment of finder's fee and entering into arbitration — Leave to appeal arbitral award sought pursuant to s. 31(2) of the Arbitration Act — Leave to appeal denied but granted on appeal to Court of Appeal — Appeal of award dismissed but dismissal reversed by Court of Appeal — Whether Court of Appeal erred in granting leave to appeal — What is appropriate standard of review to be applied to commercial arbitral decisions made under Arbitration Act — Arbitration Act, R.S.B.C. 1996, c. 55, s. 31(2).

Contracts — Interpretation — Parties entering into agreement providing for payment of finder's fee in shares — Parties disagreeing as to date on which to price the shares for payment of finder's fee and entering into arbitration — Whether arbitrator reasonably construed contract

Sattva Capital Corporation (anciennement Sattva Capital Inc.) *Appelante*

c.

Creston Moly Corporation (anciennement Georgia Ventures Inc.) *Intimée*

et

Procureur général de la Colombie-Britannique et BCICAC Foundation *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : SATTVA CAPITAL CORP. c. CRESTON MOLY CORP.

2014 CSC 53

N° du greffe : 35026.

2013 : 12 décembre; 2014 : 1^{er} août.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges LeBel, Abella, Rothstein, Moldaver, Karakatsanis et Wagner.

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

Arbitrage — Appels — Sentences arbitrales commerciales — Conclusion d'une entente entre les parties prévoyant le versement en actions des honoraires d'intermédiation — Désaccord des parties sur la date applicable à l'évaluation du cours de l'action aux fins du versement des honoraires d'intermédiation et recours à l'arbitrage — Autorisation d'appel de la sentence arbitrale demandée en application de l'art. 31(2) de l'Arbitration Act — Rejet initial de la demande d'autorisation d'appel, qui est accueillie à l'issue d'un appel devant la Cour d'appel — Rejet de l'appel interjeté de la sentence infirmé par la Cour d'appel — La Cour d'appel a-t-elle accordé à tort l'autorisation d'appel? — Quelle est la norme de contrôle applicable aux sentences arbitrales commerciales rendues sous le régime de l'Arbitration Act? — Arbitration Act, R.S.B.C. 1996, ch. 55, art. 31(2).

Contrats — Interprétation — Conclusion d'une entente entre les parties prévoyant le versement en actions des honoraires d'intermédiation — Désaccord des parties sur la date applicable à l'évaluation du cours de l'action aux fins du versement des honoraires d'intermédiation

as a whole — Whether contractual interpretation is question of law or of mixed fact and law.

S and C entered into an agreement that required C to pay S a finder's fee in relation to the acquisition of a molybdenum mining property by C. The parties agreed that under this agreement, S was entitled to a finder's fee of US\$1.5 million and was entitled to be paid this fee in shares of C. However, they disagreed on which date should be used to price the shares and therefore the number of shares to which S was entitled. S argued that the share price was dictated by the date set out in the Market Price definition in the agreement and therefore that it should receive approximately 11,460,000 shares priced at \$0.15. C claimed that the agreement's "maximum amount" proviso prevented S from receiving shares valued at more than US\$1.5 million on the date the fee was payable, and therefore that S should receive approximately 2,454,000 shares priced at \$0.70. The parties entered into arbitration pursuant to the B.C. *Arbitration Act* and the arbitrator found in favour of S. C sought leave to appeal the arbitrator's decision pursuant to s. 31(2) of the *Arbitration Act*, but leave was denied on the basis that the question on appeal was not a question of law. The Court of Appeal reversed the decision and granted C's application for leave to appeal, finding that the arbitrator's failure to address the meaning of the agreement's "maximum amount" proviso raised a question of law. The superior court judge on appeal dismissed C's appeal, holding that the arbitrator's interpretation of the agreement was correct. The Court of Appeal allowed C's appeal, finding that the arbitrator reached an absurd result. S appeals the decisions of the Court of Appeal that granted leave and that allowed the appeal.

Held: The appeal should be allowed and the arbitrator's award reinstated.

Appeals from commercial arbitration decisions are narrowly circumscribed under the *Arbitration Act*. Under s. 31(1), they are limited to questions of law, and leave to appeal is required if the parties do not consent to the appeal. Section 31(2)(a) sets out the requirements for leave at issue in the present case: the court may grant leave if it determines that the result is important to the parties and

et recours à l'arbitrage — L'arbitre a-t-il donné une interprétation raisonnable de l'entente dans son ensemble? — L'interprétation contractuelle constitue-t-elle une question de droit ou une question mixte de fait et de droit?

S et C ont conclu une entente selon laquelle C devait payer à S des honoraires d'intermédiation relative à l'acquisition d'une propriété minière de molybdène par C. Les parties reconnaissaient qu'en vertu de l'entente, S a droit à des honoraires d'intermédiation de 1,5 million \$US, versés en actions de C. Cependant, elles ne s'entendaient pas sur la date qui devrait être retenue pour évaluer le cours de l'action et, par conséquent, sur le nombre d'actions que S doit recevoir. S prétendait que la valeur de l'action était dictée par la date établie dans la définition du cours prévue dans l'entente et, par conséquent, qu'elle devait recevoir environ 11 460 000 actions, à raison de 0,15 \$ l'unité. C prétendait que la stipulation relative au « plafond », qui figure dans l'entente, empêchait S de recevoir des actions d'une valeur supérieure à 1,5 million \$US à la date du versement des honoraires et donc que S devait obtenir environ 2 454 000 actions, à raison de 0,70 \$ l'unité. Les parties ont soumis le différend à l'arbitrage conformément à l'*Arbitration Act* de la Colombie-Britannique et l'arbitre a statué en faveur de S. C a demandé l'autorisation d'interjeter appel de la sentence arbitrale en vertu du par. 31(2) de l'*Arbitration Act*. La demande a été rejetée au motif que la question soulevée n'était pas une question de droit. La Cour d'appel a infirmé la décision et accueilli la demande, présentée par C, en autorisation d'interjeter appel, jugeant que l'omission par l'arbitre d'examiner la signification de la stipulation de l'entente relative au « plafond » soulevait une question de droit. Le juge de la cour supérieure saisi de l'appel a rejeté l'appel de C et conclu que l'interprétation de l'entente par l'arbitre était correcte. La Cour d'appel a accueilli l'appel de C, concluant que l'interprétation de l'arbitre menait à un résultat absurde. S interjette appel des décisions de la Cour d'appel ayant accordé l'autorisation d'appel et ayant accueilli l'appel.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli et la sentence arbitrale est rétablie.

L'appel d'une sentence arbitrale commerciale est étroitement circonscrit par l'*Arbitration Act*. Aux termes du par. 31(1), il ne peut être interjeté appel que sur une question de droit, et l'autorisation d'appel est requise lorsque les parties ne consentent pas à l'appel. L'alinéa 31(2)(a) énonce les critères d'autorisation sur lesquels porte le présent litige, à savoir que le tribunal peut accorder

the determination of the point of law may prevent a miscarriage of justice.

In the case at bar, the Court of Appeal erred in finding that the construction of the finder's fee agreement constituted a question of law. Such an exercise raises a question of mixed fact and law, and therefore, the Court of Appeal erred in granting leave to appeal.

The historical approach according to which determining the legal rights and obligations of the parties under a written contract was considered a question of law should be abandoned. Contractual interpretation involves issues of mixed fact and law as it is an exercise in which the principles of contractual interpretation are applied to the words of the written contract, considered in light of the factual matrix of the contract.

It may be possible to identify an extricable question of law from within what was initially characterized as a question of mixed fact and law; however, the close relationship between the selection and application of principles of contractual interpretation and the construction ultimately given to the instrument means that the circumstances in which a question of law can be extricated from the interpretation process will be rare. The goal of contractual interpretation, to ascertain the objective intentions of the parties, is inherently fact specific. Accordingly, courts should be cautious in identifying extricable questions of law in disputes over contractual interpretation. Legal errors made in the course of contractual interpretation include the application of an incorrect principle, the failure to consider a required element of a legal test, or the failure to consider a relevant factor. Concluding that C's application for leave to appeal raised no question of law is sufficient to dispose of this appeal; however, the Court found it salutary to continue with its analysis.

In order to rise to the level of a miscarriage of justice for the purposes of s. 31(2)(a), an alleged legal error must pertain to a material issue in the dispute which, if decided differently, would affect the result of the case. According to this standard, a determination of a point of law "may prevent a miscarriage of justice" only where the appeal itself has some possibility of succeeding. An appeal with no chance of success will not meet the threshold of "may prevent a miscarriage of justice" because there would be no chance that the outcome of the appeal would cause a change in the final result of the case.

l'autorisation s'il estime que, selon le cas, l'issue est importante pour les parties et que le règlement de la question de droit peut permettre d'éviter une erreur judiciaire.

En l'espèce, la Cour d'appel a assimilé à tort l'interprétation de l'entente relative aux honoraires d'intermédiation à une question de droit. Un tel exercice soulève une question mixte de fait et de droit, et la Cour d'appel a donc commis une erreur en accueillant la demande d'autorisation d'appel.

Il faut rompre avec l'approche historique selon laquelle la détermination des droits et obligations juridiques des parties à un contrat écrit ressortit à une question de droit. L'interprétation contractuelle soulève des questions mixtes de fait et de droit, car il s'agit d'en appliquer les principes aux termes figurant dans le contrat écrit, à la lumière du fondement factuel de ce dernier.

Il peut se révéler possible de dégager une pure question de droit de ce qui paraît au départ constituer une question mixte de fait et de droit, mais le rapport étroit qui existe entre, d'une part, le choix et l'application des principes d'interprétation contractuelle et, d'autre part, l'interprétation que recevra l'instrument juridique en dernière analyse fait en sorte que rares seront les circonstances dans lesquelles il sera possible d'isoler une question de droit au cours de l'exercice d'interprétation. Le but de l'interprétation contractuelle — déterminer l'intention objective des parties — est, de par sa nature même, axé sur les faits. Par conséquent, le tribunal doit faire preuve de prudence avant d'isoler une question de droit dans un litige portant sur l'interprétation contractuelle. L'interprétation contractuelle peut occasionner des erreurs de droit, notamment appliquer le mauvais principe ou négliger un élément essentiel d'un critère juridique ou un facteur pertinent. Conclure que la demande d'autorisation d'appel présentée par C ne soulevait aucune question de droit suffit à trancher le présent pourvoi; toutefois, la Cour juge salutaire de poursuivre l'analyse.

Pour que l'erreur de droit reprochée soit une erreur judiciaire pour l'application de l'al. 31(2)(a), elle doit se rapporter à une question importante en litige qui, si elle était tranchée différemment, aurait une incidence sur le résultat. Suivant cette norme, le règlement d'un point de droit « peut permettre d'éviter une erreur judiciaire » seulement lorsqu'il existe une certaine possibilité que l'appel soit accueilli. Un appel qui est voué à l'échec ne saurait « permettre d'éviter une erreur judiciaire » puisque les possibilités que l'issue d'un tel appel joue sur le résultat final du litige sont nulles.

At the leave stage, it is not appropriate to consider the full merits of a case and make a final determination regarding whether an error of law was made. However, some preliminary consideration of the question of law by the leave court is necessary to determine whether the appeal has the potential to succeed and thus to change the result in the case. The appropriate threshold for assessing the legal question at issue under s. 31(2) is whether it has arguable merit, meaning that the issue raised by the applicant cannot be dismissed through a preliminary examination of the question of law.

Assessing whether the issue raised by an application for leave to appeal has arguable merit must be done in light of the standard of review on which the merits of the appeal will be judged. This requires a preliminary assessment of the standard of review. The leave court's assessment of the standard of review is only preliminary and does not bind the court which considers the merits of the appeal.

The words "may grant leave" in s. 31(2) of the *Arbitration Act* confer on the court residual discretion to deny leave even where the requirements of s. 31(2) are met. Discretionary factors to consider in a leave application under s. 31(2)(a) include: conduct of the parties, existence of alternative remedies, undue delay and the urgent need for a final answer. These considerations could be a sound basis for declining leave to appeal an arbitral award even where the statutory criteria have been met. However, courts should exercise such discretion with caution.

Appellate review of commercial arbitration awards is different from judicial review of a decision of a statutory tribunal, thus the standard of review framework developed for judicial review in *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, and the cases that followed it, is not entirely applicable to the commercial arbitration context. Nevertheless, judicial review of administrative tribunal decisions and appeals of arbitration awards are analogous in some respects. As a result, aspects of the *Dunsmuir* framework are helpful in determining the appropriate standard of review to apply in the case of commercial arbitration awards.

Ce n'est pas à l'étape de l'autorisation qu'il convient d'examiner exhaustivement le fond du litige et de se prononcer définitivement sur l'absence ou l'existence d'une erreur de droit. Cependant, le tribunal saisi de la demande d'autorisation doit procéder à un examen préliminaire de la question de droit pour déterminer si l'appel a une chance d'être accueilli et, par conséquent, de modifier l'issue du litige. Ce qu'il faut démontrer, pour l'application du par. 31(2), c'est que la question de droit invoquée a un fondement défendable, à savoir que l'argument soulevé par le demandeur ne peut être rejeté à l'issue d'un examen préliminaire de la question de droit.

L'examen visant à décider si la question soulevée dans la demande d'autorisation d'appel a un fondement défendable doit se faire à la lumière de la norme de contrôle applicable à l'analyse du bien-fondé de l'appel. Il faut donc procéder à un examen préliminaire ayant pour objet cette norme. Le tribunal saisi de la demande d'autorisation ne procède qu'à un examen préliminaire à l'égard de la norme de contrôle, qui ne lie pas celui qui se penchera sur le bien-fondé de l'appel.

Les termes « peut accorder l'autorisation » figurant au par. 31(2) de l'*Arbitration Act* confèrent au tribunal un pouvoir discrétionnaire résiduel qui lui permet de refuser l'autorisation même quand les critères prévus par la disposition sont respectés. Les facteurs à prendre en considération dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire à l'égard d'une demande d'autorisation présentée en vertu de l'al. 31(2)(a) comprennent : la conduite des parties, l'existence d'autres recours, un retard indu et le besoin urgent d'obtenir un règlement définitif. Ces facteurs pourraient justifier le rejet de la demande sollicitant l'autorisation d'interjeter appel d'une sentence arbitrale même dans le cas où il est satisfait aux critères légaux. Cependant, les tribunaux devraient faire preuve de prudence dans l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire.

L'examen en appel des sentences arbitrales commerciales diffère du contrôle judiciaire d'une décision rendue par un tribunal administratif, de sorte que le cadre relatif à la norme de contrôle judiciaire établi dans l'arrêt *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, et les arrêts rendus depuis, ne peut être tout à fait transposé dans le contexte de l'arbitrage commercial. Il demeure que le contrôle judiciaire d'une décision rendue par un tribunal administratif et l'appel d'une sentence arbitrale se ressemblent dans une certaine mesure. Par conséquent, certains éléments du cadre établi dans l'arrêt *Dunsmuir* aident à déterminer le degré de déférence qu'il convient d'accorder aux sentences arbitrales commerciales.

In the context of commercial arbitration, where appeals are restricted to questions of law, the standard of review will be reasonableness unless the question is one that would attract the correctness standard, such as constitutional questions or questions of law of central importance to the legal system as a whole and outside the adjudicator's expertise. The question at issue here does not fall into one of those categories and thus the standard of review in this case is reasonableness.

In the present case, the arbitrator reasonably construed the contract as a whole in determining that S is entitled to be paid its finder's fee in shares priced at \$0.15. The arbitrator's decision that the shares should be priced according to the Market Price definition gives effect to both that definition and the "maximum amount" proviso and reconciles them in a manner that cannot be said to be unreasonable. The arbitrator's reasoning meets the reasonableness threshold of justifiability, transparency and intelligibility.

A court considering whether leave should be granted is not adjudicating the merits of the case. It decides only whether the matter warrants granting leave, not whether the appeal will be successful, even where the determination of whether to grant leave involves a preliminary consideration of the question of law at issue. For this reason, comments by a leave court regarding the merits cannot bind or limit the powers of the court hearing the actual appeal.

Cases Cited

Referred to: *British Columbia Institute of Technology (Student Assn.) v. British Columbia Institute of Technology*, 2000 BCCA 496, 192 D.L.R. (4th) 122; *King v. Operating Engineers Training Institute of Manitoba Inc.*, 2011 MBCA 80, 270 Man. R. (2d) 63; *Thorner v. Major*, [2009] UKHL 18, [2009] 3 All E.R. 945; *Prenn v. Simmonds*, [1971] 3 All E.R. 237; *Reardon Smith Line Ltd. v. Hansen-Tangen*, [1976] 3 All E.R. 570; *Jiro Enterprises Ltd. v. Spencer*, 2008 ABCA 87 (CanLII); *QK Investments Inc. v. Crocus Investment Fund*, 2008 MBCA 21, 290 D.L.R. (4th) 84; *Dow Chemical Canada Inc. v. Shell Chemicals Canada Ltd.*, 2010 ABCA 126, 25 Alta. L.R. (5th) 221; *Minister of National Revenue v. Costco Wholesale Canada Ltd.*, 2012 FCA 160, 431 N.R. 78; *WCI Waste Conversion Inc. v. ADI International Inc.*,

En matière d'arbitrage commercial, la possibilité d'interjeter appel étant subordonnée à l'existence d'une question de droit, la norme de contrôle est celle de la décision raisonnable, à moins que la question n'appartienne à celles qui entraînent l'application de la norme de la décision correcte, comme les questions constitutionnelles ou les questions de droit qui revêtent une importance capitale pour le système juridique dans son ensemble et qui sont étrangères au domaine d'expertise du décideur. La question dont nous sommes saisis n'appartient pas à l'une ou l'autre de ces catégories; la norme de la décision raisonnable s'applique donc à la présente affaire.

En l'espèce, l'arbitre a donné une interprétation raisonnable de l'entente considérée dans son ensemble en déterminant que S était en droit de recevoir ses honoraires d'intermédiation en actions, à raison de 0,15 \$ l'action. La sentence arbitrale, selon laquelle l'action devrait être évaluée en fonction de la définition du cours, donne effet à cette dernière et à la stipulation relative au « plafond » en les conciliant d'une manière qui ne peut être considérée comme déraisonnable. Le raisonnement de l'arbitre satisfait à la norme du caractère raisonnable dont les attributs sont la justification, la transparence et l'intelligibilité.

Le tribunal chargé de statuer sur une demande d'autorisation ne tranche pas l'affaire sur le fond. Il détermine uniquement s'il est justifié d'accorder l'autorisation, et non si l'appel sera accueilli, même lorsque l'étude de la demande d'autorisation appelle un examen préliminaire de la question de droit en cause. C'est pourquoi les remarques sur le bien-fondé de l'affaire formulées par le tribunal saisi de la demande d'autorisation ne sauraient lier le tribunal chargé de statuer sur l'appel ni restreindre ses pouvoirs.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *British Columbia Institute of Technology (Student Assn.) c. British Columbia Institute of Technology*, 2000 BCCA 496, 192 D.L.R. (4th) 122; *King c. Operating Engineers Training Institute of Manitoba Inc.*, 2011 MBCA 80, 270 Man. R. (2d) 63; *Thorner c. Major*, [2009] UKHL 18, [2009] 3 All E.R. 945; *Prenn c. Simmonds*, [1971] 3 All E.R. 237; *Reardon Smith Line Ltd. c. Hansen-Tangen*, [1976] 3 All E.R. 570; *Jiro Enterprises Ltd. c. Spencer*, 2008 ABCA 87 (CanLII); *QK Investments Inc. c. Crocus Investment Fund*, 2008 MBCA 21, 290 D.L.R. (4th) 84; *Dow Chemical Canada Inc. c. Shell Chemicals Canada Ltd.*, 2010 ABCA 126, 25 Alta. L.R. (5th) 221; *Canada c. Costco Wholesale Canada Ltd.*, 2012 CAF 160 (CanLII); *WCI Waste Conversion Inc. c. ADI International Inc.*, 2011 PECA 14, 309

2011 PECA 14, 309 Nfld. & P.E.I.R. 1; 269893 *Alberta Ltd. v. Otter Bay Developments Ltd.*, 2009 BCCA 37, 266 B.C.A.C. 98; *Hayes Forest Services Ltd. v. Weyerhaeuser Co.*, 2008 BCCA 31, 289 D.L.R. (4th) 230; *Bell Canada v. The Plan Group*, 2009 ONCA 548, 96 O.R. (3d) 81; *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748; *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235; *Jesuit Fathers of Upper Canada v. Guardian Insurance Co. of Canada*, 2006 SCC 21, [2006] 1 S.C.R. 744; *Tercon Contractors Ltd. v. British Columbia (Transportation and Highways)*, 2010 SCC 4, [2010] 1 S.C.R. 69; *Moore Realty Inc. v. Manitoba Motor League*, 2003 MBCA 71, 173 Man. R. (2d) 300; *Investors Compensation Scheme Ltd. v. West Bromwich Building Society*, [1998] 1 All E.R. 98; *Glaswegian Enterprises Inc. v. B.C. Tel Mobility Cellular Inc.* (1997), 101 B.C.A.C. 62; *Eli Lilly & Co. v. Novopharm Ltd.*, [1998] 2 S.C.R. 129; *United Brotherhood of Carpenters and Joiners of America, Local 579 v. Bradco Construction Ltd.*, [1993] 2 S.C.R. 316; *Gutierrez v. Tropic International Ltd.* (2002), 63 O.R. (3d) 63; *Domtar Inc. v. Belkin Inc.* (1989), 39 B.C.L.R. (2d) 257; *Quan v. Cusson*, 2009 SCC 62, [2009] 3 S.C.R. 712; *Quick Auto Lease Inc. v. Nordin*, 2014 MBCA 32, 303 Man. R. (2d) 262; *R. v. Fedossenko*, 2013 ABCA 164 (CanLII); *Enns v. Hansey*, 2013 MBCA 23 (CanLII); *R. v. Hubley*, 2009 PECA 21, 289 Nfld. & P.E.I.R. 174; *R. v. Will*, 2013 SKCA 4, 405 Sask. R. 270; *Newfoundland and Labrador Nurses' Union v. Newfoundland and Labrador (Treasury Board)*, 2011 SCC 62, [2011] 3 S.C.R. 708; *Immeubles Port Louis Ltée v. Lafontaine (Village)*, [1991] 1 S.C.R. 326; *Mining Watch Canada v. Canada (Fisheries and Oceans)*, 2010 SCC 2, [2010] 1 S.C.R. 6; *R. v. Bellusci*, 2012 SCC 44, [2012] 2 S.C.R. 509; *R. v. Bjelland*, 2009 SCC 38, [2009] 2 S.C.R. 651; *R. v. Regan*, 2002 SCC 12, [2002] 1 S.C.R. 297; *Homex Realty and Development Co. v. Corporation of the Village of Wyoming*, [1980] 2 S.C.R. 1011; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654; *Canadian Western Bank v. Alberta*, 2007 SCC 22, [2007] 2 S.C.R. 3; *Pacifica Mortgage Investment Corp. v. Laus Holdings Ltd.*, 2013 BCCA 95, 333 B.C.A.C. 310, leave to appeal refused, [2013] 3 S.C.R. viii; *Tamil Co-operative Homes Inc. v. Arulappah* (2000), 49 O.R. (3d) 566.

Statutes and Regulations Cited

Administrative Tribunals Act, S.B.C. 2004, c. 45, ss. 58, 59.
Arbitration Act, R.S.B.C. 1996, c. 55 [formerly *Commercial Arbitration Act*], s. 31.
Civil Code of Québec.

Nfld. & P.E.I.R. 1; 269893 *Alberta Ltd. c. Otter Bay Developments Ltd.*, 2009 BCCA 37, 266 B.C.A.C. 98; *Hayes Forest Services Ltd. c. Weyerhaeuser Co.*, 2008 BCCA 31, 289 D.L.R. (4th) 230; *Bell Canada c. The Plan Group*, 2009 ONCA 548, 96 O.R. (3d) 81; *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748; *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *Jesuit Fathers of Upper Canada c. Cie d'assurance Guardian du Canada*, 2006 CSC 21, [2006] 1 R.C.S. 744; *Tercon Contractors Ltd. c. Colombie-Britannique (Transports et Voirie)*, 2010 CSC 4, [2010] 1 R.C.S. 69; *Moore Realty Inc. c. Manitoba Motor League*, 2003 MBCA 71, 173 Man. R. (2d) 300; *Investors Compensation Scheme Ltd. c. West Bromwich Building Society*, [1998] 1 All E.R. 98; *Glaswegian Enterprises Inc. c. B.C. Tel Mobility Cellular Inc.* (1997), 101 B.C.A.C. 62; *Eli Lilly & Co. c. Novopharm Ltd.*, [1998] 2 R.C.S. 129; *Fraternité unie des charpentiers et menuisiers d'Amérique, section locale 579 c. Bradco Construction Ltd.*, [1993] 2 R.C.S. 316; *Gutierrez c. Tropic International Ltd.* (2002), 63 O.R. (3d) 63; *Domtar Inc. c. Belkin Inc.* (1989), 39 B.C.L.R. (2d) 257; *Quan c. Cusson*, 2009 CSC 62, [2009] 3 R.C.S. 712; *Quick Auto Lease Inc. c. Nordin*, 2014 MBCA 32, 303 Man. R. (2d) 262; *R. c. Fedossenko*, 2013 ABCA 164 (CanLII); *Enns c. Hansey*, 2013 MBCA 23 (CanLII); *R. c. Hubley*, 2009 PECA 21, 289 Nfld. & P.E.I.R. 174; *R. c. Will*, 2013 SKCA 4, 405 Sask. R. 270; *Newfoundland and Labrador Nurses' Union c. Terre-Neuve-et-Labrador (Conseil du Trésor)*, 2011 CSC 62, [2011] 3 R.C.S. 708; *Immeubles Port Louis Ltée c. Lafontaine (Village)*, [1991] 1 R.C.S. 326; *Mines Alerte Canada c. Canada (Pêches et Océans)*, 2010 CSC 2, [2010] 1 R.C.S. 6; *R. c. Bellusci*, 2012 CSC 44, [2012] 2 R.C.S. 509; *R. c. Bjelland*, 2009 CSC 38, [2009] 2 R.C.S. 651; *R. c. Regan*, 2002 CSC 12, [2002] 1 R.C.S. 297; *Homex Realty and Development Co. c. Corporation of the Village of Wyoming*, [1980] 2 R.C.S. 1011; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654; *Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*, 2007 CSC 22, [2007] 2 R.C.S. 3; *Pacifica Mortgage Investment Corp. c. Laus Holdings Ltd.*, 2013 BCCA 95, 333 B.C.A.C. 310, autorisation d'appel refusée, [2013] 3 R.C.S. viii; *Tamil Co-operative Homes Inc. c. Arulappah* (2000), 49 O.R. (3d) 566.

Lois et règlements cités

Administrative Tribunals Act, S.B.C. 2004, ch. 45, art. 58, 59.
Arbitration Act, R.S.B.C. 1996, ch. 55 [auparavant *Commercial Arbitration Act*], art. 31.
Code civil du Québec.

Authors Cited

- Brown, Donald J. M., and John M. Evans, with the assistance of Christine E. Deacon. *Judicial Review of Administrative Action in Canada*. Toronto: Canvasback, 1998 (loose-leaf updated May 2014, release 1).
- Dyzenhaus, David. “The Politics of Deference: Judicial Review and Democracy”, in Michael Taggart, ed., *The Province of Administrative Law*. Oxford: Hart, 1997, 279.
- Hall, Geoff R. *Canadian Contractual Interpretation Law*, 2nd ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2012.
- Lewison, Kim. *The Interpretation of Contracts*, 5th ed. London: Sweet & Maxwell, 2011 & Supp. 2013.
- McCamus, John D. *The Law of Contracts*, 2nd ed. Toronto: Irwin Law, 2012.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Newbury, Low and Levine JJ.A.), 2010 BCCA 239, 7 B.C.L.R. (5th) 227, 319 D.L.R. (4th) 219, [2010] B.C.J. No. 891 (QL), 2010 CarswellBC 1210, setting aside a decision of Greyell J., 2009 BCSC 1079, [2009] B.C.J. No. 1597 (QL), 2009 CarswellBC 2096, and from a subsequent judgment of the British Columbia Court of Appeal (Kirkpatrick, Neilson and Bennett JJ.A.), 2012 BCCA 329, 36 B.C.L.R. (5th) 71, 326 B.C.A.C. 114, 554 W.A.C. 114, 2 B.L.R. (5th) 1, [2012] B.C.J. No. 1631 (QL), 2012 CarswellBC 2327, setting aside a decision of Armstrong J., 2011 BCSC 597, 84 B.L.R. (4th) 102, [2011] B.C.J. No. 861 (QL), 2011 CarswellBC 1124. Appeal allowed.

Michael A. Feder and Tammy Shoranick, for the appellant.

Darrell W. Roberts, Q.C., and *David Mitchell*, for the respondent.

Jonathan Eades and Micah Weintraub, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

David Wotherspoon and Gavin R. Cameron, for the intervener the BCICAC Foundation.

Doctrine et autres documents cités

- Brown, Donald J. M., and John M. Evans, with the assistance of Christine E. Deacon. *Judicial Review of Administrative Action in Canada*. Toronto : Canvasback, 1998 (loose-leaf updated May 2014, release 1).
- Dyzenhaus, David. « The Politics of Deference : Judicial Review and Democracy », in Michael Taggart, ed., *The Province of Administrative Law*. Oxford : Hart, 1997, 279.
- Hall, Geoff R. *Canadian Contractual Interpretation Law*, 2nd ed. Markham, Ont. : LexisNexis, 2012.
- Lewison, Kim. *The Interpretation of Contracts*, 5th ed. London : Sweet & Maxwell, 2011 & Supp. 2013.
- McCamus, John D. *The Law of Contracts*, 2nd ed. Toronto : Irwin Law, 2012.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de la Colombie-Britannique (les juges Newbury, Low et Levine), 2010 BCCA 239, 7 B.C.L.R. (5th) 227, 319 D.L.R. (4th) 219, [2010] B.C.J. No. 891 (QL), 2010 CarswellBC 1210, qui a infirmé une décision du juge Greyell, 2009 BCSC 1079, [2009] B.C.J. No. 1597 (QL), 2009 CarswellBC 2096, et contre un arrêt subséquent de la Cour d’appel de la Colombie-Britannique (les juges Kirkpatrick, Neilson et Bennett), 2012 BCCA 329, 36 B.C.L.R. (5th) 71, 326 B.C.A.C. 114, 554 W.A.C. 114, 2 B.L.R. (5th) 1, [2012] B.C.J. No. 1631 (QL), 2012 CarswellBC 2327, qui a infirmé une décision du juge Armstrong, 2011 BCSC 597, 84 B.L.R. (4th) 102, [2011] B.C.J. No. 861 (QL), 2011 CarswellBC 1124. Pourvoi accueilli.

Michael A. Feder et Tammy Shoranick, pour l’appelante.

Darrell W. Roberts, c.r., et *David Mitchell*, pour l’intimée.

Jonathan Eades et Micah Weintraub, pour l’intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

David Wotherspoon et Gavin R. Cameron, pour l’intervenante BCICAC Foundation.

TABLE OF CONTENTS

	Paragraph
I. Facts.....	2
II. Arbitral Award	11
III. Judicial History.....	19
A. <i>British Columbia Supreme Court — Leave to Appeal Decision, 2009 BCSC 1079</i>	19
B. <i>British Columbia Court of Appeal — Leave to Appeal Decision, 2010 BCCA 239</i>	21
C. <i>British Columbia Supreme Court — Appeal Decision, 2011 BCSC 597</i>	23
D. <i>British Columbia Court of Appeal — Appeal Decision, 2012 BCCA 329</i>	28
IV. Issues	31
V. Analysis	32
A. <i>The Leave Issue Is Properly Before This Court</i>	32
B. <i>The CA Leave Court Erred in Granting Leave Under Section 31(2) of the AA</i>	38
(1) Considerations Relevant to Granting or Denying Leave to Appeal Under the AA	38
(2) The Result Is Important to the Parties	41

TABLE DES MATIÈRES

	Paragraphe
I. Faits	2
II. Sentence arbitrale	11
III. Historique judiciaire	19
A. <i>Cour suprême de la Colombie-Britannique — décision sur la demande d'autorisation d'appel, 2009 BCSC 1079</i>	19
B. <i>Cour d'appel de la Colombie-Britannique — décision sur la demande d'autorisation d'appel, 2010 BCCA 239</i>	21
C. <i>Cour suprême de la Colombie-Britannique — décision sur l'appel, 2011 BCSC 597</i>	23
D. <i>Cour d'appel de la Colombie-Britannique — décision sur l'appel, 2012 BCCA 329</i>	28
IV. Questions en litige	31
V. Analyse	32
A. <i>Notre Cour est saisie à bon droit de la question de l'autorisation</i>	32
B. <i>La Cour d'appel a commis une erreur en autorisant l'appel en vertu du par. 31(2) de l'AA</i>	38
(1) Facteurs qui entrent en ligne de compte dans l'analyse de la demande d'autorisation d'appel présentée au titre de l'AA	38
(2) L'issue est importante pour les parties ...	41

(3) The Question Under Appeal Is Not a Question of Law 42	(3) La question soulevée n'est pas une question de droit 42
(a) <i>When Is Contractual Interpretation a Question of Law?</i> 42	a) <i>Dans quelles circonstances l'interprétation contractuelle est-elle une question de droit?</i> 42
(b) <i>The Role and Nature of the "Surrounding Circumstances"</i> 56	b) <i>Le rôle et la nature des « circonstances »</i> 56
(c) <i>Considering the Surrounding Circumstances Does Not Offend the Parol Evidence Rule</i> 59	c) <i>Tenir compte des circonstances n'est pas contraire à la règle d'exclusion de la preuve extrinsèque</i> 59
(d) <i>Application to the Present Case</i> 62	d) <i>Application au présent pourvoi</i> 62
(4) May Prevent a Miscarriage of Justice 68	(4) Le règlement de la question de droit peut permettre d'éviter une erreur judiciaire 68
(a) <i>Miscarriage of Justice for the Purposes of Section 31(2)(a) of the AA</i> 68	a) <i>L'erreur judiciaire pour l'application de l'al. 31(2)(a) de l'AA</i> 68
(b) <i>Application to the Present Case</i> 80	b) <i>Application au présent pourvoi</i> 80
(5) Residual Discretion to Deny Leave 85	(5) Le pouvoir discrétionnaire résiduel qui habilite à refuser l'autorisation 85
(a) <i>Considerations in Exercising Residual Discretion in a Section 31(2)(a) Leave Application</i> 85	a) <i>Éléments à examiner dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire résiduel à l'égard d'une demande d'autorisation présentée en vertu de l'al. 31(2)(a)</i> 85
(b) <i>Application to the Present Case</i> 93	b) <i>Application au présent pourvoi</i> 93
C. <i>Standard of Review Under the AA</i> 102	C. <i>Norme de contrôle applicable aux affaires régies par l'AA</i> 102
D. <i>The Arbitrator Reasonably Construed the Agreement as a Whole</i> 107	D. <i>L'arbitre a donné une interprétation raisonnable de l'entente considérée dans son ensemble</i> 107

E. <i>Appeal Courts Are Not Bound by Comments on the Merits of the Appeal Made by Leave Courts</i>	120
--	-----

VI. Conclusion.....	125
---------------------	-----

APPENDIX I

Relevant Provisions of the Sattva-Creston Finder's Fee Agreement

APPENDIX II

Section 3.3 of TSX Venture Exchange Policy 5.1: Loans, Bonuses, Finder's Fees and Commissions

APPENDIX III

Commercial Arbitration Act, R.S.B.C. 1996, c. 55 (as it read on January 12, 2007) (now the *Arbitration Act*)

The judgment of the Court was delivered by

[1] ROTHSTEIN J. — When is contractual interpretation to be treated as a question of mixed fact and law and when should it be treated as a question of law? How is the balance between reviewability and finality of commercial arbitration awards under the *Commercial Arbitration Act*, R.S.B.C. 1996, c. 55 (now the *Arbitration Act*, hereinafter the “AA”), to be determined? Can findings made by a court granting leave to appeal with respect to the merits of an appeal bind the court that ultimately decides the appeal? These are three of the issues that arise in this appeal.

I. Facts

[2] The issues in this case arise out of the obligation of Creston Moly Corporation (formerly Georgia Ventures Inc.) to pay a finder's fee to Sattva Capital

E. <i>La formation saisie de l'appel n'est pas liée par les observations formulées par la formation saisie de la demande d'autorisation sur le bien-fondé de l'appel</i>	120
--	-----

VI. Conclusion.....	125
---------------------	-----

ANNEXE I

Dispositions pertinentes de l'entente relative aux honoraires d'intermédiation conclue entre Sattva et Creston

ANNEXE II

Point 3.3 de la politique 5.1 de la Bourse de croissance TSX : Emprunts, primes, honoraires d'intermédiation et commissions

ANNEXE III

Commercial Arbitration Act, R.S.B.C. 1996, ch. 55 (dans sa version du 12 janvier 2007) (maintenant l'*Arbitration Act*)

Version française du jugement de la Cour rendu par

[1] LE JUGE ROTHSTEIN — Dans quelles circonstances l'interprétation contractuelle est-elle une question mixte de fait et de droit et dans quelles circonstances est-elle une question de droit? Comment établir l'équilibre entre le caractère révisable et l'irrévocabilité des sentences arbitrales commerciales prononcées sous le régime de la *Commercial Arbitration Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 55 (maintenant l'*Arbitration Act*, ci-après l'« AA »)? Les conclusions relatives au bien-fondé de l'appel tirées par le tribunal qui autorise l'appel peuvent-elles lier celui qui est appelé à trancher l'appel? Voilà trois questions qui sont soulevées dans le présent pourvoi.

I. Faits

[2] Les questions soulevées dans le présent pourvoi découlent de l'obligation de Creston Moly Corporation (anciennement Georgia Ventures Inc.) de

Corporation (formerly Sattva Capital Inc.). The parties agree that Sattva is entitled to a finder's fee of US\$1.5 million and is entitled to be paid this fee in shares of Creston, cash or a combination thereof. They disagree on which date should be used to price the Creston shares and therefore the number of shares to which Sattva is entitled.

[3] Mr. Hai Van Le, a principal of Sattva, introduced Creston to the opportunity to acquire a molybdenum mining property in Mexico. On January 12, 2007, the parties entered into an agreement (the "Agreement") that required Creston to pay Sattva a finder's fee in relation to the acquisition of this property. The relevant provisions of the Agreement are set out in Appendix I.

[4] On January 30, 2007, Creston entered into an agreement to purchase the property for US\$30 million. On January 31, 2007, at the request of Creston, trading of Creston's shares on the TSX Venture Exchange ("TSXV") was halted to prevent speculation while Creston completed due diligence in relation to the purchase. On March 26, 2007, Creston announced it intended to complete the purchase and trading resumed the following day.

[5] The Agreement provides that Sattva was to be paid a finder's fee equal to the maximum amount that could be paid pursuant to s. 3.3 of Policy 5.1 in the TSXV Policy Manual. Section 3.3 of Policy 5.1 is incorporated by reference into the Agreement at s. 3.1 and is set out in Appendix II of these reasons. The maximum amount pursuant to s. 3.3 of Policy 5.1 in this case is US\$1.5 million.

[6] According to the Agreement, by default, the fee would be paid in Creston shares. The fee would only be paid in cash or a combination of shares and cash if Sattva made such an election. Sattva made no such election and was therefore entitled to be paid the fee in shares. The finder's fee was to be paid no later than five working days after the closing of the transaction purchasing the molybdenum mining property.

payer des honoraires d'intermédiation à Sattva Capital Corporation (anciennement Sattva Capital Inc.). Les parties reconnaissent que Sattva a droit à des honoraires d'intermédiation de 1,5 million \$US, qui peuvent lui être versés en argent, en actions de Creston, ou en argent et en actions. Elles ne s'entendent pas sur la date qui devrait être retenue pour évaluer le cours de l'action et, par conséquent, sur le nombre d'actions que Sattva recevra.

[3] M. Hai Van Le, un directeur de Sattva, a fait part à Creston de la possibilité d'acquérir une propriété minière de molybdène au Mexique. Le 12 janvier 2007, les parties ont conclu une entente (l'« entente »), selon laquelle Creston devait payer à Sattva des honoraires d'intermédiation relativement à l'acquisition de cette propriété. Les dispositions pertinentes de l'entente sont énoncées à l'annexe I.

[4] Le 30 janvier 2007, Creston a conclu une convention d'achat de la propriété, le prix étant fixé à 30 millions \$US. Le 31 janvier 2007, Creston a demandé que la négociation de ses actions à la Bourse de croissance TSX (la « Bourse ») soit suspendue afin d'empêcher la spéculation le temps d'achever le contrôle diligent préalable à l'achat. Le 26 mars 2007, Creston a annoncé qu'elle avait l'intention de conclure l'achat, et la négociation à la bourse a repris le lendemain.

[5] Aux termes de l'entente, Sattva doit recevoir des honoraires d'intermédiation correspondant au plafond autorisé par le point 3.3 de la politique 5.1 qui se trouve dans le Guide du financement des sociétés de la Bourse. Le point 3.3 est incorporé par renvoi à l'entente, à l'art. 3.1, et il est reproduit à l'annexe II des présents motifs. Dans le cas qui nous occupe, le plafond autorisé au point 3.3 de la politique 5.1 est de 1,5 million \$US.

[6] Aux termes de l'entente, à moins d'indication contraire, les honoraires sont payés sous forme d'actions de Creston. Ils ne seraient versés en argent ou en argent et en actions que si Sattva avait indiqué avoir fait tel choix, ce qu'elle n'a pas fait. Ses honoraires devaient donc lui être versés sous forme d'actions au plus tard cinq jours ouvrables après la conclusion de l'achat de la propriété minière de molybdène.

[7] The dispute between the parties concerns which date should be used to determine the price of Creston shares and thus the number of shares to which Sattva is entitled. Sattva argues that the share price is dictated by the Market Price definition at s. 2 of the Agreement, i.e. the price of the shares “as calculated on close of business day before the issuance of the press release announcing the Acquisition”. The press release announcing the acquisition was released on March 26, 2007. Prior to the halt in trading on January 31, 2007, the last closing price of Creston shares was \$0.15. On this interpretation, Sattva would receive approximately 11,460,000 shares (based on the finder’s fee of US\$1.5 million).

[8] Creston claims that the Agreement’s “maximum amount” proviso means that Sattva cannot receive cash or shares valued at more than US\$1.5 million on the date the fee is payable. The shares were payable no later than five days after May 17, 2007, the closing date of the transaction. At that time, the shares were priced at \$0.70 per share. This valuation is based on the price an investment banking firm valued Creston at as part of underwriting a private placement of shares on April 17, 2007. On this interpretation, Sattva would receive approximately 2,454,000 shares, some 9 million fewer shares than if the shares were priced at \$0.15 per share.

[9] The parties entered into arbitration pursuant to the AA. The arbitrator found in favour of Sattva. Creston sought leave to appeal the arbitrator’s decision pursuant to s. 31(2) of the AA. Leave was denied by the British Columbia Supreme Court (2009 BCSC 1079 (CanLII) (“SC Leave Court”). Creston successfully appealed this decision and was granted leave to appeal the arbitrator’s decision by the British Columbia Court of Appeal (2010 BCCA 239, 7 B.C.L.R. (5th) 227 (“CA Leave Court”).

[10] The British Columbia Supreme Court judge who heard the merits of the appeal (2011 BCSC

[7] Le différend qui oppose les parties porte sur la date à retenir pour fixer le cours de l’action de Creston et, par conséquent, le nombre d’actions auquel Sattva a droit. Cette dernière prétend que la valeur de l’action est dictée par la définition du « cours », à l’art. 2 de l’entente, c.-à-d. la valeur de l’action [TRADUCTION] « le dernier jour ouvrable avant la publication du communiqué de presse annonçant l’acquisition ». Le communiqué de presse a été publié le 26 mars 2007. Avant la suspension de la négociation des actions le 31 janvier 2007, le dernier cours de clôture de l’action de Creston s’établissait à 0,15 \$. Suivant cette interprétation, Sattva recevrait environ 11 460 000 actions (selon le calcul effectué en fonction des honoraires d’intermédiation de 1,5 million \$US).

[8] Creston prétend que la stipulation relative au « plafond », qui figure dans l’entente, a pour effet de limiter à 1,5 million \$US la somme d’argent ou la valeur des actions que peut recevoir Sattva à la date de versement des honoraires. Les actions devaient être cédées au plus tard cinq jours après le 17 mai 2007, date de conclusion de l’achat. À ce moment-là, l’action de Creston valait 0,70 \$, selon les calculs effectués par une société bancaire d’investissement en vue d’un placement privé par voie de prise ferme le 17 avril 2007. Suivant cette interprétation, Sattva recevrait environ 2 454 000 actions, soit environ 9 millions d’actions de moins que si chacune valait 0,15 \$.

[9] Les parties ont soumis le différend à l’arbitrage conformément à l’AA. L’arbitre a statué en faveur de Sattva. Creston a demandé l’autorisation d’interjeter appel de la sentence arbitrale en vertu du par. 31(2) de l’AA. La Cour suprême de la Colombie-Britannique a refusé l’autorisation (2009 BCSC 1079 (CanLII) (« formation de la CS saisie de la demande d’autorisation »)). Creston a appelé de cette décision et obtenu l’autorisation de la Cour d’appel de la Colombie-Britannique d’interjeter appel de la sentence arbitrale (2010 BCCA 239, 7 B.C.L.R. (5th) 227 (« formation de la CA saisie de la demande d’autorisation »)).

[10] Le juge de la Cour suprême de la Colombie-Britannique chargé de statuer sur le bien-fondé de

597, 84 B.L.R. (4th) 102 (“SC Appeal Court”)) upheld the arbitrator’s award. Creston appealed that decision to the British Columbia Court of Appeal (2012 BCCA 329, 36 B.C.L.R. (5th) 71 (“CA Appeal Court”)). That court overturned the SC Appeal Court and found in favour of Creston. Sattva appeals the decisions of the CA Leave Court and CA Appeal Court to this Court.

II. Arbitral Award

[11] The arbitrator, Leon Getz, Q.C., found in favour of Sattva, holding that it was entitled to receive its US\$1.5 million finder’s fee in shares priced at \$0.15 per share.

[12] The arbitrator based his decision on the Market Price definition in the Agreement:

What, then, was the “Market Price” within the meaning of the Agreement? The relevant press release is that issued on March 26 Although there was no closing price on March 25 (the shares being on that date halted), the “last closing price” within the meaning of the definition was the \$0.15 at which the [Creston] shares closed on January 30, the day before trading was halted “pending news” This conclusion requires no stretching of the words of the contractual definition; on the contrary, it falls literally within those words. [para. 22]

[13] Both the Agreement and the finder’s fee had to be approved by the TSXV. Creston was responsible for securing this approval. The arbitrator found that it was either an implied or an express term of the Agreement that Creston would use its best efforts to secure the TSXV’s approval and that Creston did not apply its best efforts to this end.

[14] As previously noted, by default, the finder’s fee would be paid in shares unless Sattva made an election otherwise. The arbitrator found that

l’appel (2011 BCSC 597, 84 B.L.R. (4th) 102 (« formation de la CS saisie de l’appel »)) a confirmé la sentence arbitrale. Creston a interjeté appel de cette décision devant la Cour d’appel de la Colombie-Britannique (2012 BCCA 329, 36 B.C.L.R. (5th) 71 (« formation de la CA saisie de l’appel »)), laquelle a infirmé la décision de la formation de la CS saisie de l’appel et a donné gain de cause à Creston. Sattva interjette appel des décisions des deux formations de la CA, soit celle saisie de la demande d’autorisation et celle saisie de l’appel, devant la Cour.

II. Sentence arbitrale

[11] L’arbitre, Leon Getz, c.r., a donné gain de cause à Sattva, concluant qu’elle était en droit de recevoir des honoraires d’intermédiation de 1,5 million \$US en actions, à raison de 0,15 \$ l’action.

[12] L’arbitre a fondé sa décision sur la définition du « cours » figurant dans l’entente :

[TRADUCTION] Qu’était donc le « cours » au sens de l’entente? Le communiqué de presse pertinent est celui qui a été publié le 26 mars [. . .] Il n’y avait pas de cours de clôture le 25 mars (la négociation des actions était suspendue à cette date). Par conséquent, le « dernier cours de clôture », au sens où cette expression est employée dans la définition, était de 0,15 \$, soit le cours de clôture des actions de [Creston] le 30 janvier, le jour précédant la suspension des opérations « jusqu’à nouvel ordre » [. . .] Cette conclusion ne nécessite aucune extension de sens des mots employés dans la définition qui figure au contrat. Au contraire, elle concorde littéralement avec la définition. [par. 22]

[13] L’entente et les honoraires d’intermédiation devaient être approuvés par la Bourse. Creston était chargée d’obtenir cette approbation. L’arbitre a conclu qu’il était implicitement ou expressément prévu dans l’entente que Creston ferait de son mieux pour obtenir l’approbation de la Bourse. Selon lui, Creston n’avait pas fait de son mieux pour y arriver.

[14] Comme nous l’avons expliqué, les honoraires d’intermédiation se payaient en actions à moins d’avis contraire de la part de Sattva. L’arbitre a

Sattva never made such an election. Despite this, Creston represented to the TSXV that the finder's fee was to be paid in cash. The TSXV conditionally approved a finder's fee of US\$1.5 million to be paid in cash. Sattva first learned that the fee had been approved as a cash payment in early June 2007. When Sattva raised this matter with Creston, Creston responded by saying that Sattva had the choice of taking the finder's fee in cash or in shares priced at \$0.70.

[15] Sattva maintained that it was entitled to have the finder's fee paid in shares priced at \$0.15. Creston asked its lawyer to contact the TSXV to clarify the minimum share price it would approve for payment of the finder's fee. The TSXV confirmed on June 7, 2007 over the phone and August 9, 2007 via email that the minimum share price that could be used to pay the finder's fee was \$0.70 per share. The arbitrator found that Creston "consistently misrepresented or at the very least failed to disclose fully the nature of the obligation it had undertaken to Sattva" (para. 56(k)) and "that in the absence of an election otherwise, Sattva is entitled under that Agreement to have that fee paid in shares at \$0.15" (para. 56(g)). The arbitrator found that the first time Sattva's position was squarely put before the TSXV was in a letter from Sattva's solicitor on October 9, 2007.

[16] The arbitrator found that had Creston used its best efforts, the TSXV could have approved the payment of the finder's fee in shares priced at \$0.15 and such a decision would have been consistent with its policies. He determined that there was "a substantial probability that [TSXV] approval would have been given" (para. 81). He assessed that probability at 85 percent.

[17] The arbitrator found that Sattva could have sold its Creston shares after a four-month holding period at between \$0.40 and \$0.44 per share, netting proceeds of between \$4,583,914 and \$5,156,934.

conclu que Sattva n'avait pas manifesté de choix. Malgré cela, Creston a déclaré à la Bourse que les honoraires d'intermédiation seraient versés en argent. La Bourse a donc approuvé conditionnellement le versement d'une somme de 1,5 million \$US en argent. Sattva a appris qu'un versement en argent de ses honoraires avait été approuvé au début du mois de juin 2007. Quand Sattva a abordé ce point avec Creston, cette dernière a répondu que Sattva avait le choix de percevoir ses honoraires en argent ou en actions, à raison de 0,70 \$ l'action.

[15] Sattva a soutenu qu'elle avait droit au versement des honoraires d'intermédiation en actions, à raison de 0,15 \$ l'action. Creston a demandé à ses avocats de communiquer avec la Bourse afin qu'elle indique la valeur minimale de l'action qu'elle approuverait pour le versement des honoraires d'intermédiation. La Bourse a confirmé, par téléphone le 7 juin 2007 et par courriel le 9 août de la même année, qu'un cours minimal de 0,70 \$ l'action s'appliquait aux fins du calcul des honoraires d'intermédiation. Selon l'arbitre, Creston [TRADUCTION] « a constamment fait des déclarations inexactes quant à l'obligation qu'elle avait contractée envers Sattva ou, à tout le moins, omis d'en divulguer complètement la nature » (par. 56(k)) et qu'« à moins que Sattva n'en décide autrement, elle a le droit aux termes de l'entente de percevoir ces honoraires sous forme d'actions, à raison de 0,15 \$ l'action » (par. 56(g)). Selon l'arbitre, la position de Sattva a été véritablement présentée à la Bourse pour la première fois dans la lettre de l'avocat de celle-ci datée du 9 octobre 2007.

[16] L'arbitre était d'avis que si Creston avait fait de son mieux, la Bourse aurait pu approuver le versement des honoraires d'intermédiation sous forme d'actions, à 0,15 \$ l'action, et qu'une telle décision aurait été conforme à ses politiques. Il a affirmé que [TRADUCTION] « [la Bourse] aurait fort probablement donné son approbation » (par. 81) et il a évalué cette probabilité à 85 p. 100.

[17] Selon l'arbitre, Sattva aurait pu vendre ses actions de Creston après quatre mois à un prix variant entre 0,40 et 0,44 \$ l'unité, ce qui aurait représenté un produit net situé dans une fourchette de

The arbitrator took the average of those two amounts, which came to \$4,870,424, and then assessed damages at 85 percent of that number, which came to \$4,139,860, and rounded it to \$4,140,000 plus costs.

[18] After this award was made, Creston made a cash payment of US\$1.5 million (or the equivalent in Canadian dollars) to Sattva. The balance of the damages awarded by the arbitrator was placed in the trust account of Sattva's solicitors.

III. Judicial History

A. *British Columbia Supreme Court — Leave to Appeal Decision, 2009 BCSC 1079*

[19] The SC Leave Court denied leave to appeal because it found the question on appeal was not a question of law as required under s. 31 of the AA. In the judge's view, the issue was one of mixed fact and law because the arbitrator relied on the "factual matrix" in coming to his conclusion. Specifically, determining how the finder's fee was to be paid involved examining "the TSX's policies concerning the maximum amount of the finder's fee payable, as well as the discretionary powers granted to the Exchange in determining that amount" (para. 35).

[20] The judge found that even had he found a question of law was at issue he would have exercised his discretion against granting leave because of Creston's conduct in misrepresenting the status of the finder's fee to the TSXV and Sattva, and "on the principle that one of the objectives of the [AA] is to foster and preserve the integrity of the arbitration system" (para. 41).

4 583 914 \$ à 5 156 934 \$. Établissant la moyenne de ces deux sommes d'argent à 4 870 424 \$, l'arbitre a ensuite évalué les dommages-intérêts à 85 p. 100 de ce nombre, soit 4 139 860 \$, qu'il a ensuite arrondis à la hausse, pour obtenir 4 140 000 \$, plus les dépens.

[18] Après le prononcé de cette sentence arbitrale, Creston a versé 1,5 million \$US (ou l'équivalent en dollars canadiens) à Sattva. Le solde des dommages-intérêts accordés par l'arbitre a été placé dans le compte en fiducie des avocats de Sattva.

III. Historique judiciaire

A. *Cour suprême de la Colombie-Britannique — décision sur la demande d'autorisation d'appel, 2009 BCSC 1079*

[19] La Cour suprême de la Colombie-Britannique a rejeté la demande d'autorisation d'appel parce qu'elle était d'avis que la question soulevée n'était pas une question de droit, un critère prévu à l'art. 31 de l'AA. Selon le juge, il s'agissait d'une question mixte de fait et de droit puisque l'arbitre avait appuyé sa conclusion sur le [TRADUCTION] « fondement factuel ». Plus précisément, pour déterminer sous quelle forme les honoraires d'intermédiation devaient être versés, il fallait examiner « les politiques de la TSX se rapportant au plafond applicable aux honoraires d'intermédiation, ainsi que les pouvoirs discrétionnaires dont dispose la Bourse pour déterminer le montant des honoraires » (par. 35).

[20] Le juge a conclu que, même s'il avait été d'avis que le litige soulevait une question de droit, il aurait exercé son pouvoir discrétionnaire pour refuser l'autorisation d'appel en raison des déclarations inexactes faites par Creston à propos des honoraires d'intermédiation à la Bourse et à Sattva, et par égard pour le [TRADUCTION] « principe selon lequel l'[AA] a notamment pour objectif de favoriser et de préserver l'intégrité du système d'arbitrage » (par. 41).

B. *British Columbia Court of Appeal — Leave to Appeal Decision, 2010 BCCA 239*

[21] The CA Leave Court reversed the SC Leave Court and granted Creston’s application for leave to appeal the arbitral award. It found the SC Leave Court “err[ed] in failing to find that the arbitrator’s failure to address the meaning of s. 3.1 of the Agreement (and in particular the ‘maximum amount’ provision) raised a question of law” (para. 23). The CA Leave Court decided that the construction of s. 3.1 of the Agreement, and in particular the “maximum amount” proviso, was a question of law because it did not involve reference to the facts of what the TSXV was told or what it decided.

[22] The CA Leave Court acknowledged that Creston was “less than forthcoming in its dealings with Mr. Le and the [TSXV]” but said that “these facts are not directly relevant to the question of law it advances on the appeal” (para. 27). With respect to the SC leave judge’s reference to the preservation of the integrity of the arbitration system, the CA Leave Court said that the parties would have known when they chose to enter arbitration under the AA that an appeal on a question of law was possible. Additionally, while the finality of arbitration is an important factor in exercising discretion, when “a question of law arises on a matter of importance and a miscarriage of justice might be perpetrated if an appeal were not available, the integrity of the process requires, at least in the circumstances of this case, that the right of appeal granted by the legislation also be respected” (para. 29).

C. *British Columbia Supreme Court — Appeal Decision, 2011 BCSC 597*

[23] Armstrong J. reviewed the arbitrator’s decision on a correctness standard. He dismissed the

B. *Cour d’appel de la Colombie-Britannique — décision sur la demande d’autorisation d’appel, 2010 BCCA 239*

[21] La Cour d’appel a infirmé la décision de la Cour suprême et a accueilli la demande, présentée par Creston, en autorisation d’interjeter appel de la sentence arbitrale. Selon elle, la Cour suprême avait [TRADUCTION] « commis une erreur en ne reconnaissant pas que l’omission par l’arbitre d’examiner la signification de l’art. 3.1 de l’entente (et plus particulièrement de la stipulation relative au “plafond”) soulevait une question de droit » (par. 23). La Cour d’appel a conclu que l’interprétation de l’art. 3.1 de l’entente, et plus particulièrement de la stipulation relative au « plafond », constituait une question de droit parce qu’elle ne reposait pas sur les faits de l’affaire, à savoir les renseignements communiqués à la Bourse et la décision de cette dernière.

[22] La Cour d’appel a reconnu que Creston s’était montrée [TRADUCTION] « moins que franche dans ses démarches auprès de M. Le et de [la Bourse] », mais a déclaré que « ces faits n’intéressent pas directement la question de droit qu’elle soulève en appel » (par. 27). Au sujet de la remarque sur la préservation de l’intégrité du système d’arbitrage formulée par la formation de la CS saisie de la demande d’autorisation d’appel, la formation de la CA saisie de la demande d’autorisation a dit que les parties, quand elles ont choisi de soumettre leur différend à l’arbitrage en vertu de l’AA, savaient que l’appel d’une question de droit était possible. De plus, bien que l’irrévocabilité de la sentence arbitrale constitue un facteur important dans l’exercice du pouvoir discrétionnaire, lorsqu’« une question de droit importante est soulevée et qu’il y a risque d’erreur judiciaire en cas d’impossibilité d’interjeter appel, l’intégrité du processus exige, du moins dans les circonstances de l’espèce, que le droit d’appel conféré par la loi soit respecté » (par. 29).

C. *Cour suprême de la Colombie-Britannique — décision sur l’appel, 2011 BCSC 597*

[23] Le juge Armstrong a contrôlé la sentence arbitrale selon la norme de la décision correcte. Il

appeal, holding the arbitrator's interpretation of the Agreement was correct.

[24] Armstrong J. found that the plain and ordinary meaning of the Agreement required that the US\$1.5 million fee be paid in shares priced at \$0.15. He did not find the meaning to be absurd simply because the price of the shares at the date the fee became payable had increased in relation to the price determined according to the Market Price definition. He was of the view that changes in the price of shares over time are inevitable, and that the parties, as sophisticated business persons, would have reasonably understood a fluctuation in share price to be a reality when providing for a fee payable in shares. According to Armstrong J., it is indeed because of market fluctuations that it is necessary to choose a specific date to price the shares in advance of payment. He found that this was done by defining "Market Price" in the Agreement, and that the fee remained US\$1.5 million in \$0.15 shares as determined by the Market Price definition regardless of the price of the shares at the date that the fee was payable.

[25] According to Armstrong J., that the price of the shares may be more than the Market Price definition price when they became payable was foreseeable as a "natural consequence of the fee agreement" (para. 62). He was of the view that the risk was borne by Sattva, since the price of the shares could increase, but it could also decrease such that Sattva would have received shares valued at less than the agreed upon fee of US\$1.5 million.

[26] Armstrong J. held that the arbitrator's interpretation which gave effect to both the Market Price definition and the "maximum amount" proviso should be preferred to Creston's interpretation of the agreement which ignored the Market Price definition.

[27] In response to Creston's argument that the arbitrator did not consider s. 3.1 of the Agreement

a rejeté l'appel et conclu que l'interprétation de l'entente proposée par l'arbitre était correcte.

[24] Le juge Armstrong estimait que, selon le sens ordinaire de l'entente, les honoraires de 1,5 million \$US devaient être versés en actions, à raison de 0,15 \$ l'unité. Il n'estimait pas une telle interprétation absurde du simple fait que le cours de l'action à la date du versement des honoraires était supérieur à celui déterminé suivant la définition du cours. Selon lui, avec le temps, la fluctuation des cours est inévitable, et dès lors qu'elles ont prévu la possibilité du versement des honoraires en actions, les parties, des entreprises averties, devaient raisonnablement s'attendre à la fluctuation du marché. De l'avis du juge Armstrong, c'est d'ailleurs à cause de cette fluctuation qu'il faut indiquer une date précise qui servira à déterminer la valeur de l'action avant le versement. Il est arrivé à la conclusion que pour ce faire, le « cours » était défini dans l'entente et que le montant des honoraires demeurait 1,5 million \$US, à payer sous forme d'actions à raison de 0,15 \$ l'unité, cette valeur étant établie suivant la définition du cours, sans égard à la valeur de l'action à la date du versement des honoraires.

[25] Selon le juge Armstrong, il était prévisible que le cours de l'action à la date du versement soit supérieur à celui établi conformément à la définition du cours et il s'agissait là d'une [TRADUCTION] « conséquence naturelle de l'entente relative aux honoraires d'intermédiation » (par. 62). Il était d'avis que le risque était assumé par Sattva, puisque le prix de l'action pouvait certes augmenter, mais il pouvait aussi diminuer, de sorte que Sattva aurait alors reçu un portefeuille d'actions d'une valeur inférieure au montant des honoraires (1,5 million \$US) qui avait été convenu.

[26] Le juge Armstrong était d'avis que l'interprétation de l'arbitre, laquelle donnait effet à la définition du cours et à la stipulation relative au « plafond », était préférable à celle de Creston, qui faisait fi de la définition du cours.

[27] En réponse à l'argument de Creston selon lequel l'arbitre n'avait pas examiné l'art. 3.1 de

which contains the “maximum amount” proviso, Armstrong J. noted that the arbitrator explicitly addressed the “maximum amount” proviso at para. 23 of his decision.

D. British Columbia Court of Appeal — Appeal Decision, 2012 BCCA 329

[28] The CA Appeal Court allowed Creston’s appeal, ordering that the payment of US\$1.5 million that had been made by Creston to Sattva on account of the arbitrator’s award constituted payment in full of the finder’s fee. The court reviewed the arbitrator’s decision on a standard of correctness.

[29] The CA Appeal Court found that both it and the SC Appeal Court were bound by the findings made by the CA Leave Court. There were two findings that were binding: (1) it would be anomalous if the Agreement allowed Sattva to receive US\$1.5 million if it received its fee in cash, but shares valued at approximately \$8 million if Sattva took its fee in shares; and (2) the arbitrator ignored this anomaly and did not address s. 3.1 of the Agreement.

[30] The Court of Appeal found that it was an absurd result to find that Sattva is entitled to an \$8 million finder’s fee in light of the fact that the “maximum amount” proviso in the Agreement limits the finder’s fee to US\$1.5 million. The court was of the view that the proviso limiting the fee to US\$1.5 million “when paid” should be given paramount effect (para. 47). In its opinion, giving effect to the Market Price definition could not have been the intention of the parties, nor could it have been in accordance with good business sense.

IV. Issues

[31] The following issues arise in this appeal:

l’entente, qui contient la stipulation relative au « plafond », le juge Armstrong a souligné que l’arbitre avait fait expressément référence à cette stipulation au par. 23 de la sentence arbitrale.

D. Cour d’appel de la Colombie-Britannique — décision sur l’appel, 2012 BCCA 329

[28] La Cour d’appel a accueilli l’appel de Creston et a statué que la somme de 1,5 million \$US versée par Creston en faveur de Sattva en exécution de la sentence arbitrale constituait le paiement intégral des honoraires d’intermédiation. La cour a contrôlé la sentence arbitrale suivant la norme de la décision correcte.

[29] La formation de la CA saisie de l’appel s’estimait liée, de même que la Cour suprême, par deux conclusions tirées par la formation de la CA saisie de la demande d’autorisation, à savoir : 1° il serait incongru que l’entente permette à Sattva, si elle opte pour le versement de ses honoraires en argent, de toucher 1,5 million \$US alors que, si elle opte pour le versement sous forme d’actions, elle recevra un portefeuille valant environ 8 millions \$ et 2° l’arbitre n’a pas tenu compte de cette anomalie et a fait fi de l’art. 3.1 de l’entente.

[30] Selon la Cour d’appel, conclure que Sattva avait droit à des honoraires d’intermédiation de 8 millions \$ menait à un résultat absurde, étant donné la stipulation de l’entente relative au « plafond », qui limite le montant de tels honoraires à 1,5 million \$US. La cour était d’avis qu’il faudrait donner l’effet prépondérant à cette stipulation qui limite à 1,5 million \$US les honoraires [TRADUCTION] « à la date de leur versement » (par. 47). Elle était d’avis que donner effet à la définition du cours ne saurait avoir été l’intention des parties, et ce n’était pas non plus une décision sensée sur le plan commercial.

IV. Questions en litige

[31] Les questions suivantes sont soulevées dans le présent pourvoi :

- | | |
|--|--|
| <p>(a) Is the issue of whether the CA Leave Court erred in granting leave under s. 31(2) of the AA properly before this Court?</p> <p>(b) Did the CA Leave Court err in granting leave under s. 31(2) of the AA?</p> <p>(c) If leave was properly granted, what is the appropriate standard of review to be applied to commercial arbitral decisions made under the AA?</p> <p>(d) Did the arbitrator reasonably construe the Agreement as a whole?</p> <p>(e) Did the CA Appeal Court err in holding that it was bound by comments regarding the merits of the appeal made by the CA Leave Court?</p> | <p>a) La Cour a-t-elle été saisie à bon droit de la question de savoir si la Cour d’appel a commis une erreur en autorisant l’appel en vertu du par. 31(2) de l’AA?</p> <p>b) La Cour d’appel a-t-elle commis une erreur en autorisant l’appel en vertu du par. 31(2) de l’AA?</p> <p>c) Si l’autorisation a été accordée à bon droit, quelle norme de contrôle convient-il d’appliquer aux sentences arbitrales commerciales rendues sous le régime de l’AA?</p> <p>d) L’arbitre a-t-il donné une interprétation raisonnable de l’entente dans son ensemble?</p> <p>e) La Cour d’appel a-t-elle commis une erreur en s’estimant liée par les remarques formulées par la formation de la CA saisie de la demande d’autorisation au sujet du bien-fondé de l’appel?</p> |
|--|--|

V. Analysis

A. *The Leave Issue Is Properly Before This Court*

[32] Sattva argues, in part, that the CA Leave Court erred in granting leave to appeal from the arbitrator’s decision. In Sattva’s view, the CA Leave Court did not identify a question of law, a requirement to obtain leave pursuant to s. 31(2) of the AA. Creston argues that this issue is not properly before this Court. Creston makes two arguments in support of this point.

[33] First, Creston argues that this issue was not advanced in Sattva’s application for leave to appeal to this Court. This argument must fail. Unless this Court places restrictions in the order granting leave, the order granting leave is “at large”. Accordingly, appellants may raise issues on appeal that were not set out in the leave application. However, the Court may exercise its discretion to refuse to deal with issues that were not addressed in the courts below, if there is prejudice to the respondent, or if for any other reason the Court considers it appropriate not to deal with a question.

V. Analyse

A. *Notre Cour est saisie à bon droit de la question de l’autorisation*

[32] Sattva prétend notamment que la Cour d’appel a commis une erreur en accordant l’autorisation d’interjeter appel de la sentence arbitrale. Selon elle, la Cour d’appel n’a cerné aucune question de droit, alors que l’autorisation est subordonnée à l’existence d’une telle question, aux termes du par. 31(2) de l’AA. Creston soutient que la Cour n’est pas saisie à bon droit de cette question et avance deux arguments à l’appui de sa position.

[33] Premièrement, Creston fait valoir que cette question n’était pas soulevée dans la demande d’autorisation d’appel que Sattva a présentée à la Cour. Cet argument ne saurait tenir. À moins que la Cour n’impose des restrictions dans l’ordonnance accordant l’autorisation, cette ordonnance est de « portée générale ». Par conséquent, l’appelant peut soulever en appel une question qui n’était pas énoncée dans la demande d’autorisation. La Cour peut toutefois exercer son pouvoir discrétionnaire et refuser de trancher une question qui n’a pas été abordée par les tribunaux d’instance inférieure, s’il en résulte un préjudice pour l’intimé, ou si, pour toute autre raison, elle juge opportun de ne pas la trancher.

[34] Here, this Court's order granting leave to appeal from both the CA Leave Court decision and the CA Appeal Court decision contained no restrictions (2013 CanLII 11315). The issue — whether the proposed appeal was on a question of law — was expressly argued before, and was dealt with in the judgments of, the SC Leave Court and the CA Leave Court. There is no reason Sattva should be precluded from raising this issue on appeal despite the fact it was not mentioned in its application for leave to appeal to this Court.

[35] Second, Creston argues that the issue of whether the CA Leave Court identified a question of law is not properly before this Court because Sattva did not contest this decision before all of the lower courts. Specifically, Creston states that Sattva did not argue that the question on appeal was one of mixed fact and law before the SC Appeal Court and that it conceded the issue on appeal was a question of law before the CA Appeal Court. This argument must also fail. At the SC Appeal Court, it was not open to Sattva to reargue the question of whether leave should have been granted. The SC Appeal Court was bound by the CA Leave Court's finding that leave should have been granted, including the determination that a question of law had been identified. Accordingly, Sattva could hardly be expected to reargue before the SC Appeal Court a question that had been determined by the CA Leave Court. There is nothing in the AA to indicate that Sattva could have appealed the leave decision made by a panel of the Court of Appeal to another panel of the same court. The fact that Sattva did not reargue the issue before the SC Appeal Court or CA Appeal Court does not prevent it from raising the issue before this Court, particularly since Sattva was also granted leave to appeal the CA Leave Court decision by this Court.

[34] En l'espèce, l'ordonnance accordant l'autorisation d'interjeter appel des deux décisions de la Cour d'appel, sur la demande d'autorisation d'appel et sur l'appel, ne comportait aucune restriction (2013 CanLII 11315). La question — à savoir si l'appel proposé soulevait une question de droit — a été expressément débattue devant les formations de la CS et de la CA saisies de la demande d'autorisation, qui l'ont tranchée. Rien n'empêche Sattva de soulever cette question en appel, même si elle ne l'a pas mentionnée dans la demande d'autorisation d'appel qu'elle a présentée à la Cour.

[35] Deuxièmement, Creston soutient que la Cour n'a pas été saisie à bon droit de la question de savoir si la formation de la CA saisie de la demande d'autorisation a cerné une question de droit parce que Sattva n'a pas contesté la décision rendue à ce sujet devant tous les tribunaux d'instance inférieure. Plus précisément, aux dires de Creston, Sattva n'aurait pas fait valoir devant la formation de la CS saisie de l'appel que l'appel soulevait une question mixte de fait et de droit et aurait reconnu devant la Cour d'appel que l'appel soulevait une question de droit. Un tel argument ne tient pas. Devant la formation de la CS saisie de l'appel, il n'était pas possible pour Sattva de débattre à nouveau de la question de savoir si l'autorisation aurait dû être accordée. La formation de la CS saisie de l'appel était liée par les conclusions tirées par la formation de la CA saisie de la demande d'autorisation, à savoir que l'autorisation était opportune et qu'une question de droit avait été cernée. Ainsi, Sattva ne pouvait guère plaider devant la formation de la CS saisie de l'appel un point sur lequel la formation de la CA saisie de la demande d'autorisation s'était déjà prononcée. Rien dans l'AA n'habilite Sattva à interjeter appel de la décision sur la demande d'autorisation d'appel rendue par une formation de la Cour d'appel à une autre formation de la même cour. Ce n'est pas parce que Sattva n'a pas plaidé à nouveau le point devant la formation de la CS saisie de l'appel ou devant la formation de la CA saisie de l'appel qu'elle ne peut le soulever devant notre Cour, tout particulièrement étant donné que Sattva a obtenu de notre Cour l'autorisation d'appeler de la décision rendue par la formation de la CA saisie de la demande d'autorisation.

[36] While this Court may decline to grant leave where an issue sought to be argued before it was not argued in the courts appealed from, that is not this case. Here, whether leave from the arbitrator's decision had been sought by Creston on a question of law or a question of mixed fact and law had been argued in the lower leave courts.

[37] Accordingly, the issue of whether the CA Leave Court erred in finding a question of law for the purposes of granting leave to appeal is properly before this Court.

B. *The CA Leave Court Erred in Granting Leave Under Section 31(2) of the AA*

(1) Considerations Relevant to Granting or Denying Leave to Appeal Under the AA

[38] Appeals from commercial arbitration decisions are narrowly circumscribed under the AA. Under s. 31(1), appeals are limited to either questions of law where the parties consent to the appeal or to questions of law where the parties do not consent but where leave to appeal is granted. Section 31(2) of the AA, reproduced in its entirety in Appendix III, sets out the requirements for leave:

- (2) In an application for leave under subsection (1)(b), the court may grant leave if it determines that
- (a) the importance of the result of the arbitration to the parties justifies the intervention of the court and the determination of the point of law may prevent a miscarriage of justice,
 - (b) the point of law is of importance to some class or body of persons of which the applicant is a member, or
 - (c) the point of law is of general or public importance.

[36] Ainsi, la Cour peut certes refuser l'autorisation si la question que l'on cherche à soulever devant elle n'a pas été plaidée devant les tribunaux d'instance inférieure, mais ce n'est pas le cas en l'espèce. En l'occurrence, les arguments sur le fondement de la demande d'autorisation d'appel de la sentence arbitrale présentée par Creston — à savoir si elle soulevait une question de droit ou une question mixte de fait et de droit — avaient été plaidés devant les formations saisies des demandes d'autorisation.

[37] Par conséquent, la Cour est saisie à bon droit de la question de savoir si la formation de la CA qui a accueilli la demande d'autorisation a conclu à tort que l'appel soulevait une question de droit.

B. *La Cour d'appel a commis une erreur en autorisant l'appel en vertu du par. 31(2) de l'AA*

(1) Facteurs qui entrent en ligne de compte dans l'analyse de la demande d'autorisation d'appel présentée au titre de l'AA

[38] L'appel d'une sentence arbitrale commerciale est étroitement circonscrit par l'AA. Aux termes du par. 31(1), il ne peut être interjeté appel que sur une question de droit dans le cas où les parties consentent à l'appel ou, en l'absence de consentement, dans les cas où l'autorisation d'appel est accordée. Le paragraphe 31(2) de l'AA, reproduit intégralement à l'annexe III, énonce les critères d'autorisation :

[TRADUCTION]

- (2) Relativement à une demande d'autorisation présentée en vertu de l'alinéa (1)(b), le tribunal peut accorder l'autorisation s'il estime que, selon le cas :
- (a) l'importance de l'issue de l'arbitrage pour les parties justifie son intervention et que le règlement de la question de droit peut permettre d'éviter une erreur judiciaire,
 - (b) la question de droit revêt de l'importance pour une catégorie ou un groupe de personnes dont le demandeur fait partie,
 - (c) la question de droit est d'importance publique.

[39] The B.C. courts have found that the words “may grant leave” in s. 31(2) of the AA give the courts judicial discretion to deny leave even where the statutory requirements have been met (*British Columbia Institute of Technology (Student Assn.) v. British Columbia Institute of Technology*, 2000 BCCA 496, 192 D.L.R. (4th) 122 (“*BCIT*”), at paras. 25-26). Appellate review of an arbitrator’s award will only occur where the requirements of s. 31(2) are met and where the leave court does not exercise its residual discretion to nonetheless deny leave.

[40] Although Creston’s application to the SC Leave Court sought leave pursuant to s. 31(2)(a), (b) and (c), it appears the arguments before that court and throughout focused on s. 31(2)(a). The SC Leave Court’s decision quotes a lengthy passage from *BCIT* that focuses on the requirements of s. 31(2)(a). The SC Leave Court judge noted that both parties conceded the first requirement of s. 31(2)(a): that the issue be of importance to the parties. The CA Leave Court decision expressed concern that denying leave might give rise to a miscarriage of justice — a criterion only found in s. 31(2)(a). Finally, neither the lower courts’ leave decisions nor the arguments before this Court reflected arguments about the question of law being important to some class or body of persons of which the applicant is a member (s. 31(2)(b)) or being a point of law of general or public importance (s. 31(2)(c)). Accordingly, the following analysis will focus on s. 31(2)(a).

(2) The Result Is Important to the Parties

[41] In order for leave to be granted from a commercial arbitral award, a threshold requirement must be met: leave must be sought on a question of law. However, before dealing with that issue, it will be convenient to quickly address another requirement of s. 31(2)(a) on which the parties agree: whether

[39] De l’avis des tribunaux de la C.-B., l’expression [TRADUCTION] « peut accorder l’autorisation » qui figure au par. 31(2) de l’AA confère au tribunal un pouvoir discrétionnaire qui l’habilite à refuser l’autorisation même lorsque les critères légaux sont respectés (*British Columbia Institute of Technology (Student Assn.) c. British Columbia Institute of Technology*, 2000 BCCA 496, 192 D.L.R. (4th) 122 (« *BCIT* »), par. 25-26). L’appel d’une sentence arbitrale n’est donc entendu que si les critères du par. 31(2) sont remplis et que le tribunal saisi de la demande d’autorisation ne refuse pas néanmoins l’autorisation en vertu de son pouvoir discrétionnaire résiduel.

[40] Bien que Creston ait présenté une demande d’autorisation à la Cour suprême sur le fondement des al. 31(2)(a), (b) et (c), il semble que les arguments invoqués devant elle et au cours des autres instances portaient sur l’al. 31(2)(a). La décision de la Cour suprême sur la demande d’autorisation reprend un long passage tiré de l’affaire *BCIT* axé sur les éléments de l’al. 31(2)(a). La Cour suprême y souligne que les deux parties reconnaissent qu’il est satisfait au premier élément de l’al. 31(2)(a), c’est-à-dire que la question est importante pour les parties. Dans sa décision sur la demande d’autorisation d’appel, la Cour d’appel a dit craindre que refuser l’autorisation ne donne lieu à une erreur judiciaire — un critère prévu seulement à l’al. 31(2)(a). Enfin, ni les décisions sur les demandes d’autorisation des tribunaux d’instance inférieure ni les arguments soulevés devant notre Cour ne traitent des autres critères, à savoir que la question de droit revêt de l’importance pour une catégorie ou un groupe de personnes dont le demandeur fait partie (al. 31(2)(b)) ou est d’importance publique (al. 31(2)(c)). Par conséquent, l’analyse qui suit porte principalement sur l’al. 31(2)(a).

(2) L’issue est importante pour les parties

[41] L’autorisation d’interjeter appel d’une sentence arbitrale commerciale est subordonnée au respect d’un critère minimal : l’appel doit porter sur une question de droit. Toutefois, avant d’aborder ce sujet, il convient d’examiner sommairement un autre élément requis par l’al. 31(2)(a) et sur lequel

the importance of the result of the arbitration to the parties justifies the intervention of the court. Justice Saunders explained this criterion in *BCIT* as requiring that the result of the arbitration be “sufficiently important”, in terms of principle or money, to the parties to justify the expense and time of court proceedings (para. 27). The parties in this case have agreed that the result of the arbitration is of importance to each of them. In view of the relatively large monetary amount in dispute and in light of the fact that the parties have agreed that the result is important to them, I accept that the importance of the result of the arbitration to the parties justifies the intervention of the court. This requirement of s. 31(2)(a) is satisfied.

(3) The Question Under Appeal Is Not a Question of Law

(a) *When Is Contractual Interpretation a Question of Law?*

[42] Under s. 31 of the AA, the issue upon which leave is sought must be a question of law. For the purpose of identifying the appropriate standard of review or, as is the case here, determining whether the requirements for leave to appeal are met, reviewing courts are regularly required to determine whether an issue decided at first instance is a question of law, fact, or mixed fact and law.

[43] Historically, determining the legal rights and obligations of the parties under a written contract was considered a question of law (*King v. Operating Engineers Training Institute of Manitoba Inc.*, 2011 MBCA 80, 270 Man. R. (2d) 63, at para. 20, per Steel J.A.; K. Lewison, *The Interpretation of Contracts* (5th ed. 2011 & Supp. 2013), at pp. 173-76; and G. R. Hall, *Canadian Contractual Interpretation Law* (2nd ed. 2012), at pp. 125-26). This rule originated in England at a time when there were frequent civil jury trials and widespread illiteracy. Under those circumstances, the interpretation of written documents had to be considered questions of law because only the judge could be

s’entendent les parties, à savoir que l’importance de l’issue de l’arbitrage pour les parties doit justifier l’intervention du tribunal. Selon l’explication donnée par la juge Saunders de ce critère dans *BCIT*, il faut que l’issue de l’arbitrage soit [TRADUCTION] « suffisamment importante » aux yeux des parties, pour le principe ou les sommes d’argent en jeu, pour justifier le coût et la longueur d’une instance (par. 27). Les parties en l’espèce ont convenu que l’issue de l’arbitrage revêt de l’importance pour chacune. Étant donné la somme relativement considérable en litige et compte tenu du fait que les parties s’entendent pour dire que l’issue est importante pour elles, je conviens que l’importance de l’issue de l’arbitrage pour les parties justifie l’intervention du tribunal. Cette condition prévue à l’al. 31(2)(a) est remplie.

(3) La question soulevée n’est pas une question de droit

a) *Dans quelles circonstances l’interprétation contractuelle est-elle une question de droit?*

[42] Aux termes de l’art. 31 de l’AA, la demande d’autorisation d’appel doit porter sur une question de droit. Pour déterminer la norme de contrôle applicable ou, comme c’est le cas en l’espèce, pour déterminer si les critères d’autorisation sont respectés, le tribunal siégeant en révision est régulièrement appelé à décider si une question tranchée en première instance est une question de droit, une question de fait ou une question mixte de fait et de droit.

[43] Autrefois, la détermination des droits et obligations juridiques des parties à un contrat écrit ressortissait à une question de droit (*King c. Operating Engineers Training Institute of Manitoba Inc.*, 2011 MBCA 80, 270 Man. R. (2d) 63, par. 20, la juge Steel; K. Lewison, *The Interpretation of Contracts* (5^e éd. 2011 et suppl. 2013), p. 173-176; G. R. Hall, *Canadian Contractual Interpretation Law* (2^e éd. 2012), p. 125-126). Cette règle a pris naissance en Angleterre, à une époque où les procès civils devant jury étaient fréquents et l’analphabétisme courant. Dans de telles circonstances, l’interprétation des documents écrits devait être assimilée à une question de droit parce que le juge était le seul dont on

assured to be literate and therefore capable of reading the contract (Hall, at p. 126; and Lewison, at pp. 173-74).

[44] This historical rationale no longer applies. Nevertheless, courts in the United Kingdom continue to treat the interpretation of a written contract as always being a question of law (*Thorner v. Major*, [2009] UKHL 18, [2009] 3 All E.R. 945, at paras. 58 and 82-83; and Lewison, at pp. 173-77). They do this despite the fact that U.K. courts consider the surrounding circumstances, a concept addressed further below, when interpreting a written contract (*Prenn v. Simmonds*, [1971] 3 All E.R. 237 (H.L.); and *Rear-don Smith Line Ltd. v. Hansen-Tangen*, [1976] 3 All E.R. 570 (H.L.)).

[45] In Canada, there remains some support for the historical approach. See for example *Jiro Enterprises Ltd. v. Spencer*, 2008 ABCA 87 (CanLII), at para. 10; *QK Investments Inc. v. Crocus Investment Fund*, 2008 MBCA 21, 290 D.L.R. (4th) 84, at para. 26; *Dow Chemical Canada Inc. v. Shell Chemicals Canada Ltd.*, 2010 ABCA 126, 25 Alta. L.R. (5th) 221, at paras. 11-12; and *Minister of National Revenue v. Costco Wholesale Canada Ltd.*, 2012 FCA 160, 431 N.R. 78, at para. 34. However, some Canadian courts have abandoned the historical approach and now treat the interpretation of written contracts as an exercise involving either a question of law or a question of mixed fact and law. See for example *WCI Waste Conversion Inc. v. ADI International Inc.*, 2011 PECA 14, 309 Nfld. & P.E.I.R. 1, at para. 11; *269893 Alberta Ltd. v. Otter Bay Developments Ltd.*, 2009 BCCA 37, 266 B.C.A.C. 98, at para. 13; *Hayes Forest Services Ltd. v. Weyerhaeuser Co.*, 2008 BCCA 31, 289 D.L.R. (4th) 230, at para. 44; *Bell Canada v. The Plan Group*, 2009 ONCA 548, 96 O.R. (3d) 81, at paras. 22-23 (majority reasons, *per* Blair J.A.) and paras. 133-35 (*per* Gillese J.A., in dissent, but not on this point); and *King*, at paras. 20-23.

[46] The shift away from the historical approach in Canada appears to be based on two developments. The first is the adoption of an approach to contractual interpretation which directs courts to have regard for the surrounding circumstances of the contract

pouvait être certain qu'il savait lire et écrire et, par conséquent, qu'il était en mesure de prendre connaissance du contrat (Hall, p. 126; Lewison, p. 173-174).

[44] Cette justification historique ne s'applique plus. Néanmoins, pour les tribunaux du Royaume-Uni, l'interprétation d'un contrat écrit ressortit toujours à une question de droit (*Thorner c. Major*, [2009] UKHL 18, [2009] 3 All E.R. 945, par. 58 et 82-83; Lewison, p. 173-177), et ce, même s'ils tiennent compte des circonstances — un concept que nous aborderons — dans l'interprétation du contrat écrit (*Prenn c. Simmonds*, [1971] 3 All E.R. 237 (H.L.); *Rear-don Smith Line Ltd. c. Hansen-Tangen*, [1976] 3 All E.R. 570 (H.L.)).

[45] Au Canada, l'approche historique n'a pas perdu tous ses adeptes. Voir par exemple *Jiro Enterprises Ltd. c. Spencer*, 2008 ABCA 87 (CanLII), par. 10; *QK Investments Inc. c. Crocus Investment Fund*, 2008 MBCA 21, 290 D.L.R. (4th) 84, par. 26; *Dow Chemical Canada Inc. c. Shell Chemicals Canada Ltd.*, 2010 ABCA 126, 25 Alta. L.R. (5th) 221, par. 11-12; *Canada c. Costco Wholesale Canada Ltd.*, 2012 CAF 160 (CanLII), par. 34. Or, des tribunaux canadiens ont délaissé l'approche historique au profit d'une nouvelle démarche qui conçoit l'interprétation des contrats écrits soit comme une question de droit soit comme une question mixte de fait et de droit. Voir par exemple *WCI Waste Conversion Inc. c. ADI International Inc.*, 2011 PECA 14, 309 Nfld. & P.E.I.R. 1, par. 11; *269893 Alberta Ltd. c. Otter Bay Developments Ltd.*, 2009 BCCA 37, 266 B.C.A.C. 98, par. 13; *Hayes Forest Services Ltd. c. Weyerhaeuser Co.*, 2008 BCCA 31, 289 D.L.R. (4th) 230, par. 44; *Bell Canada c. The Plan Group*, 2009 ONCA 548, 96 O.R. (3d) 81, par. 22-23 (les juges majoritaires, sous la plume du juge Blair) et par. 133-135 (la juge Gillese, dissidente, mais pas sur ce point); *King*, par. 20-23.

[46] La tendance à délaissé l'approche historique au Canada semble s'expliquer par deux changements. Le premier est l'adoption d'une méthode d'interprétation contractuelle qui oblige le tribunal à tenir compte des circonstances — que l'on appelle

— often referred to as the factual matrix — when interpreting a written contract (Hall, at pp. 13, 21-25 and 127; and J. D. McCamus, *The Law of Contracts* (2nd ed. 2012), at pp. 749-51). The second is the explanation of the difference between questions of law and questions of mixed fact and law provided in *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748, at para. 35, and *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235, at paras. 26 and 31-36.

[47] Regarding the first development, the interpretation of contracts has evolved towards a practical, common-sense approach not dominated by technical rules of construction. The overriding concern is to determine “the intent of the parties and the scope of their understanding” (*Jesuit Fathers of Upper Canada v. Guardian Insurance Co. of Canada*, 2006 SCC 21, [2006] 1 S.C.R. 744, at para. 27, *per* LeBel J.; see also *Tercon Contractors Ltd. v. British Columbia (Transportation and Highways)*, 2010 SCC 4, [2010] 1 S.C.R. 69, at paras. 64-65, *per* Cromwell J.). To do so, a decision-maker must read the contract as a whole, giving the words used their ordinary and grammatical meaning, consistent with the surrounding circumstances known to the parties at the time of formation of the contract. Consideration of the surrounding circumstances recognizes that ascertaining contractual intention can be difficult when looking at words on their own, because words alone do not have an immutable or absolute meaning:

No contracts are made in a vacuum: there is always a setting in which they have to be placed. . . . In a commercial contract it is certainly right that the court should know the commercial purpose of the contract and this in turn presupposes knowledge of the genesis of the transaction, the background, the context, the market in which the parties are operating.

(*Reardon Smith Line*, at p. 574, *per* Lord Wilberforce)

[48] The meaning of words is often derived from a number of contextual factors, including the purpose of the agreement and the nature of the relationship created by the agreement (see *Moore Realty Inc.*

souvent le fondement factuel — dans l’interprétation d’un contrat écrit (Hall, p. 13, 21-25 et 127; J. D. McCamus, *The Law of Contracts* (2^e éd. 2012), p. 749-751). Le deuxième découle des explications formulées dans les arrêts *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748, par. 35, et *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235, par. 26 et 31-36, sur ce qui distingue la question de droit de la question mixte de fait et de droit.

[47] Relativement au premier changement, l’interprétation des contrats a évolué vers une démarche pratique, axée sur le bon sens plutôt que sur des règles de forme en matière d’interprétation. La question prédominante consiste à discerner « l’intention des parties et la portée de l’entente » (*Jesuit Fathers of Upper Canada c. Cie d’assurance Guardian du Canada*, 2006 CSC 21, [2006] 1 R.C.S. 744, par. 27, le juge LeBel; voir aussi *Tercon Contractors Ltd. c. Colombie-Britannique (Transports et Voirie)*, 2010 CSC 4, [2010] 1 R.C.S. 69, par. 64-65, le juge Cromwell). Pour ce faire, le décideur doit interpréter le contrat dans son ensemble, en donnant aux mots y figurant le sens ordinaire et grammatical qui s’harmonise avec les circonstances dont les parties avaient connaissance au moment de la conclusion du contrat. Par l’examen des circonstances, on reconnaît qu’il peut être difficile de déterminer l’intention contractuelle à partir des seuls mots, car les mots en soi n’ont pas un sens immuable ou absolu :

[TRADUCTION] Aucun contrat n’est conclu dans l’abstrait : les contrats s’inscrivent toujours dans un contexte. [. . .] Lorsqu’un contrat commercial est en cause, le tribunal devrait certes connaître son objet sur le plan commercial, ce qui présuppose d’autre part une connaissance de l’origine de l’opération, de l’historique, du contexte, du marché dans lequel les parties exercent leurs activités.

(*Reardon Smith Line*, p. 574, le lord Wilberforce)

[48] Le sens des mots est souvent déterminé par un certain nombre de facteurs contextuels, y compris l’objet de l’entente et la nature des rapports créés par celle-ci (voir *Moore Realty Inc. c. Manitoba*

v. *Manitoba Motor League*, 2003 MBCA 71, 173 Man. R. (2d) 300, at para. 15, *per* Hamilton J.A.; see also Hall, at p. 22; and McCamus, at pp. 749-50). As stated by Lord Hoffmann in *Investors Compensation Scheme Ltd. v. West Bromwich Building Society*, [1998] 1 All E.R. 98 (H.L.):

The meaning which a document (or any other utterance) would convey to a reasonable man is not the same thing as the meaning of its words. The meaning of words is a matter of dictionaries and grammars; the meaning of the document is what the parties using those words against the relevant background would reasonably have been understood to mean. [p. 115]

[49] As to the second development, the historical approach to contractual interpretation does not fit well with the definition of a pure question of law identified in *Housen* and *Southam*. Questions of law “are questions about what the correct legal test is” (*Southam*, at para. 35). Yet in contractual interpretation, the goal of the exercise is to ascertain the objective intent of the parties — a fact-specific goal — through the application of legal principles of interpretation. This appears closer to a question of mixed fact and law, defined in *Housen* as “applying a legal standard to a set of facts” (para. 26; see also *Southam*, at para. 35). However, some courts have questioned whether this definition, which was developed in the context of a negligence action, can be readily applied to questions of contractual interpretation, and suggest that contractual interpretation is primarily a legal affair (see for example *Bell Canada*, at para. 25).

[50] With respect for the contrary view, I am of the opinion that the historical approach should be abandoned. Contractual interpretation involves issues of mixed fact and law as it is an exercise in which the principles of contractual interpretation are applied to the words of the written contract, considered in light of the factual matrix.

[51] The purpose of the distinction between questions of law and those of mixed fact and law further

Motor League, 2003 MBCA 71, 173 Man. R. (2d) 300, par. 15, la juge Hamilton; voir aussi Hall, p. 22; McCamus, p. 749-750). Pour reprendre les propos du lord Hoffmann dans *Investors Compensation Scheme Ltd. c. West Bromwich Building Society*, [1998] 1 All E.R. 98 (H.L.) :

[TRADUCTION] Le sens d’un document (ou toute autre déclaration) qui est transmis à la personne raisonnable n’équivaut pas au sens des mots qui le composent. Le sens des mots fait intervenir les dictionnaires et les grammaires; le sens du document représente ce qu’il est raisonnable de croire que les parties, en employant ces mots compte tenu du contexte pertinent, ont voulu exprimer. [p. 115]

[49] Relativement au deuxième changement, l’approche historique de l’interprétation contractuelle ne cadre pas bien avec la définition de la pure question de droit formulée dans les arrêts *Housen* et *Southam*. Les questions de droit « concernent la détermination du critère juridique applicable » (*Southam*, par. 35). Or, lorsqu’il s’agit d’interprétation contractuelle, le but de l’exercice consiste à déterminer l’intention objective des parties — un but axé sur les faits — par l’application des principes juridiques d’interprétation. Il me semble que cela se rapproche plutôt de la question mixte de fait et de droit, définie dans l’arrêt *Housen* comme supposant « l’application d’une norme juridique à un ensemble de faits » (par. 26; voir aussi *Southam*, par. 35). Toutefois, certains tribunaux ont émis des doutes sur l’application directe de cette définition, qui avait été établie à l’égard d’une action intentée pour négligence, à des questions d’interprétation contractuelle et laissent entendre que cette dernière est d’abord et avant tout une affaire de droit (voir par exemple *Bell Canada*, par. 25).

[50] Avec tout le respect que je dois aux tenants de l’opinion contraire, à mon avis, il faut rompre avec l’approche historique. L’interprétation contractuelle soulève des questions mixtes de fait et de droit, car il s’agit d’en appliquer les principes aux termes figurant dans le contrat écrit, à la lumière du fondement factuel.

[51] Cette conclusion est étayée par les raisons qui sous-tendent la distinction établie entre la

supports this conclusion. One central purpose of drawing a distinction between questions of law and those of mixed fact and law is to limit the intervention of appellate courts to cases where the results can be expected to have an impact beyond the parties to the particular dispute. It reflects the role of courts of appeal in ensuring the consistency of the law, rather than in providing a new forum for parties to continue their private litigation. For this reason, *Southam* identified the degree of generality (or “precedential value”) as the key difference between a question of law and a question of mixed fact and law. The more narrow the rule, the less useful will be the intervention of the court of appeal:

If a court were to decide that driving at a certain speed on a certain road under certain conditions was negligent, its decision would not have any great value as a precedent. In short, as the level of generality of the challenged proposition approaches utter particularity, the matter approaches pure application, and hence draws nigh to being an unqualified question of mixed law and fact. See R. P. Kerans, *Standards of Review Employed by Appellate Courts* (1994), at pp. 103-108. Of course, it is not easy to say precisely where the line should be drawn; though in most cases it should be sufficiently clear whether the dispute is over a general proposition that might qualify as a principle of law or over a very particular set of circumstances that is not apt to be of much interest to judges and lawyers in the future. [para. 37]

[52] Similarly, this Court in *Housen* found that deference to fact-finders promoted the goals of limiting the number, length, and cost of appeals, and of promoting the autonomy and integrity of trial proceedings (paras. 16-17). These principles also weigh in favour of deference to first instance decision-makers on points of contractual interpretation. The legal obligations arising from a contract are, in most cases, limited to the interest of the particular parties. Given that our legal system leaves broad scope to tribunals of first instance to resolve issues of limited application, this supports treating contractual interpretation as a question of mixed fact and law.

question de droit et la question mixte de fait et de droit. En distinguant ces deux catégories, on visait principalement à restreindre l’intervention de la juridiction d’appel aux affaires qui entraîneraient probablement des répercussions qui ne seraient pas limitées aux parties au litige. Ainsi, le rôle des cours d’appel, qui consiste à assurer la cohérence du droit, et non à offrir aux parties une nouvelle tribune leur permettant de poursuivre leur litige privé, est préservé. C’est pourquoi la Cour dans l’arrêt *Southam* reconnaît le degré de généralité (ou « la valeur comme précédents ») comme la principale différence entre la question de droit et la question mixte de fait et de droit. Plus la règle est stricte, moins l’intervention de la cour d’appel sera utile :

Si une cour décidait que le fait d’avoir conduit à une certaine vitesse, sur une route donnée et dans des conditions particulières constituait de la négligence, sa décision aurait peu de valeur comme précédent. Bref, plus le niveau de généralité de la proposition contestée se rapproche de la particularité absolue, plus l’affaire prend le caractère d’une question d’application pure, et s’approche donc d’une question de droit et de fait parfaite. Voir R. P. Kerans, *Standards of Review Employed by Appellate Courts* (1994), aux pp. 103 à 108. Il va de soi qu’il n’est pas facile de dire avec précision où doit être tracée la ligne de démarcation; quoique, dans la plupart des cas, la situation soit suffisamment claire pour permettre de déterminer si le litige porte sur une proposition générale qui peut être qualifiée de principe de droit ou sur un ensemble très particulier de circonstances qui n’est pas susceptible de présenter beaucoup d’intérêt pour les juges et les avocats dans l’avenir. [par. 37]

[52] De même, la Cour dans l’arrêt *Housen* conclut que la retenue à l’égard du juge des faits contribue à réduire le nombre, la durée et le coût des appels tout en favorisant l’autonomie du procès et son intégrité (par. 16-17). Ces principes militent également en faveur de la déférence à l’endroit des décideurs de première instance en matière d’interprétation contractuelle. Les obligations juridiques issues d’un contrat se limitent, dans la plupart des cas, aux intérêts des parties au litige. Le vaste pouvoir de trancher les questions d’application limitée que notre système judiciaire confère aux tribunaux de première instance appuie la proposition selon laquelle l’interprétation contractuelle est une question mixte de fait et de droit.

[53] Nonetheless, it may be possible to identify an extricable question of law from within what was initially characterized as a question of mixed fact and law (*Housen*, at paras. 31 and 34-35). Legal errors made in the course of contractual interpretation include “the application of an incorrect principle, the failure to consider a required element of a legal test, or the failure to consider a relevant factor” (*King*, at para. 21). Moreover, there is no question that many other issues in contract law do engage substantive rules of law: the requirements for the formation of the contract, the capacity of the parties, the requirement that certain contracts be evidenced in writing, and so on.

[54] However, courts should be cautious in identifying extricable questions of law in disputes over contractual interpretation. Given the statutory requirement to identify a question of law in a leave application pursuant to s. 31(2) of the AA, the applicant for leave and its counsel will seek to frame any alleged errors as questions of law. The legislature has sought to restrict such appeals, however, and courts must be careful to ensure that the proposed ground of appeal has been properly characterized. The warning expressed in *Housen* to exercise caution in attempting to extricate a question of law is relevant here:

Appellate courts must be cautious, however, in finding that a trial judge erred in law in his or her determination of negligence, as it is often difficult to extricate the legal questions from the factual. It is for this reason that these matters are referred to as questions of “mixed law and fact”. Where the legal principle is not readily extricable, then the matter is one of “mixed law and fact” . . . [para. 36]

[55] Although that caution was expressed in the context of a negligence case, it applies, in my opinion, to contractual interpretation as well. As mentioned above, the goal of contractual interpretation, to ascertain the objective intentions of the parties, is inherently fact specific. The close relationship between the selection and application of principles of

[53] Néanmoins, il peut se révéler possible de dégager une pure question de droit de ce qui paraît au départ constituer une question mixte de fait et de droit (*Housen*, par. 31 et 34-35). L’interprétation contractuelle peut occasionner des erreurs de droit, notamment [TRADUCTION] « appliquer le mauvais principe ou négliger un élément essentiel d’un critère juridique ou un facteur pertinent » (*King*, par. 21). En outre, il est indubitable que nombre d’autres questions se posant en droit des contrats mettent en jeu des règles de droit substantiel : les critères de formation du contrat, la capacité des parties, l’obligation que soient constatés par écrit certains types de contrat, etc.

[54] Le tribunal doit cependant faire preuve de prudence avant d’isoler une question de droit dans un litige portant sur l’interprétation contractuelle. Compte tenu de l’obligation, prévue au par. 31(2) de l’AA, que la demande d’autorisation soulève une question de droit, le demandeur et son représentant chercheront à qualifier de question de droit toute erreur qu’ils invoquent. Toutefois, le législateur a pris des mesures visant à limiter ce genre d’appels, et les tribunaux doivent examiner soigneusement le motif d’appel proposé pour déterminer s’il est bien caractérisé. La mise en garde exprimée dans *Housen* qui appelle à la prudence lorsqu’il s’agit d’isoler une question de droit s’applique dans le cas présent :

Les cours d’appel doivent cependant faire preuve de prudence avant de juger que le juge de première instance a commis une erreur de droit lorsqu’il a conclu à la négligence, puisqu’il est souvent difficile de départager les questions de droit et les questions de fait. Voilà pourquoi on appelle certaines questions des questions « mixtes de fait et de droit ». Si le principe juridique n’est pas facilement isolable, il s’agit alors d’une « question mixte de fait et de droit » . . . [par. 36]

[55] Certes, cette mise en garde a été formulée dans le contexte d’une action pour négligence, mais elle s’applique également à mon avis à l’interprétation contractuelle. Comme je le mentionne précédemment, le but de l’interprétation contractuelle — déterminer l’intention objective des parties — est, de par sa nature même, axé sur les faits. Le rapport

contractual interpretation and the construction ultimately given to the instrument means that the circumstances in which a question of law can be extricated from the interpretation process will be rare. In the absence of a legal error of the type described above, no appeal lies under the AA from an arbitrator's interpretation of a contract.

(b) *The Role and Nature of the “Surrounding Circumstances”*

[56] I now turn to the role of the surrounding circumstances in contractual interpretation and the nature of the evidence that can be considered. The discussion here is limited to the common law approach to contractual interpretation; it does not seek to apply to or alter the law of contractual interpretation governed by the *Civil Code of Québec*.

[57] While the surrounding circumstances will be considered in interpreting the terms of a contract, they must never be allowed to overwhelm the words of that agreement (*Hayes Forest Services*, at para. 14; and Hall, at p. 30). The goal of examining such evidence is to deepen a decision-maker's understanding of the mutual and objective intentions of the parties as expressed in the words of the contract. The interpretation of a written contractual provision must always be grounded in the text and read in light of the entire contract (Hall, at pp. 15 and 30-32). While the surrounding circumstances are relied upon in the interpretive process, courts cannot use them to deviate from the text such that the court effectively creates a new agreement (*Glaswegian Enterprises Inc. v. B.C. Tel Mobility Cellular Inc.* (1997), 101 B.C.A.C. 62).

[58] The nature of the evidence that can be relied upon under the rubric of “surrounding circumstances” will necessarily vary from case to case. It does, however, have its limits. It should consist only of objective evidence of the background facts at the time of the execution of the contract (*King*,

étroit qui existe entre, d'une part, le choix et l'application des principes d'interprétation contractuelle et, d'autre part, l'interprétation que recevra l'instrument juridique en dernière analyse fait en sorte que rares seront les circonstances dans lesquelles il sera possible d'isoler une question de droit au cours de l'exercice d'interprétation. En l'absence d'une erreur de droit du genre de celles décrites plus haut, aucun droit d'appel de l'interprétation par un arbitre d'un contrat n'est prévu à l'AA.

b) *Le rôle et la nature des « circonstances »*

[56] Abordons le rôle des circonstances dans l'interprétation du contrat et la nature des éléments admis à l'examen. La présente analyse ne traite que de la démarche d'interprétation contractuelle fondée sur la common law; elle ne se veut ni une application ni une modification du droit relatif à l'interprétation contractuelle régi par le *Code civil du Québec*.

[57] Bien que les circonstances soient prises en considération dans l'interprétation des termes d'un contrat, elles ne doivent jamais les supplanter (*Hayes Forest Services*, par. 14; Hall, p. 30). Le décideur examine cette preuve dans le but de mieux saisir les intentions réciproques et objectives des parties exprimées dans les mots du contrat. Une disposition contractuelle doit toujours être interprétée sur le fondement de son libellé et de l'ensemble du contrat (Hall, p. 15 et 30-32). Les circonstances sous-tendent l'interprétation du contrat, mais le tribunal ne saurait fonder sur elles une lecture du texte qui s'écarte de ce dernier au point de créer dans les faits une nouvelle entente (*Glaswegian Enterprises Inc. c. B.C. Tel Mobility Cellular Inc.* (1997), 101 B.C.A.C. 62).

[58] La nature de la preuve susceptible d'appartenir aux « circonstances » variera nécessairement d'une affaire à l'autre. Il y a toutefois certaines limites. Il doit s'agir d'une preuve objective du contexte factuel au moment de la signature du contrat (*King*, par. 66 et 70), c'est-à-dire, les renseignements qui

at paras. 66 and 70), that is, knowledge that was or reasonably ought to have been within the knowledge of both parties at or before the date of contracting. Subject to these requirements and the parol evidence rule discussed below, this includes, in the words of Lord Hoffmann, “absolutely anything which would have affected the way in which the language of the document would have been understood by a reasonable man” (*Investors Compensation Scheme*, at p. 114). Whether something was or reasonably ought to have been within the common knowledge of the parties at the time of execution of the contract is a question of fact.

(c) *Considering the Surrounding Circumstances Does Not Offend the Parol Evidence Rule*

[59] It is necessary to say a word about consideration of the surrounding circumstances and the parol evidence rule. The parol evidence rule precludes admission of evidence outside the words of the written contract that would add to, subtract from, vary, or contradict a contract that has been wholly reduced to writing (*King*, at para. 35; and *Hall*, at p. 53). To this end, the rule precludes, among other things, evidence of the subjective intentions of the parties (*Hall*, at pp. 64-65; and *Eli Lilly & Co. v. Novopharm Ltd.*, [1998] 2 S.C.R. 129, at paras. 54-59, *per* Iacobucci J.). The purpose of the parol evidence rule is primarily to achieve finality and certainty in contractual obligations, and secondarily to hamper a party’s ability to use fabricated or unreliable evidence to attack a written contract (*United Brotherhood of Carpenters and Joiners of America, Local 579 v. Bradco Construction Ltd.*, [1993] 2 S.C.R. 316, at pp. 341-42, *per* Sopinka J.).

[60] The parol evidence rule does not apply to preclude evidence of the surrounding circumstances. Such evidence is consistent with the objectives of finality and certainty because it is used as an interpretive aid for determining the meaning of the written words chosen by the parties, not to change or overrule the meaning of those words. The surrounding circumstances are facts known or facts

appartenant ou auraient raisonnablement dû appartenir aux connaissances des deux parties à la date de signature ou avant celle-ci. Compte tenu de ces exigences et de la règle d’exclusion de la preuve extrinsèque que nous verrons, on entend par « circonstances », pour reprendre les propos du lord Hoffmann [TRADUCTION] « tout ce qui aurait eu une incidence sur la manière dont une personne raisonnable aurait compris les termes du document » (*Investors Compensation Scheme*, p. 114). La question de savoir si quelque chose appartenait ou aurait dû raisonnablement appartenir aux connaissances communes des parties au moment de la signature du contrat est une question de fait.

c) *Tenir compte des circonstances n’est pas contraire à la règle d’exclusion de la preuve extrinsèque*

[59] Quelques mots sur l’examen des circonstances et la règle d’exclusion de la preuve extrinsèque s’imposent. Cette règle empêche l’admission d’éléments de preuve autres que les termes du contrat écrit qui auraient pour effet de modifier ou de contredire un contrat qui a été entièrement consigné par écrit, ou d’y ajouter de nouvelles clauses ou d’en supprimer (*King*, par. 35; *Hall*, p. 53). À cette fin, la règle interdit notamment les éléments de preuve concernant les intentions subjectives des parties (*Hall*, p. 64-65; *Eli Lilly & Co. c. Novopharm Ltd.*, [1998] 2 R.C.S. 129, par. 54-59, le juge Iacobucci). La règle vise, premièrement, à donner un caractère définitif et certain aux obligations contractuelles et, deuxièmement, à empêcher qu’une partie puisse utiliser des éléments de preuve fabriqués ou douteux pour attaquer un contrat écrit (*Fraternité unie des charpentiers et menuisiers d’Amérique, section locale 579 c. Bradco Construction Ltd.*, [1993] 2 R.C.S. 316, p. 341-342, le juge Sopinka).

[60] La règle d’exclusion de la preuve extrinsèque n’interdit pas au tribunal de tenir compte des circonstances entourant le contrat. Cette preuve est compatible avec les objectifs relatifs au caractère définitif et certain puisqu’elle sert d’outil d’interprétation qui vient éclairer le sens des mots du contrat choisis par les parties, et non le changer ou s’y substituer. Les circonstances sont des faits connus

that reasonably ought to have been known to both parties at or before the date of contracting; therefore, the concern of unreliability does not arise.

[61] Some authorities and commentators suggest that the parol evidence rule is an anachronism, or, at the very least, of limited application in view of the myriad of exceptions to it (see for example *Gutierrez v. Tropic International Ltd.* (2002), 63 O.R. (3d) 63 (C.A.), at paras. 19-20; and Hall, at pp. 53-64). For the purposes of this appeal, it is sufficient to say that the parol evidence rule does not apply to preclude evidence of surrounding circumstances when interpreting the words of a written contract.

(d) *Application to the Present Case*

[62] In this case, the CA Leave Court granted leave on the following issue: “Whether the Arbitrator erred in law in failing to construe the whole of the Finder’s Fee Agreement . . .” (A.R., vol. I, at p. 62).

[63] As will be explained below, while the requirement to construe a contract as a whole is a question of law that could — if extricable — satisfy the threshold requirement under s. 31 of the AA, I do not think this question was properly extricated in this case.

[64] I accept that a fundamental principle of contractual interpretation is that a contract must be construed as a whole (McCamus, at pp. 761-62; and Hall, at p. 15). If the arbitrator did not take the “maximum amount” proviso into account, as alleged by Creston, then he did not construe the Agreement as a whole because he ignored a specific and relevant provision of the Agreement. This is a question of law that would be extricable from a finding of mixed fact and law.

[65] However, it appears that the arbitrator did consider the “maximum amount” proviso. Indeed,

ou qui auraient raisonnablement dû l’être des deux parties à la date de signature du contrat ou avant celle-ci; par conséquent, le risque que des éléments d’une fiabilité douteuse soient invoqués ne se pose pas.

[61] Selon une certaine jurisprudence et des auteurs, la règle d’exclusion de la preuve extrinsèque serait un anachronisme ou, à tout le moins, d’application restreinte vu la myriade d’exceptions dont elle est assortie (voir par exemple *Gutierrez c. Tropic International Ltd.* (2002), 63 O.R. (3d) 63 (C.A.), par. 19-20; Hall, p. 53-64). Dans le cadre du présent pourvoi, il suffit de dire que la règle d’exclusion de la preuve extrinsèque ne s’oppose pas à la présentation d’une preuve des circonstances entourant le contrat pour l’interprétation de ce dernier.

d) *Application au présent pourvoi*

[62] En l’espèce, la Cour d’appel a accordé l’autorisation d’appel relativement à la question suivante : [TRADUCTION] « L’arbitre a-t-il commis une erreur de droit en n’interprétant pas l’entente relative aux honoraires d’intermédiation dans son ensemble . . . ? » (d.a., vol. I, p. 62)

[63] Comme nous le verrons, l’obligation d’interpréter le contrat dans son ensemble est une question de droit susceptible, si on pouvait l’isoler, de satisfaire au critère minimal exigé à l’art. 31 de l’AA. À mon avis, cette question n’a pas été isolée comme il se doit en l’espèce.

[64] Je reconnais qu’il est un principe fondamental de l’interprétation contractuelle selon lequel le contrat doit être interprété dans son ensemble (McCamus, p. 761-762; Hall, p. 15). Si l’arbitre n’a pas tenu compte de la stipulation relative au « plafond », comme le prétend Creston, il n’a alors pas interprété l’entente dans son ensemble, car il en a négligé une clause précise et pertinente. Voilà une question de droit qui pourrait être isolée de la conclusion mixte de fait et de droit.

[65] Or, il semble que l’arbitre a effectivement tenu compte de la stipulation relative au « plafond ».

the CA Leave Court acknowledges that the arbitrator had considered that proviso, since it notes that he turned his mind to the US\$1.5 million maximum amount, an amount that can only be calculated by referring to the TSXV policy referenced in the “maximum amount” proviso in s. 3.1 of the Agreement. As I read its reasons, rather than being concerned with whether the arbitrator ignored the maximum amount proviso, which is what Creston alleges in this Court, the CA Leave Court decision focused on how the arbitrator construed s. 3.1 of the Agreement, which included the maximum amount proviso (paras. 25-26). For example, the CA Leave Court expressed concern that the arbitrator did not address the “incongruity” in the fact that the value of the fee would vary “hugely” depending on whether it was taken in cash or shares (para. 25).

[66] With respect, the CA Leave Court erred in finding that the construction of s. 3.1 of the Agreement constituted a question of law. As explained by Justice Armstrong in the SC Appeal Court decision, construing s. 3.1 and taking account of the proviso required relying on the relevant surrounding circumstances, including the sophistication of the parties, the fluctuation in share prices, and the nature of the risk a party assumes when deciding to accept a fee in shares as opposed to cash. Such an exercise raises a question of mixed fact and law. There being no question of law extricable from the mixed fact and law question of how s. 3.1 and the proviso should be interpreted, the CA Leave Court erred in granting leave to appeal.

[67] The conclusion that Creston’s application for leave to appeal raised no question of law would be sufficient to dispose of this appeal. However, as this Court rarely has the opportunity to address appeals of arbitral awards, it is, in my view, useful to explain that, even had the CA Leave Court been correct in finding that construction of s. 3.1 of the Agreement constituted a question of law, it should have nonetheless denied leave to appeal as the

En effet, selon la formation de la CA saisie de la demande d’autorisation, l’arbitre a examiné la stipulation, puisqu’elle signale qu’il a envisagé le plafond de 1,5 million \$US, un nombre auquel il ne peut être arrivé que s’il a consulté la politique de la Bourse à laquelle renvoie la stipulation relative au « plafond » à l’art. 3.1 de l’entente. À la lumière de ses motifs, j’estime que la formation de la CA saisie de la demande d’autorisation, au lieu de se demander si l’arbitre a négligé la stipulation relative au plafond — ce que Creston prétend devant la Cour —, a axé sa décision sur l’interprétation qu’a donnée l’arbitre de l’art. 3.1 de l’entente, qui contient cette stipulation (par. 25-26). Par exemple, la formation de la CA saisie de la demande d’autorisation s’est dite préoccupée que l’arbitre n’ait pas abordé l’[TRADUCTION] « absurdité » de la variation « considérable » dans la valeur des honoraires selon qu’ils étaient versés en argent ou en actions (par. 25).

[66] Avec tout le respect que je lui dois, j’estime que la formation de la CA saisie de la demande d’autorisation a assimilé à tort l’interprétation de l’art. 3.1 de l’entente à une question de droit. Comme l’explique le juge Armstrong dans la décision de la CS sur l’appel, pour interpréter l’art. 3.1 et tenir compte de la stipulation, il fallait examiner les circonstances pertinentes, y compris le fait que les parties étaient des parties avisées, la fluctuation du cours de l’action et la nature du risque qu’une partie assume quand elle opte pour le versement de ses honoraires en actions plutôt qu’en argent. Un tel exercice soulève une question mixte de fait et de droit. Comme aucune question de droit ne peut être isolée de la question mixte de fait et de droit qui porte sur l’interprétation de l’art. 3.1 et de la stipulation, la Cour d’appel a commis une erreur en accueillant la demande d’autorisation d’appel.

[67] Conclure que la demande d’autorisation d’appel présentée par Creston ne soulevait aucune question de droit suffirait à trancher le présent pourvoi. Toutefois, puisque la Cour a rarement l’occasion de se pencher sur l’appel d’une sentence arbitrale, il est à mon avis utile d’expliquer que même si la formation de la CA saisie de la demande d’autorisation avait conclu à bon droit que l’interprétation de l’art. 3.1 de l’entente constituait une question de

application also failed the miscarriage of justice and residual discretion stages of the leave analysis set out in s. 31(2)(a) of the AA.

(4) May Prevent a Miscarriage of Justice

(a) *Miscarriage of Justice for the Purposes of Section 31(2)(a) of the AA*

[68] Once a question of law has been identified, the court must be satisfied that the determination of that point of law on appeal “may prevent a miscarriage of justice” in order for it to grant leave to appeal pursuant to s. 31(2)(a) of the AA. The first step in this analysis is defining miscarriage of justice for the purposes of s. 31(2)(a).

[69] In *BCIT*, Justice Saunders discussed the miscarriage of justice requirement under s. 31(2)(a). She affirmed the definition set out in *Domtar Inc. v. Belkin Inc.* (1989), 39 B.C.L.R. (2d) 257 (C.A.), which required the error of law in question to be a material issue that, if decided differently, would lead to a different result: “. . . if the point of law were decided differently, the arbitrator would have been led to a different result. In other words, was the alleged error of law material to the decision; does it go to its heart?” (*BCIT*, at para. 28). See also *Quan v. Cusson*, 2009 SCC 62, [2009] 3 S.C.R. 712, which discusses the test of whether “some substantial wrong or miscarriage of justice has occurred” in the context of a civil jury trial (para. 43).

[70] Having regard to *BCIT* and *Quan*, I am of the opinion that in order to rise to the level of a miscarriage of justice for the purposes of s. 31(2)(a) of the AA, an alleged legal error must pertain to a material issue in the dispute which, if decided differently, would affect the result of the case.

droit, elle devait néanmoins rejeter la demande, car il n’était pas satisfait aux autres volets de l’analyse des demandes d’autorisation que requiert l’al. 31(2)(a) de l’AA, qui concernent l’erreur judiciaire et le pouvoir discrétionnaire résiduel.

(4) Le règlement de la question de droit peut permettre d’éviter une erreur judiciaire

a) *L’erreur judiciaire pour l’application de l’al. 31(2)(a) de l’AA*

[68] Une fois qu’il a cerné une question de droit, le tribunal doit être convaincu que le fait de statuer sur cette dernière [TRADUCTION] « peut permettre d’éviter une erreur judiciaire » avant d’accorder l’autorisation d’appel en vertu de l’al. 31(2)(a) de l’AA. La première étape de l’analyse consiste donc à définir l’erreur judiciaire pour l’application de cette disposition.

[69] Dans *BCIT*, la juge Saunders traite du critère concernant l’erreur judiciaire prévu à l’al. 31(2)(a). Elle confirme la définition énoncée dans l’affaire *Domtar Inc. c. Belkin Inc.* (1989), 39 B.C.L.R. (2d) 257 (C.A.), selon laquelle l’erreur de droit doit toucher une question importante de sorte qu’une conclusion différente aurait abouti à un résultat différent : [TRADUCTION] « . . . si le point de droit avait été tranché différemment, l’arbitre aurait rendu une décision différente. Autrement dit, l’erreur de droit invoquée a-t-elle eu un effet déterminant sur la décision; touche-t-elle au cœur de la décision? » (*BCIT*, par. 28). Voir également l’arrêt *Quan c. Cusson*, 2009 CSC 62, [2009] 3 R.C.S. 712, où la Cour analyse le critère qui sert à déterminer s’il y a « préjudice grave ou [. . .] erreur judiciaire » dans le contexte des procès civils avec jury (par. 43).

[70] Compte tenu des arrêts *BCIT* et *Quan*, je suis d’avis que, pour que l’erreur de droit reprochée soit une erreur judiciaire au sens où il faut l’entendre pour l’application de l’al. 31(2)(a) de l’AA, elle doit se rapporter à une question importante en litige qui, si elle était tranchée différemment, aurait une incidence sur le résultat.

[71] According to this standard, a determination of a point of law “may prevent a miscarriage of justice” only where the appeal itself has some possibility of succeeding. An appeal with no chance of success will not meet the threshold of “may prevent a miscarriage of justice” because there would be no chance that the outcome of the appeal would cause a change in the final result of the case.

[72] At the leave stage, it is not appropriate to consider the full merits of a case and make a final determination regarding whether an error of law was made. However, some preliminary consideration of the question of law is necessary to determine whether the appeal has the potential to succeed and thus to change the result in the case.

[73] *BCIT* sets the threshold for this preliminary assessment of the appeal as “more than an arguable point” (para. 30). With respect, once an arguable point has been made out, it is not apparent what more is required to meet the “more than an arguable point” standard. Presumably, the leave judge would have to delve more deeply into the arguments around the question of law on appeal than would be appropriate at the leave stage to find *more* than an arguable point. Requiring this closer examination of the point of law, in my respectful view, blurs the line between the function of the court considering the leave application and the court hearing the appeal.

[74] In my opinion, the appropriate threshold for assessing the legal question at issue under s. 31(2) is whether it has arguable merit. The arguable merit standard is often used to assess, on a preliminary basis, the merits of an appeal at the leave stage (see for example *Quick Auto Lease Inc. v. Nordin*, 2014 MBCA 32, 303 Man. R. (2d) 262, at para. 5; and *R. v. Fedossenko*, 2013 ABCA 164 (CanLII), at para. 7). “Arguable merit” is a well-known phrase whose meaning has been expressed in a variety of ways: “a reasonable prospect of success” (*Quick Auto Lease*, at para. 5; and *Enns v. Hansey*, 2013 MBCA 23 (CanLII), at para. 2); “some hope of success” and “sufficient merit” (*R. v. Hubley*, 2009 PECA 21, 289 Nfld. & P.E.I.R. 174, at para. 11); and “credible

[71] Suivant cette norme, le règlement d’un point de droit « peut permettre d’éviter une erreur judiciaire » seulement lorsqu’il existe une certaine possibilité que l’appel soit accueilli. Un appel qui est voué à l’échec ne saurait « permettre d’éviter une erreur judiciaire » puisque les possibilités que l’issue d’un tel appel joue sur le résultat final du litige sont nulles.

[72] Ce n’est pas à l’étape de l’autorisation qu’il convient d’examiner exhaustivement le fond du litige et de se prononcer définitivement sur l’absence ou l’existence d’une erreur de droit. Cependant, il faut procéder à un examen préliminaire de la question de droit pour déterminer si l’appel a une chance d’être accueilli et, par conséquent, de modifier le résultat du litige.

[73] Selon l’arrêt *BCIT*, le demandeur doit établir [TRADUCTION] « plus qu’un argument défendable » (par. 30) lors de cet examen préliminaire de l’appel. Pourtant, une fois un argument défendable soulevé, que faudrait-il démontrer de plus pour qu’il soit satisfait à cette norme? Vraisemblablement, le juge saisi de la demande d’autorisation devrait alors examiner les arguments se rapportant à la question de droit soulevée en appel de plus près que ce qui serait indiqué à cette étape pour trouver *plus* qu’un argument défendable. À mon humble avis, exiger un examen plus approfondi du point de droit brouille les rôles respectifs de la formation saisie de la demande d’autorisation et de celle saisie de l’appel.

[74] Selon moi, ce qu’il faut démontrer, pour l’application du par. 31(2), c’est que la question de droit invoquée a un fondement défendable. Ce critère s’applique souvent à l’étape de l’autorisation, pour établir sommairement le bien-fondé de l’appel (voir par exemple *Quick Auto Lease Inc. c. Nordin*, 2014 MBCA 32, 303 Man. R. (2d) 262, par. 5; *R. c. Fedossenko*, 2013 ABCA 164 (CanLII), par. 7). Il est bien connu et a été exprimé de diverses façons : [TRADUCTION] « une possibilité raisonnable d’être accueilli » (*a reasonable prospect of success*) (*Quick Auto Lease*, par. 5; *Enns c. Hansey*, 2013 MBCA 23 (CanLII), par. 2); une « certaine chance de succès » (*some hope of success*) et un « fondement suffisant » (*sufficient merit*) (*R. c. Hubley*, 2009 PECA

argument” (*R. v. Will*, 2013 SKCA 4, 405 Sask. R. 270, at para. 8). In my view, the common thread among the various expressions used to describe arguable merit is that the issue raised by the applicant cannot be dismissed through a preliminary examination of the question of law. In order to decide whether the award should be set aside, a more thorough examination is necessary and that examination is appropriately conducted by the court hearing the appeal once leave is granted.

[75] Assessing whether the issue raised by an application for leave to appeal has arguable merit must be done in light of the standard of review on which the merits of the appeal will be judged. This requires a preliminary assessment of the applicable standard of review. As I will later explain, reasonableness will almost always apply to commercial arbitrations conducted pursuant to the AA, except in the rare circumstances where the question is one that would attract a correctness standard, such as a constitutional question or a question of law of central importance to the legal system as a whole and outside the adjudicator’s expertise. Therefore, the leave inquiry will ordinarily ask whether there is any arguable merit to the position that the arbitrator’s decision on the question at issue is unreasonable, keeping in mind that the decision-maker is not required to refer to all the arguments, provisions or jurisprudence or to make specific findings on each constituent element, for the decision to be reasonable (*Newfoundland and Labrador Nurses’ Union v. Newfoundland and Labrador (Treasury Board)*, 2011 SCC 62, [2011] 3 S.C.R. 708, at para. 16). Of course, the leave court’s assessment of the standard of review is only preliminary and does not bind the court which considers the merits of the appeal. As such, this should not be taken as an invitation to engage in extensive arguments or analysis about the standard of review at the leave stage.

21, 289 Nfld. & P.E.I.R. 174, par. 11); un « argument plausible » (*credible argument*) (*R. c. Will*, 2013 SKCA 4, 405 Sask. R. 270, par. 8). À mon avis, les diverses appellations qui désignent le fondement défendable présentent un élément commun : l’argument soulevé par le demandeur ne peut être rejeté à l’issue d’un examen préliminaire de la question de droit. Pour déterminer s’il faut annuler la sentence arbitrale, un examen approfondi est nécessaire, et c’est au tribunal saisi de l’appel qu’il incombe, une fois l’autorisation accordée.

[75] L’examen visant à décider si la question soulevée dans la demande d’autorisation d’appel a un fondement défendable doit se faire à la lumière de la norme de contrôle applicable à l’analyse du bien-fondé de l’appel. Il faut donc procéder à un examen préliminaire ayant pour objet la norme applicable. Comme nous le verrons, la norme de la décision raisonnable s’appliquera presque toujours aux arbitrages commerciaux régis par l’AA, sauf dans les rares circonstances où l’application de la norme de la décision correcte s’imposera, notamment lorsqu’il s’agit d’une question constitutionnelle ou d’une question de droit qui revêt une importance capitale pour le système juridique dans son ensemble et qui est étrangère au domaine d’expertise du décideur administratif. Par conséquent, dans le cadre de l’examen préalable à l’autorisation le tribunal s’interrogera ordinairement quant à savoir si la prétention — selon laquelle la sentence arbitrale sur la question en litige était déraisonnable — a un fondement défendable, compte tenu du fait que le décideur n’est pas tenu de faire référence à tous les arguments, dispositions ou précédents ni de tirer une conclusion précise sur chaque élément constitutif du raisonnement pour que sa décision soit raisonnable (*Newfoundland and Labrador Nurses’ Union c. Terre-Neuve-et-Labrador (Conseil du Trésor)*, 2011 CSC 62, [2011] 3 R.C.S. 708, par. 16). Certes, le tribunal saisi de la demande d’autorisation ne procède qu’à un examen préliminaire ayant pour objet la norme de contrôle, qui ne lie pas celui qui se penchera sur le bien-fondé de l’appel. Ainsi, il ne faudrait pas considérer qu’il s’agit d’une invitation à se perdre en analyses ou en arguments poussés à propos de la norme de contrôle à l’étape de la demande d’autorisation.

[76] In *BCIT*, Saunders J.A. considered the stage of s. 31(2)(a) of the *AA* at which an examination of the merits of the appeal should occur. At the behest of one of the parties, she considered examining the merits under the miscarriage of justice criterion. However, she decided that a consideration of the merits was best done at the residual discretion stage. Her reasons indicate that this decision was motivated by the desire to take a consistent approach across s. 31(2)(a), (b) and (c):

Where, then, if anywhere, does consideration of the merits of the appeal belong? Mr. Roberts for the Student Association contends that any consideration of the merits of the appeal belongs in the determination of whether a miscarriage of justice may occur; that is, under the second criterion. I do not agree. In my view, the apparent merit or lack of merit of an appeal is part of the exercise of the residual discretion, and applies equally to all three subsections, (a) through (c). Just as an appeal woefully lacking in merit should not attract leave under (b) (of importance to a class of people including the applicant) or (c) (of general or public importance), so too it should not attract leave under (a). Consideration of the merits, for consistency in the section as a whole, should be made as part of the exercise of residual discretion. [para. 29]

[77] I acknowledge the consistency rationale. However, in my respectful opinion, the desire for a consistent approach to s. 31(2)(a), (b) and (c) cannot override the text of the legislation. Unlike s. 31(2)(b) and (c), s. 31(2)(a) requires an assessment to determine whether allowing leave to appeal “may prevent a miscarriage of justice”. It is my opinion that a preliminary assessment of the question of law is an implicit component in a determination of whether allowing leave “may prevent a miscarriage of justice”.

[78] However, in an application for leave to appeal pursuant to s. 31(2)(b) or (c), neither of which contain a miscarriage of justice requirement, I agree with Justice Saunders in *BCIT* that a preliminary

[76] Dans *BCIT*, la juge Saunders s’interroge sur l’étape à laquelle il convient d’examiner le bien-fondé de l’appel dans le cadre de l’analyse requise par l’al. 31(2)(a) de l’*AA*. Contrairement à ce que prétendait une partie, soit que l’évaluation du bien-fondé se rapporte au critère de l’erreur judiciaire, la juge détermine que cet examen se rattache plutôt à l’exercice du pouvoir discrétionnaire. Ses motifs révèlent que sa décision découle de sa volonté d’adopter une approche uniforme à l’égard des al. 31(2)(a), (b) et (c) :

[TRADUCTION] À quel moment, le cas échéant, faut-il alors examiner le bien-fondé de l’appel? M. Roberts, qui représente l’Association étudiante, prétend qu’il convient de procéder à cet examen lorsqu’on se demande si une erreur judiciaire risque d’être commise, c’est-à-dire, à la deuxième étape. Je ne suis pas d’accord. À mon avis, l’appréciation du bien-fondé ou de l’absence de fondement apparent de l’appel s’inscrit dans l’exercice du pouvoir discrétionnaire résiduel et s’applique également aux trois alinéas, de (a) à (c). Tout comme un appel manifestement dénué de fondement ne devrait pas être autorisé en vertu de l’al. (b) (revêt de l’importance pour une catégorie ou un groupe de personnes dont le demandeur fait partie) ou de l’al. (c) (est d’importance publique), un tel appel ne devrait pas non plus être autorisé en vertu de l’al. (a). Dans un but d’uniformité à l’égard de l’article entier, l’appréciation du bien-fondé devrait être intégrée à l’exercice du pouvoir discrétionnaire résiduel. [par. 29]

[77] Je reconnais la validité du raisonnement axé sur l’uniformité. Cependant, à mon humble avis, cette volonté d’adopter une démarche semblable au regard des al. 31(2)(a), (b) et (c) ne saurait l’emporter sur le libellé de la disposition. Contrairement aux al. 31(2)(b) et (c), l’al. 31(2)(a) exige que le tribunal détermine si le fait d’autoriser l’appel « peut permettre d’éviter une erreur judiciaire ». J’estime qu’un examen préliminaire de la question de droit s’inscrit implicitement dans l’examen qui vise à déterminer si l’autorisation « peut permettre d’éviter une erreur judiciaire ».

[78] Cependant, lorsqu’il s’agit d’une demande d’autorisation d’appel présentée en vertu des al. 31(2)(b) ou (c) — puisque ces dispositions ne prévoient pas le risque d’erreur judiciaire comme

examination of the merits of the question of law should be assessed at the residual discretion stage of the analysis as considering the merits of the proposed appeal will always be relevant when deciding whether to grant leave to appeal under s. 31.

[79] In sum, in order to establish that “the intervention of the court and the determination of the point of law may prevent a miscarriage of justice” for the purposes of s. 31(2)(a) of the AA, an applicant must demonstrate that the point of law on appeal is material to the final result and has arguable merit.

(b) *Application to the Present Case*

[80] The CA Leave Court found that the arbitrator may have erred in law by not interpreting the Agreement as a whole, specifically in ignoring the “maximum amount” proviso. Accepting that this is a question of law for these purposes only, a determination of the question would be material because it could change the ultimate result arrived at by the arbitrator. The arbitrator awarded \$4.14 million in damages on the basis that there was an 85 percent chance the TSXV would approve a finder’s fee paid in \$0.15 shares. If Creston’s argument is correct and the \$0.15 share price is foreclosed by the “maximum amount” proviso, damages would be reduced to US\$1.5 million, a significant reduction from the arbitrator’s award of damages.

[81] As s. 31(2)(a) of the AA is the relevant provision in this case, a preliminary assessment of the question of law will be conducted in order to determine if a miscarriage of justice could have occurred had Creston been denied leave to appeal. Creston argues that the fact that the arbitrator’s conclusion results in Sattva receiving shares valued at considerably more than the US\$1.5 million maximum dictated by the “maximum amount” proviso is

critère —, je souscris aux commentaires formulés par la juge Saunders dans *BCIT* selon lesquels l’examen préliminaire du bien-fondé de la question de droit devrait intervenir à l’étape de l’exercice du pouvoir discrétionnaire résiduel dans l’analyse, puisque l’examen du bien-fondé de l’appel proposé demeure pertinent dans la décision d’accorder ou non l’autorisation d’appel en vertu de l’art. 31.

[79] Bref, afin d’établir que l’intervention du tribunal est justifiée [TRADUCTION] « et que le règlement de la question de droit peut permettre d’éviter une erreur judiciaire » pour l’application de l’al. 31(2)(a) de l’AA, le demandeur doit prouver que le point de droit en appel aura une incidence sur le résultat final et qu’il est défendable.

b) *Application au présent pourvoi*

[80] La formation de la CA saisie de la demande d’autorisation a conclu à la possibilité d’une erreur de droit par l’arbitre qui n’aurait pas interprété l’entente dans son ensemble et, plus particulièrement, aurait fait fi de la stipulation relative au « plafond ». Admettons cette prétention comme question de droit uniquement pour les besoins de la cause. Le règlement de la question est déterminant parce qu’il pourrait avoir pour effet de modifier la sentence de l’arbitre, lequel a accordé 4,14 millions \$ en dommages-intérêts au motif qu’il évaluait à 85 p. 100 la probabilité que la Bourse approuve des honoraires d’intermédiation payés en actions, à raison de 0,15 \$ l’unité. Si l’argument invoqué par Creston est correct et que le cours de l’action ne peut s’établir à 0,15 \$ en raison de la stipulation relative au « plafond », les dommages-intérêts seraient réduits à 1,5 million \$US, une amputation considérable de la somme initiale accordée.

[81] Comme l’al. 31(2)(a) de l’AA est la disposition pertinente en l’espèce, il doit être procédé à un examen préliminaire de la question de droit pour déterminer le risque qu’une erreur judiciaire découle du rejet de la demande d’autorisation d’appel présentée par Creston. Cette dernière soutient que le fait que Sattva reçoive un portefeuille d’actions dont la valeur est très supérieure au plafond de 1,5 million \$US en exécution de la sentence arbitrale

evidence of the arbitrator's failure to consider that proviso.

[82] However, the arbitrator did refer to s. 3.1, the "maximum amount" proviso, at two points in his decision: paras. 18 and 23(a). For example, at para. 23 he stated:

In summary, then, as of March 27, 2007 it was clear and beyond argument that under the Agreement:

- (a) Sattva was entitled to a fee equal to the maximum amount payable pursuant to the rules and policies of the TSX Venture Exchange – section 3.1. It is common ground that the quantum of this fee is US\$1,500,000.
- (b) The fee was payable in shares based on the Market Price, as defined in the Agreement, unless Sattva elected to take it in cash or a combination of cash and shares.
- (c) The Market Price, as defined in the Agreement, was \$0.15. [Emphasis added.]

[83] Although the arbitrator provided no express indication that he considered how the "maximum amount" proviso interacted with the Market Price definition, such consideration is implicit in his decision. The only place in the contract that specifies that the amount of the fee is calculated as US\$1.5 million is the "maximum amount" proviso's reference to s. 3.3 of the TSXV Policy 5.1. The arbitrator acknowledged that the quantum of the fee is US\$1.5 million and awarded Sattva US\$1.5 million in shares priced at \$0.15. Contrary to Creston's argument that the arbitrator failed to consider the proviso in construing the Agreement, it is apparent on a preliminary examination of the question that the arbitrator did in fact consider the "maximum amount" proviso.

[84] Accordingly, even had the CA Leave Court properly identified a question of law, leave to appeal should have been denied. The requirement that there be arguable merit that the arbitrator's decision was unreasonable is not met and the miscarriage of justice threshold was not satisfied.

prouve que l'arbitre n'a pas tenu compte de la stipulation relative au « plafond ».

[82] Or, l'arbitre renvoie effectivement à l'art. 3.1, la stipulation relative au « plafond », à deux reprises dans sa décision, soit aux par. 18 et 23(a). Par exemple, il affirme ce qui suit au par. 23 :

[TRADUCTION]

Bref, à partir du 27 mars 2007, il était clair et incontestable qu'aux termes de l'entente :

- (a) Sattva avait le droit de recevoir des honoraires équivalant au plafond payable conformément aux règles et politiques de la Bourse de croissance TSX – article 3.1. Les parties conviennent que le montant des honoraires s'établit à 1 500 000 \$US.
- (b) La commission était payable en actions, en fonction du cours, tel qu'il est défini dans l'entente, à moins que Sattva n'opte pour le versement des honoraires en argent ou en argent et en actions.
- (c) Le cours de l'action, tel qu'il est défini dans l'entente, s'établissait à 0,15 \$. [Je souligne.]

[83] Ainsi, même si l'arbitre n'indique pas expressément avoir examiné le jeu de la stipulation relative au « plafond » et de la définition du cours, cet examen ressort implicitement de sa sentence. La seule clause de l'entente qui prévoit le montant des honoraires, soit 1,5 million \$US, est la stipulation relative au « plafond », qui renvoie au point 3.3 de la politique 5.1 de la Bourse. Reconnaisant que le montant des honoraires s'élève à 1,5 million \$US, l'arbitre a accordé à Sattva pareille somme, payable en actions, à raison de 0,15 \$ l'unité. Contrairement à l'argument avancé par Creston, selon qui l'arbitre aurait négligé la stipulation dans son interprétation de l'entente, il ressort de l'examen préliminaire de la question que l'arbitre a effectivement tenu compte de la stipulation relative au « plafond ».

[84] Par conséquent, même si la Cour d'appel avait cerné à juste titre une question de droit, elle aurait dû rejeter la demande d'autorisation. Il n'était pas satisfait au critère qui exige que le caractère déraisonnable de la sentence arbitrale ait un fondement défendable, ni à celui de l'erreur judiciaire.

(5) Residual Discretion to Deny Leave

- (a)
- Considerations in Exercising Residual Discretion in a Section 31(2)(a) Leave Application*

[85] The B.C. courts have found that the words “may grant leave” in s. 31(2) of the AA confer on the court residual discretion to deny leave even where the requirements of s. 31(2) are met (*BCIT*, at paras. 9 and 26). In *BCIT*, Saunders J.A. sets out a non-exhaustive list of considerations that would be applicable to the exercise of discretion (para. 31):

1. “the apparent merits of the appeal”;
2. “the degree of significance of the issue to the parties, to third parties and to the community at large”;
3. “the circumstances surrounding the dispute and adjudication including the urgency of a final answer”;
4. “other temporal considerations including the opportunity for either party to address the result through other avenues”;
5. “the conduct of the parties”;
6. “the stage of the process at which the appealed decision was made”;
7. “respect for the forum of arbitration, chosen by the parties as their means of resolving disputes”; and
8. “recognition that arbitration is often intended to provide a speedy and final dispute mechanism, tailor-made for the issues which may face the parties to the arbitration agreement”.

(5) Le pouvoir discrétionnaire résiduel qui habilité à refuser l’autorisation

- a)
- Éléments à examiner dans l’exercice du pouvoir discrétionnaire résiduel à l’égard d’une demande d’autorisation présentée en vertu de l’al. 31(2)(a)*

[85] Les tribunaux de la C.-B. ont conclu que les termes [TRADUCTION] « peut accorder l’autorisation » figurant au par. 31(2) de l’AA confèrent au tribunal un pouvoir discrétionnaire résiduel qui lui permet de refuser l’autorisation même quand les critères prévus par la disposition sont respectés (*BCIT*, par. 9 et 26). Dans *BCIT*, la juge Saunders énumère des facteurs à considérer dans l’exercice de ce pouvoir discrétionnaire (par. 31) :

1. [TRADUCTION] « le bien-fondé apparent de l’appel »;
2. « l’importance de la question pour les parties, les tiers et la société en général »;
3. « les circonstances qui sont à l’origine du différend et de l’arbitrage, y compris le besoin urgent d’obtenir un règlement définitif »;
4. « d’autres considérations temporelles, y compris la possibilité pour l’une ou l’autre des parties de remédier autrement aux conséquences »;
5. « la conduite des parties »;
6. « l’étape à laquelle la décision qui a été portée en appel avait été prise »;
7. « le respect du choix des parties d’avoir recours à l’arbitrage pour résoudre leurs différends »;
8. « la reconnaissance du fait que l’arbitrage constitue souvent un moyen expéditif et définitif de régler les différends, spécialement conçu pour traiter les enjeux susceptibles de toucher les parties à la convention d’arbitrage ».

[86] I agree with Justice Saunders that it is not appropriate to create what she refers to as an “immutable checklist” of factors to consider in exercising discretion under s. 31(2) (*BCIT*, at para. 32). However, I am unable to agree that all the listed considerations are applicable at this stage of the analysis.

[87] In exercising its statutorily conferred discretion to deny leave to appeal pursuant to s. 31(2)(a), a court should have regard to the traditional bases for refusing discretionary relief: the parties’ conduct, the existence of alternative remedies, and any undue delay (*Immeubles Port Louis Ltée v. Lafontaine (Village)*, [1991] 1 S.C.R. 326, at pp. 364-67). Balance of convenience considerations are also involved in determining whether to deny discretionary relief (*Mining Watch Canada v. Canada (Fisheries and Oceans)*, 2010 SCC 2, [2010] 1 S.C.R. 6, at para. 52). This would include the urgent need for a final answer.

[88] With respect to the other listed considerations and addressed in turn below, it is my opinion that they have already been considered elsewhere in the s. 31(2)(a) analysis or are more appropriately considered elsewhere under s. 31(2). Once considered, these matters should not be assessed again under the court’s residual discretion.

[89] As discussed above, in s. 31(2)(a), a preliminary assessment of the merits of the question of law at issue in the leave application is to be considered in determining the miscarriage of justice question. The degree of significance of the issue to the parties is covered by the “importance of the result of the arbitration to the parties” criterion in s. 31(2)(a). The degree of significance of the issue to third parties and to the community at large should not be considered under s. 31(2)(a) as the AA sets these out as separate grounds for granting leave to appeal under s. 31(2)(b) and (c). Furthermore, respect for the forum of arbitration chosen by the parties is a consideration that animates the legislation itself and

[86] Je conviens avec la juge Saunders pour dire qu’il n’est pas opportun de dresser ce qu’elle appelle une [TRADUCTION] « liste immuable » de facteurs à considérer dans l’exercice du pouvoir discrétionnaire prévu au par. 31(2) (*BCIT*, par. 32). Cependant, je ne peux convenir que tous les facteurs qui figurent sur la liste qu’elle a dressée sont applicables à cette étape de l’analyse.

[87] Dans l’exercice du pouvoir discrétionnaire que lui confère l’al. 31(2)(a) et qui l’habilite à rejeter la demande d’autorisation, le tribunal devrait examiner les motifs traditionnels justifiant le refus d’une réparation discrétionnaire : la conduite des parties, l’existence d’autres recours et tout retard indu (*Immeubles Port Louis Ltée c. Lafontaine (Village)*, [1991] 1 R.C.S. 326, p. 364-367). L’exercice du pouvoir discrétionnaire qui permet de refuser une réparation fait intervenir des considérations relatives à la prépondérance des inconvénients (*Mines Alerte Canada c. Canada (Pêches et Océans)*, 2010 CSC 2, [2010] 1 R.C.S. 6, par. 52). Parmi celles-ci se trouve le besoin urgent d’obtenir un règlement définitif.

[88] Quant aux autres facteurs mentionnés dans la liste et dont je traite successivement ci-après, j’estime qu’ils ont déjà été examinés dans le cadre de l’analyse fondée sur l’al. 31(2)(a) ou qu’il conviendrait mieux de les examiner à un autre volet du critère énoncé au par. 31(2). Une fois examinés, ces facteurs ne devraient pas être réexaminés par le tribunal au moment de l’exercice de son pouvoir discrétionnaire résiduel.

[89] Je le rappelle, dans l’analyse fondée sur l’al. 31(2)(a), il faut procéder à l’examen préliminaire du bien-fondé de la question de droit soulevée dans la demande d’autorisation pour déterminer s’il y a risque d’erreur judiciaire. La question de l’importance pour les parties se règle à l’al. 31(2)(a) : [TRADUCTION] « l’importance de l’issue de l’arbitrage pour les parties ». L’importance de la question pour les tiers et pour la société en général ne doit pas être examinée à l’al. 31(2)(a), car l’AA prévoit ces motifs à des dispositions distinctes, soit les al. 31(2)(b) et (c). En outre, le respect du choix des parties d’avoir recours à l’arbitrage sous-tend la loi elle-même, ce dont témoigne le seuil élevé auquel l’autorisation

can be seen in the high threshold to obtain leave under s. 31(2)(a). Recognition that arbitration is often chosen as a means to obtain a fast and final resolution tailor-made for the issues is already reflected in the urgent need for a final answer.

[90] As for the stage of the process at which the decision sought to be appealed was made, it is not a consideration relevant to the exercise of the court's residual discretion to deny leave under s. 31(2)(a). This factor seeks to address the concern that granting leave to appeal an interlocutory decision may be premature and result in unnecessary fragmentation and delay of the legal process (D. J. M. Brown and J. M. Evans, with the assistance of C. E. Deacon, *Judicial Review of Administrative Action in Canada* (loose-leaf), at pp. 3-67 to 3-76). However, any such concern will have been previously addressed by the leave court in its analysis of whether a miscarriage of justice may arise; more specifically, whether the interlocutory issue has the potential to affect the final result. As such, the above-mentioned concerns should not be considered anew.

[91] In sum, a non-exhaustive list of discretionary factors to consider in a leave application under s. 31(2)(a) of the AA would include:

- conduct of the parties;
- existence of alternative remedies;
- undue delay; and
- the urgent need for a final answer.

[92] These considerations could, where applicable, be a sound basis for declining leave to appeal an arbitral award even where the statutory criteria of s. 31(2)(a) have been met. However, courts should

est subordonnée aux termes de l'al. 31(2)(a). La reconnaissance du fait que l'arbitrage constitue souvent un moyen expéditif et définitif de régler les différends et spécialement conçu pour traiter les enjeux susceptibles de toucher les parties à la convention d'arbitrage s'inscrit dans le besoin urgent d'obtenir un règlement définitif.

[90] Quant à l'étape du processus à laquelle la décision dont on veut faire appel a été rendue, ce n'est pas un facteur pertinent pour l'exercice par le tribunal du pouvoir discrétionnaire résiduel conféré par l'al. 31(2)(a) qui lui permet de refuser l'autorisation. Ce facteur a été défini en réponse à des préoccupations selon lesquelles l'autorisation d'appeler d'une décision interlocutoire risque d'être prématurée et d'entraîner des retards indus ainsi qu'une fragmentation inutile du processus judiciaire (D. J. M. Brown et J. M. Evans, avec la collaboration de C. E. Deacon, *Judicial Review of Administrative Action in Canada* (feuilles mobiles), p. 3-67 à 3-76). Or, ces préoccupations auront été dissipées par la formation saisie de la demande d'autorisation lorsqu'elle se sera penchée sur le risque d'erreur judiciaire, et, plus précisément, sur la possibilité que la question interlocutoire ait une incidence sur le résultat final. Ainsi, les préoccupations mentionnées précédemment ne devraient donc pas être réexaminées.

[91] En résumé, une liste non exhaustive des facteurs à prendre en considération dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire à l'égard d'une demande d'autorisation présentée en vertu de l'al. 31(2)(a) de l'AA comprendrait :

- la conduite des parties;
- l'existence d'autres recours;
- un retard indu;
- le besoin urgent d'obtenir un règlement définitif.

[92] Ces facteurs pourraient, le cas échéant, justifier le rejet de la demande sollicitant l'autorisation d'interjeter appel d'une sentence arbitrale même dans le cas où il est satisfait aux critères prévus à

exercise such discretion with caution. Having found an error of law and, at least with respect to s. 31(2)(a), a potential miscarriage of justice, these discretionary factors must be weighed carefully before an otherwise eligible appeal is rejected on discretionary grounds.

(b) *Application to the Present Case*

[93] The SC Leave Court judge denied leave on the basis that there was no question of law. Even had he found a question of law, the SC Leave Court judge stated that he would have exercised his residual discretion to deny leave for two reasons: first, because of Creston's conduct in misrepresenting the status of the finder's fee issue to the TSXV and Sattva; and second, "on the principle that one of the objectives of the [AA] is to foster and preserve the integrity of the arbitration system" (para. 41). The CA Leave Court overruled the SC Leave Court on both of these discretionary grounds.

[94] For the reasons discussed above, fostering and preserving the integrity of the arbitral system should not be a discrete discretionary consideration under s. 31(2)(a). While the scheme of s. 31(2) recognizes this objective, the exercise of discretion must pertain to the facts and circumstances of a particular case. This general objective is not a discretionary matter for the purposes of denying leave.

[95] However, conduct of the parties is a valid consideration in the exercise of the court's residual discretion under s. 31(2)(a). A discretionary decision to deny leave is to be reviewed with deference by an appellate court. A discretionary decision should not be interfered with merely because an appellate court would have exercised the discretion differently (*R. v. Bellusci*, 2012 SCC 44, [2012]

l'al. 31(2)(a). Cependant, les tribunaux devraient faire preuve de prudence dans l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire. Après avoir conclu à l'existence d'une erreur de droit et, au moins en ce qui concerne l'al. 31(2)(a), d'un risque d'erreur judiciaire, le tribunal doit sopeser ces facteurs avec soin avant de décider s'il va rejeter ou non pour des motifs discrétionnaires une demande par ailleurs admissible.

b) *Application au présent pourvoi*

[93] Le juge de la CS saisi de la demande d'autorisation a rejeté cette dernière au motif qu'elle ne soulevait aucune question de droit. Il a indiqué que, même s'il avait conclu à l'existence d'une telle question, il aurait refusé l'autorisation en vertu de son pouvoir discrétionnaire résiduel, et ce, pour deux raisons : premièrement, à cause de la conduite de Creston qui a présenté inexactement les faits relatifs aux honoraires d'intermédiation à la Bourse et à Sattva; deuxièmement, [TRADUCTION] « par égard pour le principe selon lequel l'[AA] a notamment pour objectif de favoriser et de préserver l'intégrité du système d'arbitrage » (par. 41). La formation de la CA saisie de la demande d'autorisation a écarté la décision de la CS pour ces deux raisons discrétionnaires.

[94] Pour les motifs énoncés précédemment, l'objectif qui vise à favoriser et à préserver l'intégrité du système d'arbitrage ne devrait pas constituer une considération distincte dans l'analyse que requiert l'al. 31(2)(a) préalable à l'exercice du pouvoir discrétionnaire. Bien que le régime instauré par le par. 31(2) reconnaît cet objectif, l'exercice du pouvoir discrétionnaire doit se rapporter aux faits et aux circonstances de l'affaire. Cet objectif général ne fait pas partie des considérations susceptibles de justifier le refus discrétionnaire de l'autorisation.

[95] Toutefois, la conduite des parties est un facteur que le tribunal peut prendre en considération dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire résiduel que lui confère l'al. 31(2)(a). La cour d'appel doit faire preuve de déférence lorsqu'elle contrôle la décision discrétionnaire de refuser l'autorisation d'interjeter appel. Elle doit se garder d'intervenir seulement parce qu'elle aurait exercé son pouvoir

2 S.C.R. 509, at paras. 18 and 30). An appellate court is only justified in interfering with a lower court judge's exercise of discretion if that judge misdirected himself or if his decision is so clearly wrong as to amount to an injustice (*R. v. Bjelland*, 2009 SCC 38, [2009] 2 S.C.R. 651, at para. 15; and *R. v. Regan*, 2002 SCC 12, [2002] 1 S.C.R. 297, at para. 117).

[96] Here, the SC Leave Court relied upon a well-accepted consideration in deciding to deny discretionary relief: the misconduct of Creston. The CA Leave Court overturned this decision on the grounds that Creston's conduct was "not directly relevant to the question of law" advanced on appeal (at para. 27).

[97] The CA Leave Court did not explain why misconduct need be directly relevant to a question of law for the purpose of denying leave. I see nothing in s. 31(2) of the AA that would limit a leave judge's exercise of discretion in the manner suggested by the CA Leave Court. My reading of the jurisprudence does not support the view that misconduct must be directly relevant to the question to be decided by the court.

[98] In *Homex Realty and Development Co. v. Corporation of the Village of Wyoming*, [1980] 2 S.C.R. 1011, at pp. 1037-38, misconduct by a party not directly relevant to the question at issue before the court resulted in denial of a remedy. The litigation in *Homex* arose out of a disagreement regarding whether the purchaser of lots in a subdivision, Homex, had assumed the obligations of the vendor under a subdivision agreement to provide "all the requirements, financial and otherwise" for the installation of municipal services on a parcel of land that had been subdivided (pp. 1015-16). This Court determined that Homex had not been accorded procedural fairness when the municipality passed a by-law related to the dispute (p. 1032). Nevertheless, discretionary relief to quash the by-law was denied because, among other things, Homex had sought "throughout all these proceedings to

discrétionnaire différemment (*R. c. Bellusci*, 2012 CSC 44, [2012] 2 R.C.S. 509, par. 18 et 30). La cour d'appel ne saurait intervenir à l'égard de l'exercice du pouvoir discrétionnaire par le juge de l'instance inférieure que si celui-ci s'est fondé sur des considérations erronées en droit ou si sa décision est erronée au point de créer une injustice (*R. c. Bjelland*, 2009 CSC 38, [2009] 2 R.C.S. 651, par. 15; *R. c. Regan*, 2002 CSC 12, [2002] 1 R.C.S. 297, par. 117).

[96] En l'espèce, la formation de la CS saisie de la demande d'autorisation a fondé sur un facteur reconnu sa décision de refuser la réparation discrétionnaire : l'inconduite de Creston. La formation de la CA saisie de la demande d'autorisation a infirmé cette décision au motif que [TRADUCTION] « ces faits [la conduite de Creston] n'intéressent pas directement la question de droit » soulevée en appel (par. 27).

[97] La formation de la CA saisie de la demande d'autorisation n'a pas expliqué pourquoi l'inconduite doit se rapporter directement à une question de droit pour que l'autorisation soit refusée. Rien dans le par. 31(2) de l'AA ne limite l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge saisi de la demande d'autorisation de la façon avancée par la Cour d'appel. Mon interprétation de la jurisprudence ne cadre pas avec le point de vue selon lequel l'inconduite d'une partie doit se rapporter directement à la question devant être tranchée par la cour.

[98] Dans l'arrêt *Homex Realty and Development Co. c. Corporation of the Village of Wyoming*, [1980] 2 R.C.S. 1011, p. 1037-1038, l'inconduite d'une partie ne se rapportait pas directement à la question en cause devant la Cour, mais cette dernière a néanmoins refusé d'accorder la réparation. Le litige tirait son origine d'un désaccord sur la question de savoir si l'acheteur de lots sur un lotissement, Homex, avait assumé les obligations du vendeur prévues à la convention de lotissement, c'est-à-dire de satisfaire à « toutes les exigences, financières ou autres » relativement à l'installation des services d'utilité publique sur un lotissement (p. 1015-1016). La Cour décide qu'Homex n'a pas bénéficié de l'équité procédurale lorsque la municipalité avait adopté un règlement se rapportant au litige (p. 1032). Néanmoins, la demande visant à obtenir l'annulation discrétionnaire du règlement a été rejetée notamment

avoid the burden associated with the subdivision of the lands” that it owned (p. 1037), even though the Court held that Homex knew this obligation was its responsibility (pp. 1017-19). This conduct was related to the dispute that gave rise to the litigation, but not to the question of whether the by-law was enacted in a procedurally fair manner. Accordingly, I read *Homex* as authority for the proposition that misconduct related to the dispute that gave rise to the proceedings may justify the exercise of discretion to refuse the relief sought, in this case refusing to grant leave to appeal.

[99] Here, the arbitrator found as a fact that Creston misled the TSXV and Sattva regarding “the nature of the obligation it had undertaken to Sattva by representing that the finder’s fee was payable in cash” (para. 56(k)). While this conduct is not tied to the question of law found by the CA Leave Court, it is tied to the arbitration proceeding convened to determine which share price should be used to pay Sattva’s finder’s fee. The SC Leave Court was entitled to rely upon such conduct as a basis for denying leave pursuant to its residual discretion.

[100] In the result, in my respectful opinion, even if the CA Leave Court had identified a question of law and the miscarriage of justice test had been met, it should have upheld the SC Leave Court’s denial of leave to appeal in deference to that court’s exercise of judicial discretion.

[101] Although the CA Leave Court erred in granting leave, these protracted proceedings have nonetheless now reached this Court. In light of the fact that the true concern between the parties is the merits of the appeal — that is, how much the Agreement requires Creston to pay Sattva — and that the courts below differed significantly in their interpretation of the Agreement, it would be

parce que « [t]out au long de ces procédures, Homex a cherché à éviter les obligations qui se rattachent au lotissement des terrains » qu’elle détenait (p. 1037), même si Homex savait, de l’avis de la Cour, qu’elle devait assumer cette obligation (p. 1017-1019). Cette conduite se rapportait, non pas à la question de savoir si le règlement avait été adopté d’une manière équitable sur le plan de la procédure, mais au désaccord à l’origine du litige. Par conséquent, je crois que l’arrêt *Homex* étaye la proposition selon laquelle une conduite répréhensible se rapportant au différend à l’origine du litige peut justifier le refus de la réparation discrétionnaire sollicitée, en l’occurrence l’autorisation d’interjeter appel.

[99] En l’espèce, l’arbitre a tiré la conclusion de fait suivante : Creston a induit la Bourse et Sattva en erreur en ce qui concerne [TRADUCTION] « la nature de l’obligation qu’elle avait contractée envers Sattva en affirmant que les honoraires d’intermédiation étaient payables en argent » (par. 56(k)). Bien que cette conduite ne soit pas liée à la question de droit énoncée par la formation de la CA saisie de la demande d’autorisation, elle est liée à l’arbitrage visant à déterminer le cours de l’action applicable aux fins du versement des honoraires d’intermédiation de Sattva. La Cour suprême pouvait à bon droit fonder sur une telle conduite sa décision de refuser l’autorisation, en vertu de son pouvoir discrétionnaire.

[100] Par conséquent, à mon humble avis, même si la formation de la CA saisie de la demande d’autorisation avait défini une question de droit et qu’il avait été satisfait au critère du risque d’erreur judiciaire, elle aurait dû confirmer la décision de la formation de la CS saisie de la demande d’autorisation de rejeter cette demande, par égard pour l’exercice du pouvoir discrétionnaire de cette cour.

[101] S’il est vrai que la formation de la CA saisie de la demande d’autorisation a commis une erreur en autorisant l’appel, ces interminables procédures ne s’en trouvent pas moins à l’heure actuelle devant nous. Puisque, par ailleurs, c’est la question de fond de l’appel — soit celle de savoir combien l’entente exige que Creston paie à Sattva — qui intéresse réellement les parties, et que les tribunaux d’instance

unsatisfactory not to address the very dispute that has given rise to these proceedings. I will therefore proceed to consider the three remaining questions on appeal as if leave to appeal had been properly granted.

C. *Standard of Review Under the AA*

[102] I now turn to consideration of the decisions of the appeal courts. It is first necessary to determine the standard of review of the arbitrator's decision in respect of the question on which the CA Leave Court granted leave: whether the arbitrator construed the finder's fee provision in light of the Agreement as a whole, particularly, whether the finder's fee provision was interpreted having regard for the "maximum amount" proviso.

[103] At the outset, it is important to note that the *Administrative Tribunals Act*, S.B.C. 2004, c. 45, which sets out standards of review of the decisions of many statutory tribunals in British Columbia (see ss. 58 and 59), does not apply in the case of arbitrations under the AA.

[104] Appellate review of commercial arbitration awards takes place under a tightly defined regime specifically tailored to the objectives of commercial arbitrations and is different from judicial review of a decision of a statutory tribunal. For example, for the most part, parties engage in arbitration by mutual choice, not by way of a statutory process. Additionally, unlike statutory tribunals, the parties to the arbitration select the number and identity of the arbitrators. These differences mean that the judicial review framework developed in *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, and the cases that followed it, is not entirely applicable to the commercial arbitration context. For example, the AA forbids review of an arbitrator's factual findings. In the context of commercial arbitration, such a provision is absolute. Under the

inférieure ont considérablement divergé d'opinion quant à l'interprétation qu'il faut donner à l'entente, il serait bien peu satisfaisant que le véritable litige à l'origine de cette instance ne soit pas réglé. Je vais donc examiner les trois autres questions soulevées en appel comme si l'autorisation d'interjeter appel avait été accordée à bon droit.

C. *Norme de contrôle applicable aux affaires régies par l'AA*

[102] Abordons les décisions des tribunaux siégeant en appel. Tout d'abord, il est nécessaire de déterminer la norme applicable au contrôle de la sentence arbitrale en fonction de la question à l'égard de laquelle la formation de la CA saisie de la demande d'autorisation a accordé cette dernière : l'arbitre a-t-il interprété la disposition sur les honoraires d'intermédiation à la lumière de l'entente dans son ensemble? Plus particulièrement, l'a-t-il interprétée en tenant compte de la stipulation relative au « plafond »?

[103] D'entrée de jeu, il convient de souligner que l'*Administrative Tribunals Act*, S.B.C. 2004, ch. 45, laquelle prévoit les normes de contrôle applicables aux décisions rendues par de nombreux tribunaux administratifs de la Colombie-Britannique (art. 58 et 59), ne s'applique pas aux arbitrages régis par l'AA.

[104] L'examen en appel des sentences arbitrales commerciales s'inscrit dans un régime, strictement défini et adapté aux objectifs de l'arbitrage commercial, qui diffère du contrôle judiciaire d'une décision rendue par un tribunal administratif. Par exemple, la plupart du temps, les parties décident d'un commun accord de soumettre leur différend à l'arbitrage. Il ne s'agit pas d'un processus imposé par la loi. De plus, contrairement à la procédure devant un tribunal administratif, dans le cas d'un arbitrage les parties à la convention choisissent le nombre d'arbitres et l'identité de chacun. Ces différences révèlent que le cadre relatif au contrôle judiciaire établi dans l'arrêt *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, et les arrêts rendus depuis, ne peut être tout à fait transposé dans le contexte de l'arbitrage commercial. Par exemple, l'AA interdit

Dunsmuir judicial review framework, a privative clause does not prevent a court from reviewing a decision, it simply signals deference (*Dunsmuir*, at para. 31).

[105] Nevertheless, judicial review of administrative tribunal decisions and appeals of arbitration awards are analogous in some respects. Both involve a court reviewing the decision of a non-judicial decision-maker. Additionally, as expertise is a factor in judicial review, it is a factor in commercial arbitrations: where parties choose their own decision-maker, it may be presumed that such decision-makers are chosen either based on their expertise in the area which is the subject of dispute or are otherwise qualified in a manner that is acceptable to the parties. For these reasons, aspects of the *Dunsmuir* framework are helpful in determining the appropriate standard of review to apply in the case of commercial arbitration awards.

[106] *Dunsmuir* and the post-*Dunsmuir* jurisprudence confirm that it will often be possible to determine the standard of review by focusing on the nature of the question at issue (see for example *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654, at para. 44). In the context of commercial arbitration, where appeals are restricted to questions of law, the standard of review will be reasonableness unless the question is one that would attract the correctness standard, such as constitutional questions or questions of law of central importance to the legal system as a whole and outside the adjudicator's expertise (*Alberta Teachers' Association*, at para. 30). The question at issue here, whether the arbitrator interpreted the Agreement as a whole, does not fall into one of those categories. The relevant portions of the *Dunsmuir* analysis point to a standard of review of reasonableness in this case.

le contrôle des conclusions de fait tirées par l'arbitre. En matière d'arbitrage commercial, une telle disposition est absolue. Suivant le cadre établi dans *Dunsmuir*, l'existence d'une disposition d'inattaquabilité (aussi appelée clause privative) n'empêche pas le tribunal judiciaire de procéder au contrôle d'une décision administrative, elle signale simplement que la déférence est de mise (*Dunsmuir*, par. 31).

[105] Il demeure que le contrôle judiciaire d'une décision rendue par un tribunal administratif et l'appel d'une sentence arbitrale se ressemblent dans une certaine mesure. Dans les deux cas, le tribunal examine la décision rendue par un décideur administratif. En outre, l'expertise constitue un facteur tant en matière de contrôle judiciaire qu'en matière d'arbitrage commercial : quand les parties choisissent leur propre décideur, on peut présumer qu'elles fondent leur choix sur l'expertise de l'arbitre dans le domaine faisant l'objet du litige ou jugent sa compétence acceptable. Pour ces raisons, j'estime que certains éléments du cadre établi dans l'arrêt *Dunsmuir* aident à déterminer le degré de déférence qu'il convient d'accorder aux sentences rendues en matière d'arbitrage commercial.

[106] La jurisprudence depuis l'arrêt *Dunsmuir* vient confirmer qu'il est souvent possible de déterminer la norme de contrôle applicable suivant la nature de la question en litige (voir par exemple *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654, par. 44). En matière d'arbitrage commercial, la possibilité d'interjeter appel étant subordonnée à l'existence d'une question de droit, la norme de contrôle est celle de la décision raisonnable, à moins que la question n'appartienne à celles qui entraînent l'application de la norme de la décision correcte, comme les questions constitutionnelles ou les questions de droit qui revêtent une importance capitale pour le système juridique dans son ensemble et qui sont étrangères au domaine d'expertise du décideur (*Alberta Teachers' Association*, par. 30). La question dont nous sommes saisis, à savoir si l'arbitre a interprété l'entente dans son ensemble, n'appartient pas à l'une ou l'autre de ces catégories. Compte tenu des éléments pertinents de l'analyse établie dans l'arrêt *Dunsmuir*, la norme de la décision raisonnable s'applique en l'espèce.

D. *The Arbitrator Reasonably Construed the Agreement as a Whole*

[107] For largely the reasons outlined by Justice Armstrong in paras. 57-75 of the SC Appeal Court decision, in my respectful opinion, in determining that Sattva is entitled to be paid its finder's fee in shares priced at \$0.15 per share, the arbitrator reasonably construed the Agreement as a whole. Although Justice Armstrong conducted a correctness review of the arbitrator's decision, his reasons amply demonstrate the reasonableness of that decision. The following analysis is largely based upon his reasoning.

[108] The question that the arbitrator had to decide was which date should be used to determine the price of the shares used to pay the finder's fee: the date specified in the Market Price definition in the Agreement or the date the finder's fee was to be paid?

[109] The arbitrator concluded that the price determined by the Market Price definition prevailed, i.e. \$0.15 per share. In his view, this conclusion followed from the words of the Agreement and was "clear and beyond argument" (para. 23). Apparently, because he considered this issue clear, he did not offer extensive reasons in support of his conclusion.

[110] In *Newfoundland and Labrador Nurses' Union*, Abella J. cites Professor David Dyzenhaus to explain that, when conducting a reasonableness review, it is permissible for reviewing courts to supplement the reasons of the original decision-maker as part of the reasonableness analysis:

"Reasonable" means here that the reasons do in fact or in principle support the conclusion reached. That is, even if the reasons in fact given do not seem wholly adequate to support the decision, the court must first seek to supplement them before it seeks to subvert them. For if it is right that among the reasons for deference are the appointment of the tribunal and not the court as the front line adjudicator, the tribunal's proximity to the dispute, its expertise, etc., then it is also the case that its decision should be presumed to be correct even if its reasons are in

D. *L'arbitre a donné une interprétation raisonnable de l'entente considérée dans son ensemble*

[107] Essentiellement pour les mêmes motifs que ceux exprimés par le juge Armstrong aux par. 57-75 de la décision de la CS sur l'appel, je suis d'avis que l'arbitre, en déterminant que Sattva était en droit de recevoir ses honoraires d'intermédiation en actions, à raison de 0,15 \$ l'action, a donné une interprétation raisonnable de l'entente considérée dans son ensemble. Le juge Armstrong a contrôlé la décision de l'arbitre selon la norme de la décision correcte, mais ses motifs démontrent amplement le caractère raisonnable de cette décision. L'analyse qui suit est largement fondée sur son raisonnement.

[108] La question que devait trancher l'arbitre portait sur la date qui doit être retenue pour évaluer le cours de l'action aux fins du versement des honoraires d'intermédiation : la date établie selon la définition du cours qui figure dans l'entente ou la date du versement des honoraires d'intermédiation.

[109] L'arbitre a conclu que la valeur calculée selon la définition du cours l'emportait, soit 0,15 \$ l'action. Selon lui, tel constat découlait des termes de l'entente et était [TRADUCTION] « clair et incontestable » (par. 23). Apparemment, comme il estimait que ce point était clair, il ne l'a pas motivé abondamment.

[110] Dans l'arrêt *Newfoundland and Labrador Nurses' Union*, la juge Abella cite le professeur David Dyzenhaus pour expliquer que les tribunaux siégeant en révision peuvent compléter les motifs du décideur de première ligne dans le cadre de l'analyse du caractère raisonnable :

[TRADUCTION] Le « caractère raisonnable » s'entend ici du fait que les motifs étaient, effectivement ou en principe, la conclusion. Autrement dit, même si les motifs qui ont en fait été donnés ne semblent pas tout à fait convenables pour étayer la décision, la cour de justice doit d'abord chercher à les compléter avant de tenter de les contrecarrer. Car s'il est vrai que parmi les motifs pour lesquels il y a lieu de faire preuve de retenue on compte le fait que c'est le tribunal, et non la cour de justice, qui a été désigné comme décideur de

some respects defective. [Emphasis added by Abella J.; para. 12.]

(Quotation from D. Dyzenhaus, “The Politics of Deference: Judicial Review and Democracy”, in M. Taggart, ed., *The Province of Administrative Law* (1997), 279, at p. 304)

Accordingly, Justice Armstrong’s explanation of the interaction between the Market Price definition and the “maximum amount” proviso can be considered a supplement to the arbitrator’s reasons.

[111] The two provisions at issue here are the Market Price definition and the “maximum amount” proviso:

2. DEFINITIONS

“**Market Price**” for companies listed on the TSX Venture Exchange shall have the meaning as set out in the Corporate Finance Manual of the TSX Venture Exchange as calculated on close of business day before the issuance of the press release announcing the Acquisition. For companies listed on the TSX, Market Price means the average closing price of the Company’s stock on a recognized exchange five trading days immediately preceding the issuance of the press release announcing the Acquisition.

And:

3. FINDER’S FEE

3.1 . . . the Company agrees that on the closing of an Acquisition introduced to Company by the Finder, the Company will pay the Finder a finder’s fee (the “Finder’s Fee”) based on Consideration paid to the vendor equal to the maximum amount payable pursuant to the rules and policies of the TSX Venture Exchange. Such finder’s fee is to be paid in shares of the Company based on Market Price or, at the option of the Finder, any combination of shares and cash, provided the amount does not exceed the maximum amount as set out in the Exchange Policy 5.1, Section 3.3 Finder’s Fee Limitations. [Emphasis added.]

première ligne, la connaissance directe qu’a le tribunal du différend, son expertise, etc., il est aussi vrai qu’on doit présumer du bien-fondé de sa décision même si ses motifs sont lacunaires à certains égards. [Soulignement ajouté par la juge Abella; par. 12.]

(Citation de D. Dyzenhaus, « The Politics of Deference : Judicial Review and Democracy », dans M. Taggart, dir., *The Province of Administrative Law* (1997), 279, p. 304)

Par conséquent, on peut supposer que l’explication donnée par le juge Armstrong du jeu de la définition du cours et de la stipulation relative au « plafond » complète les motifs de l’arbitre.

[111] Les deux clauses en cause sont la définition du cours et la stipulation relative au « plafond » :

[TRADUCTION]

2. DÉFINITIONS

« **cours** », pour les sociétés dont les titres sont inscrits à la cote de la Bourse de croissance TSX, a le sens qui lui est attribué dans le Guide du financement des sociétés de la Bourse de croissance TSX, c’est-à-dire qu’il s’entend du cours de clôture des actions le dernier jour ouvrable avant la publication du communiqué de presse annonçant l’acquisition. Pour les sociétés cotées à la Bourse TSX, le cours s’entend du cours de clôture moyen des actions de la société à une bourse reconnue cinq jours de bourse avant la publication du communiqué de presse annonçant l’acquisition.

Et :

3. HONORAIRES D’INTERMÉDIATION

3.1 . . . la société convient qu’à la conclusion d’une acquisition qui lui a été présentée par l’intermédiaire, elle verse à l’intermédiaire des honoraires (des « honoraires d’intermédiation »), calculés en fonction de la contrepartie versée au vendeur, dont le montant est égal au plafond payable conformément aux règles et politiques de la Bourse de croissance TSX. Ces honoraires d’intermédiation sont versés en actions de la société en fonction du cours ou, au choix de l’intermédiaire, en actions et en argent, dans la mesure où le montant des honoraires n’excède pas le plafond énoncé au point 3.3 de la politique 5.1 de la Bourse — Plafond des honoraires d’intermédiation. [Je souligne.]

[112] Section 3.1 entitles Sattva to be paid a finder's fee in shares based on the "Market Price". Section 2 of the Agreement states that Market Price for companies listed on the TSXV should be "calculated on close of business day before the issuance of the press release announcing the Acquisition". In this case, shares priced on the basis of the Market Price definition would be \$0.15 per share. The words "provided the amount does not exceed the maximum amount as set out in the Exchange Policy 5.1, Section 3.3 Finder's Fee Limitations" in s. 3.1 of the Agreement constitute the "maximum amount" proviso. This proviso limits the amount of the finder's fee. The maximum finder's fee in this case is US\$1.5 million (see s. 3.3 of the TSXV Policy 5.1 in Appendix II).

[113] While the "maximum amount" proviso limits the amount of the finder's fee, it does not affect the Market Price definition. As Justice Armstrong explained, the Market Price definition acts to fix the date at which one medium of payment (US\$) is transferred into another (shares):

The medium for payment of the finder's fee is clearly established by the fee agreement. The market value of those shares at the time that the parties entered into the fee agreement was unknown. The respondent analogizes between payment of the \$1.5 million US finder's fee in shares and a hypothetical agreement permitting payment of \$1.5 million US in Canadian dollars. Both agreements would contemplate a fee paid in different currencies. The exchange rate of the US and Canadian dollar would be fixed to a particulate date, as is the value of the shares by way of the Market Price in the fee agreement. That exchange rate would determine the number of Canadian dollars paid in order to satisfy the \$1.5 million US fee, as the Market Price does for the number of shares paid in relation to the fee. The Canadian dollar is the form of the fee payment, as are the shares. Whether the Canadian dollar increased or decreased in value after the date on which the exchange rate is based is irrelevant. The amount of the fee paid remains \$1.5 million US, payable in the number of Canadian dollars (or shares) equal to the

[112] L'article 3.1 de l'entente permet à Sattva de recevoir ses honoraires d'intermédiation en actions en fonction du « cours ». Aux termes de l'art. 2 de l'entente, le cours des titres des sociétés cotées à la Bourse de croissance TSX est égal au « cours de clôture des actions le dernier jour ouvrable avant la publication du communiqué de presse annonçant l'acquisition ». En l'espèce, compte tenu de la définition du cours, l'action vaudrait 0,15 \$. Le passage « dans la mesure où le montant des honoraires n'excède pas le plafond énoncé au point 3.3 de la politique 5.1 de la Bourse — Plafond des honoraires d'intermédiation » tiré de l'art. 3.1 de l'entente constitue la stipulation relative au « plafond ». Cette stipulation limite le montant des honoraires d'intermédiation. Le plafond correspond dans le cas qui nous occupe à 1,5 million \$US (voir le point 3.3 de la politique 5.1 de la Bourse à l'annexe II).

[113] La stipulation relative au « plafond » limite le montant des honoraires d'intermédiation, mais elle ne change rien à la définition du cours. Comme l'explique le juge Armstrong, la définition du cours fixe la date à laquelle un moyen de paiement (dollars américains) est converti en un autre (actions) :

[TRADUCTION] Le moyen de paiement des honoraires d'intermédiation est clairement établi par l'entente conclue en ce sens. La valeur marchande de ces actions au moment où les parties ont conclu cette entente était inconnue. L'intimée établit une analogie entre le paiement en actions des honoraires d'intermédiation de 1,5 million \$US et une entente hypothétique en vertu de laquelle la somme de 1,5 million \$US serait convertie en dollars canadiens. Dans les deux cas, les honoraires seraient payés en devises différentes. Le taux de change d'une à l'autre serait fixé à une date précise, tout comme l'est le cours de l'action dans l'entente relative aux honoraires. Ce taux de change permettrait de calculer la somme à verser en dollars canadiens en règlement des honoraires de 1,5 million \$US, tout comme le cours permet de déterminer le nombre d'actions cédées en règlement des honoraires. Le dollar canadien est une forme de paiement, au même titre que l'action. Il importe peu que la valeur du dollar canadien augmente ou diminue après la date fixée pour établir le taux de change. Le

amount of the fee based on the value of that currency on the date that the value is determined.

(SC Appeal Court decision, at para. 71)

[114] Justice Armstrong explained that Creston’s position requires the Market Price definition to be ignored and for the shares to be priced based on the valuation done in anticipation of a private placement.

[115] However, nothing in the Agreement expresses or implies that compliance with the “maximum amount” proviso should be reassessed at a date closer to the payment of the finder’s fee. Nor is the basis for the new valuation, in this case a private placement, mentioned or implied in the Agreement. To accept Creston’s interpretation would be to ignore the words of the Agreement which provide that the “finder’s fee is to be paid in shares of the Company based on Market Price”.

[116] The arbitrator’s decision that the shares should be priced according to the Market Price definition gives effect to both the Market Price definition and the “maximum amount” proviso. The arbitrator’s interpretation of the Agreement, as explained by Justice Armstrong, achieves this goal by reconciling the Market Price definition and the “maximum amount” proviso in a manner that cannot be said to be unreasonable.

[117] As Justice Armstrong explained, setting the share price in advance creates a risk that makes selecting payment in shares qualitatively different from choosing payment in cash. There is an inherent risk in accepting a fee paid in shares that is not present when accepting a fee paid in cash. A fee paid in cash has a specific predetermined value. By contrast, when a fee is paid in shares, the price of the shares (or mechanism to determine the price of the shares) is set in advance. However, the price of those shares on the market will change over time. The recipient

montant des honoraires payé est toujours égal à 1,5 million \$US. Il est converti en un certain nombre de dollars canadiens (ou d’actions) équivalant au montant des honoraires en fonction de la valeur de la devise à la date à laquelle cette valeur est déterminée.

(Décision de la CS sur l’appel, par. 71)

[114] Comme l’explique le juge Armstrong, accepter la position de Creston revient à ne pas tenir compte de la définition du cours et à fixer le cours de l’action en fonction de l’évaluation faite en prévision d’un placement privé.

[115] Cependant, rien dans l’entente n’indique, expressément ou implicitement, qu’il faille réévaluer avant la date du versement des honoraires d’intermédiation la conformité à la stipulation relative au « plafond ». L’entente ne précise pas non plus — ni expressément, ni implicitement — la base sur laquelle il faudrait procéder à une telle réévaluation — en l’occurrence un placement privé. Accepter l’interprétation de Creston reviendrait à faire fi du libellé de l’entente selon lequel les « honoraires d’intermédiation sont versés en actions de la société en fonction du cours ».

[116] La sentence arbitrale, selon laquelle l’action devrait être évaluée en fonction de la définition du cours, donne effet à cette dernière et à la stipulation relative au « plafond ». Comme l’explique le juge Armstrong, l’interprétation par l’arbitre de l’entente atteint cet objectif en conciliant la définition du cours et la stipulation relative au « plafond » d’une manière qui ne peut être considérée comme déraisonnable.

[117] Comme l’explique le juge Armstrong, fixer le cours de l’action en avance engendre un risque qui rend le paiement en actions qualitativement différent du paiement en argent. Le versement des honoraires sous forme d’actions présente un risque inhérent, qui ne se pose pas dans le cas du versement en argent. Les honoraires payés en argent ont une valeur prédéterminée. Par contre, quand les honoraires sont versés en actions, le cours de l’action (ou le mécanisme permettant de le déterminer) est fixé à l’avance. Cependant, le cours de l’action

of a fee paid in shares hopes the share price will rise resulting in shares with a market value greater than the value of the shares at the predetermined price. However, if the share price falls, the recipient will receive shares worth less than the value of the shares at the predetermined price. This risk is well known to those operating in the business sphere and both Creston and Sattva would have been aware of this as sophisticated business parties.

[118] By accepting payment in shares, Sattva was accepting that it was subject to the volatility of the market. If Creston’s share price had fallen, Sattva would still have been bound by the share price determined according to the Market Price definition resulting in it receiving a fee paid in shares with a market value of less than the maximum amount of US\$1.5 million. It would make little sense to accept the risk of the share price decreasing without the possibility of benefitting from the share price increasing. As Justice Armstrong stated:

It would be inconsistent with sound commercial principles to insulate the appellant from a rise in share prices that benefitted the respondent at the date that the fee became payable, when such a rise was foreseeable and ought to have been addressed by the appellant, just as it would be inconsistent with sound commercial principles, and the terms of the fee agreement, to increase the number of shares allocated to the respondent had their value decreased relative to the Market Price by the date that the fee became payable. Both parties accepted the possibility of a change in the value of the shares after the Market Price was determined when entering into the fee agreement.

(SC Appeal Court decision, at para. 70)

[119] For these reasons, the arbitrator did not ignore the “maximum amount” proviso. The arbitrator’s reasoning, as explained by Justice Armstrong, meets the reasonableness threshold of justifiability, transparency and intelligibility (*Dunsmuir*, at para. 47).

fluctue avec le temps. La personne qui reçoit des honoraires payés en actions espère une augmentation du cours, de sorte que ses actions auront une valeur marchande supérieure à celle qui est établie selon le cours prédéterminé. En revanche, si le cours chute, cette personne reçoit des actions dont la valeur est inférieure à celle des actions selon le cours prédéterminé. Ce risque est bien connu de ceux qui évoluent dans ce milieu, et Creston et Sattva, des parties avisées, en auraient eu connaissance.

[118] En acceptant un paiement en actions, Sattva acceptait de se soumettre à la volatilité du marché. Si l’action de Creston avait chuté, Sattva aurait tout de même été liée par la valeur déterminée en application de la définition du cours, de sorte qu’elle aurait reçu des actions d’une valeur marchande inférieure au plafond de 1,5 million \$US. Il ne serait guère logique d’accepter le risque d’une baisse du cours de l’action sans avoir la possibilité de bénéficier d’une hausse. Pour reprendre les propos du juge Armstrong :

[TRADUCTION] Il serait contraire aux principes commerciaux reconnus de protéger l’appelante de la hausse du cours de l’action dont bénéficiait l’intimée à la date de versement des honoraires, alors qu’une telle augmentation était prévisible et aurait dû être soulevée par l’appelante, tout comme il serait contraire aux principes commerciaux reconnus, et aux termes de l’entente relative aux honoraires, d’augmenter le nombre d’actions cédées à l’intimée dans le cas où leur valeur aurait baissé par rapport au cours en vigueur à la date du versement des honoraires. Les deux parties ont reconnu, quand elles ont conclu l’entente relative aux honoraires, la possibilité de fluctuation de la valeur de l’action après la définition du cours.

(Décision de la CS sur l’appel, par. 70)

[119] Pour ces raisons, on ne peut prétendre que l’arbitre n’a pas tenu compte de la stipulation de l’entente relative au « plafond ». Le raisonnement de l’arbitre, que le juge Armstrong explique, satisfait à la norme du caractère raisonnable dont les attributs sont la justification, la transparence et l’intelligibilité (*Dunsmuir*, par. 47).

E. Appeal Courts Are Not Bound by Comments on the Merits of the Appeal Made by Leave Courts

[120] The CA Appeal Court held that it and the SC Appeal Court were bound by the findings made by the CA Leave Court regarding not simply the decision to grant leave to appeal, but also the merits of the appeal. In other words, it found that the SC Appeal Court erred in law by ignoring the findings of the CA Leave Court regarding the merits of the appeal.

[121] The CA Appeal Court noted two specific findings regarding the merits of the appeal that it held were binding on it and the SC Appeal Court: (1) it would be anomalous if the Agreement allowed Sattva to receive US\$1.5 million if it received its fee in cash, but allowed it to receive shares valued at approximately \$8 million if Sattva received its fee in shares; and (2) that the arbitrator ignored this anomaly and did not address s. 3.1 of the Agreement:

The [SC Appeal Court] judge found the arbitrator had expressly addressed the maximum amount payable under paragraph 3.1 of the Agreement and that he was correct.

This finding is contrary to the remarks of Madam Justice Newbury in the earlier appeal that, if Sattva took its fee in shares valued at \$0.15, it would receive a fee having a value at the time the fee became payable of over \$8 million. If the fee were taken in cash, the amount payable would be \$1.5 million US. Newbury J.A. specifically held that the arbitrator did not note this anomaly and did not address the meaning of paragraph 3.1 of the Agreement.

The [SC Appeal Court] judge was bound to accept those findings. Similarly, absent a five-judge division in this appeal, we must also accept those findings. [paras. 42-44]

E. La formation saisie de l'appel n'est pas liée par les observations formulées par la formation saisie de la demande d'autorisation sur le bien-fondé de l'appel

[120] La Cour d'appel a conclu qu'elle-même et la formation de la CS saisie de l'appel étaient liées par les conclusions tirées par la formation de la CA saisie de la demande d'autorisation en ce qui a trait non seulement à la décision d'autoriser l'appel, mais aussi au bien-fondé de l'appel. Autrement dit, elle a conclu que la formation de la CS saisie de l'appel avait commis une erreur de droit en faisant fi des conclusions de la formation de la CA saisie de la demande d'autorisation quant au bien-fondé de l'appel.

[121] La formation de la CA saisie de l'appel a mis en relief deux conclusions précises quant au bien-fondé de l'appel qui, à son avis, la liaient elle, et aussi la formation de la CS saisie de l'appel : 1^o il serait incongru que l'entente permette à Sattva, si elle opte pour le versement de ses honoraires en argent, de toucher 1,5 million \$US alors que, si elle opte pour le versement sous forme d'actions, elle recevra un portefeuille valant environ 8 millions \$ et 2^o l'arbitre n'a pas tenu compte de cette anomalie et a fait fi de l'art. 3.1 de l'entente :

[TRADUCTION] Le juge [de la CS saisi de l'appel] a conclu que l'arbitre avait expressément tenu compte du plafond des honoraires payables conformément au paragraphe 3.1 de l'entente et que sa sentence était correcte.

Cette conclusion est contraire aux remarques formulées par la juge Newbury dans l'appel antérieur selon lesquelles, si ses honoraires étaient versés en actions, à raison de 0,15 \$ l'unité, Sattva obtiendrait des honoraires d'une valeur, à la date du versement des honoraires, de plus de 8 millions \$. Si elle optait pour le versement en argent, elle recevrait un montant de 1,5 million \$US. La juge Newbury a statué expressément que l'arbitre n'avait pas soulevé cette anomalie et qu'il n'avait pas tenu compte du sens du paragraphe 3.1 de l'entente.

Le juge [de la CS saisi de l'appel] était tenu d'accepter ces conclusions. De même, à défaut d'une décision d'une formation de cinq juges en l'espèce, nous devons aussi accepter ces conclusions. [par. 42-44]

[122] With respect, the CA Appeal Court erred in holding that the CA Leave Court's comments on the merits of the appeal were binding on it and on the SC Appeal Court. A court considering whether leave should be granted is not adjudicating the merits of the case (*Canadian Western Bank v. Alberta*, 2007 SCC 22, [2007] 2 S.C.R. 3, at para. 88). A leave court decides only whether the matter warrants granting leave, not whether the appeal will be successful (*Pacifica Mortgage Investment Corp. v. Laus Holdings Ltd.*, 2013 BCCA 95, 333 B.C.A.C. 310, at para. 27, leave to appeal refused, [2013] 3 S.C.R. viii). This is true even where the determination of whether to grant leave involves, as in this case, a preliminary consideration of the question of law at issue. A grant of leave cannot bind or limit the powers of the court hearing the actual appeal (*Tamil Co-operative Homes Inc. v. Arulappah* (2000), 49 O.R. (3d) 566 (C.A.), at para. 32).

[123] Creston concedes this point but argues that the CA Appeal Court's finding that it was bound by the CA Leave Court was inconsequential because the CA Appeal Court came to the same conclusion on the merits as the CA Leave Court based on separate and independent reasoning.

[124] The fact that the CA Appeal Court provided its own reasoning as to why it came to the same conclusion as the CA Leave Court does not vitiate the error. Once the CA Appeal Court treated the CA Leave Court's reasons on the merits as binding, it could hardly have come to any other decision. As counsel for Sattva pointed out, treating the leave decision as binding would render an appeal futile.

[122] Avec tout le respect que je lui dois, j'estime que la formation de la CA saisie de l'appel a commis une erreur en concluant que les commentaires sur le bien-fondé de l'appel formulés par la formation de la CA saisie de la demande d'autorisation la liaient elle, de même que la formation de la CS saisie de l'appel. Le tribunal chargé de statuer sur une demande d'autorisation ne tranche pas l'affaire sur le fond (*Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*, 2007 CSC 22, [2007] 2 R.C.S. 3, par. 88). Il détermine uniquement s'il est justifié d'accorder l'autorisation, et non si l'appel sera accueilli (*Pacifica Mortgage Investment Corp. c. Laus Holdings Ltd.*, 2013 BCCA 95, 333 B.C.A.C. 310, par. 27, autorisation d'appel refusée, [2013] 3 R.C.S. viii). Cela vaut même lorsque l'étude de la demande d'autorisation appelle un examen préliminaire de la question de droit en cause, comme c'est le cas en l'espèce. L'autorisation accordée ne saurait lier le tribunal chargé de statuer sur l'appel ni restreindre ses pouvoirs (*Tamil Co-operative Homes Inc. c. Arulappah* (2000), 49 O.R. (3d) 566 (C.A.), par. 32).

[123] Creston concède ce point, mais prétend que la conclusion tirée par la formation de la CA saisie de l'appel selon laquelle elle était liée par les conclusions de celle saisie de la demande d'autorisation était sans conséquence parce que la première est arrivée à la même conclusion que la seconde sur le bien-fondé, à l'issue d'un raisonnement distinct et indépendant.

[124] Le fait que la formation de la CA saisie de l'appel soit arrivée à la même conclusion que celle saisie de la demande d'autorisation pour des motifs différents n'annule pas l'erreur. Dès lors que la formation de la CA saisie de l'appel a accordé un caractère obligatoire aux motifs concernant le bien-fondé de l'appel énoncés par celle saisie de la demande d'autorisation, elle ne pouvait guère arriver à une autre décision. Comme le souligne l'avocat de Sattva, considérer comme impérative la décision relative à la demande d'autorisation rendrait l'appel futile.

VI. Conclusion

[125] The CA Leave Court erred in granting leave to appeal in this case. In any event, the arbitrator's decision was reasonable. The appeal from the judgments of the Court of Appeal for British Columbia dated May 14, 2010 and August 7, 2012 is allowed with costs throughout and the arbitrator's award is reinstated.

APPENDIX I

Relevant Provisions of the Sattva-Creston Finder's Fee Agreement

(a) "Market Price" definition:

2. DEFINITIONS

"**Market Price**" for companies listed on the TSX Venture Exchange shall have the meaning as set out in the Corporate Finance Manual of the TSX Venture Exchange as calculated on close of business day before the issuance of the press release announcing the Acquisition. For companies listed on the TSX, Market Price means the average closing price of the Company's stock on a recognized exchange five trading days immediately preceding the issuance of the press release announcing the Acquisition.

(b) Finder's fee provision (which contains the "maximum amount" proviso):

3. FINDER'S FEE

3.1 . . . the Company agrees that on the closing of an Acquisition introduced to Company by the Finder, the Company will pay the Finder a finder's fee (the "Finder's Fee") based on Consideration paid to the vendor equal to the maximum amount payable pursuant to the rules and policies of the TSX Venture Exchange. Such finder's fee

VI. Conclusion

[125] La formation de la CA saisie de la demande d'autorisation a commis une erreur en accordant l'autorisation d'interjeter appel en l'espèce. Quoi qu'il en soit, la sentence arbitrale était raisonnable. L'appel interjeté à l'encontre des décisions de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique datées du 14 mai 2010 et du 7 août 2012 est accueilli avec dépens devant toutes les cours. La sentence arbitrale est rétablie.

ANNEXE I

Dispositions pertinentes de l'entente relative aux honoraires d'intermédiation conclue entre Sattva et Creston

a) Définition du « cours » :

[TRADUCTION]

2. DÉFINITIONS

« **cours** », pour les sociétés dont les titres sont inscrits à la cote de la Bourse de croissance TSX, a le sens qui lui est attribué dans le Guide du financement des sociétés de la Bourse de croissance TSX, c'est-à-dire qu'il s'entend du cours de clôture des actions le dernier jour ouvrable avant la publication du communiqué de presse annonçant l'acquisition. Pour les sociétés cotées à la Bourse TSX, le cours s'entend du cours de clôture moyen des actions de la société à une bourse reconnue cinq jours de bourse avant la publication du communiqué de presse annonçant l'acquisition.

b) Disposition relative aux honoraires d'intermédiation (laquelle contient la stipulation relative au « plafond ») :

[TRADUCTION]

3. HONORAIRES D'INTERMÉDIATION

3.1 . . . la société convient qu'à la conclusion d'une acquisition qui lui a été présentée par l'intermédiaire, elle verse à l'intermédiaire des honoraires (des « honoraires d'intermédiation »), calculés en fonction de la contrepartie versée au vendeur, dont le montant est égal au plafond payable conformément aux règles et politiques

is to be paid in shares of the Company based on Market Price or, at the option of the Finder, any combination of shares and cash, provided the amount does not exceed the maximum amount as set out in the Exchange Policy 5.1, Section 3.3 Finder's Fee Limitations.

APPENDIX II

Section 3.3 of TSX Venture Exchange Policy 5.1: Loans, Bonuses, Finder's Fees and Commissions

3.3 Finder's Fee Limitations

The finder's fee limitations apply if the benefit to the Issuer is an asset purchase or sale, joint venture agreement, or if the benefit to the Issuer is not a specific financing. The consideration should be stated both in dollars and as a percentage of the value of the benefit received. Unless there are unusual circumstances, the finder's fee should not exceed the following percentages:

Benefit	Finder's Fee
On the first \$300,000	Up to 10%
From \$300,000 to \$1,000,000	Up to 7.5%
From \$1,000,000 and over	Up to 5%

As the dollar value of the benefit increases, the fee or commission, as a percentage of that dollar value should generally decrease.

APPENDIX III

Commercial Arbitration Act, R.S.B.C. 1996, c. 55 (as it read on January 12, 2007) (now the Arbitration Act)

Appeal to the court

31 (1) A party to an arbitration may appeal to the court on any question of law arising out of the award if

de la Bourse de croissance TSX. Ces honoraires d'intermédiation sont versés en actions de la société en fonction du cours ou, au choix de l'intermédiaire, en actions et en argent, dans la mesure où le montant des honoraires n'excède pas le plafond énoncé au point 3.3 de la politique 5.1 de la Bourse — Plafond des honoraires d'intermédiation.

ANNEXE II

Point 3.3 de la politique 5.1 de la Bourse de croissance TSX : Emprunts, primes, honoraires d'intermédiation et commissions

3.3 Plafond des honoraires d'intermédiation

Les honoraires d'intermédiation sont assujettis à un plafond si l'avantage que retire l'émetteur prend la forme d'un achat ou d'une vente d'actifs ou d'une convention de coentreprise, ou si son avantage n'est pas lié à un financement précis. La contrepartie devrait être exprimée à la fois en valeur monétaire et en pourcentage de la valeur de l'avantage reçu. Sauf dans des circonstances exceptionnelles, les honoraires d'intermédiation ne doivent pas dépasser les pourcentages suivants :

Avantage	Honoraires d'intermédiation
300 000 \$ et moins	Jusqu'à 10 %
Entre 300 000 \$ et 1 000 000 \$	Jusqu'à 7,5 %
1 000 000 \$ et plus	Jusqu'à 5 %

De façon générale, les honoraires ou la commission, exprimés en pourcentage de la valeur monétaire de l'avantage, devraient être inversement proportionnels à cette valeur.

ANNEXE III

Commercial Arbitration Act, R.S.B.C. 1996, ch. 55 (dans sa version du 12 janvier 2007) (maintenant l'Arbitration Act)

[TRADUCTION]

Appel devant le tribunal

31 (1) Une partie à l'arbitrage peut interjeter appel au tribunal sur toute question de droit découlant de la sentence si, selon le cas :

- | | |
|---|---|
| <p>(a) all of the parties to the arbitration consent, or</p> <p>(b) the court grants leave to appeal.</p> <p>(2) In an application for leave under subsection (1)(b), the court may grant leave if it determines that</p> <p>(a) the importance of the result of the arbitration to the parties justifies the intervention of the court and the determination of the point of law may prevent a miscarriage of justice,</p> <p>(b) the point of law is of importance to some class or body of persons of which the applicant is a member, or</p> <p>(c) the point of law is of general or public importance.</p> <p>(3) If the court grants leave to appeal under this section, it may attach conditions to the order granting leave that it considers just.</p> <p>(4) On an appeal to the court, the court may</p> <p>(a) confirm, amend or set aside the award, or</p> <p>(b) remit the award to the arbitrator together with the court's opinion on the question of law that was the subject of the appeal.</p> | <p>(a) toutes les parties à l'arbitrage y consentent,</p> <p>(b) le tribunal accorde l'autorisation.</p> <p>(2) Relativement à une demande d'autorisation présentée en vertu de l'alinéa (1)(b), le tribunal peut accorder l'autorisation s'il estime que, selon le cas :</p> <p>(a) l'importance de l'issue de l'arbitrage pour les parties justifie son intervention et que le règlement de la question de droit peut permettre d'éviter une erreur judiciaire,</p> <p>(b) la question de droit revêt de l'importance pour une catégorie ou un groupe de personnes dont le demandeur fait partie,</p> <p>(c) la question de droit est d'importance publique.</p> <p>(3) Si le tribunal accorde l'autorisation en vertu du présent article, il peut assortir des conditions qu'il estime équitables l'ordonnance accordant l'autorisation.</p> <p>(4) En appel, le tribunal peut, selon le cas :</p> <p>(a) confirmer, modifier ou annuler la sentence,</p> <p>(b) renvoyer la sentence à l'arbitre avec l'opinion du tribunal sur la question de droit qui a fait l'objet de l'appel.</p> |
|---|---|

Appeal allowed with costs throughout.

Pourvoi accueilli avec dépens devant toutes les cours.

Solicitors for the appellant: McCarthy Tétrault, Vancouver.

Procureurs de l'appelante : McCarthy Tétrault, Vancouver.

Solicitors for the respondent: Miller Thomson, Vancouver.

Procureurs de l'intimée : Miller Thomson, Vancouver.

Solicitor for the intervener the Attorney General of British Columbia: Attorney General of British Columbia, Victoria.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique : Procureur général de la Colombie-Britannique, Victoria.

Solicitors for the intervener the BCICAC Foundation: Fasken Martineau DuMoulin, Vancouver.

Procureurs de l'intervenante BCICAC Foundation : Fasken Martineau DuMoulin, Vancouver.

Mohammad Hassan Mian *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

Attorney General of Alberta *Intervener*

INDEXED AS: R. v. MIAN

2014 SCC 54

File No.: 35132.

2014: April 15; 2014: September 12.

Present: McLachlin C.J. and LeBel, Abella, Rothstein, Moldaver, Karakatsanis and Wagner JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Criminal law — Appeals — Powers of Court of Appeal — Accused charged with possession of cocaine and possession of currency obtained by crime — Court of Appeal raising new issues on appeal — Whether appeal court erred in ordering new trial on basis of improper cross-examination — Whether appeal court erred in raising new issue on appeal.

Constitutional law — Charter of Rights — Right to be informed of reasons for arrest — Right to counsel — Accused charged with possession of cocaine and possession of currency obtained by crime — Police delaying in advising accused of reasons for arrest and of his rights to retain and instruct counsel — Whether trial judge erred in law in concluding that police infringed accused's right to be informed of reasons for arrest and his right to counsel — Whether trial judge erred in law in excluding evidence — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 10, 24(2).

The accused was charged with possession of cocaine for the purpose of trafficking and possession of currency obtained by the commission of an offence. The trial judge determined that the accused's rights under s. 10(a) and (b) of the *Charter* were breached because the constables waited 22 minutes to inform him of the reasons

Mohammad Hassan Mian *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

Procureur général de l'Alberta *Intervenant*

RÉPERTORIÉ : R. c. MIAN

2014 CSC 54

N° du greffe : 35132.

2014 : 15 avril; 2014 : 12 septembre.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges LeBel, Abella, Rothstein, Moldaver, Karakatsanis et Wagner.

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

Droit criminel — Appels — Pouvoirs de la Cour d'appel — Inculpé accusé de possession de cocaïne et de possession d'argent obtenu par la perpétration d'une infraction — Nouvelles questions soulevées en appel par la Cour d'appel — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en ordonnant la tenue d'un nouveau procès sur le fondement de la question d'un contre-interrogatoire inapproprié? — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en soulevant une nouvelle question en appel?

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit d'être informé des motifs de son arrestation — Droit à l'assistance d'un avocat — Inculpé accusé de possession de cocaïne et de possession d'argent obtenu par la perpétration d'une infraction — Délai avant que la police informe l'accusé des motifs de son arrestation et de son droit à l'assistance d'un avocat — Le juge du procès a-t-il commis une erreur de droit en concluant que la police a porté atteinte au droit de l'accusé d'être informé des motifs de son arrestation et à son droit à l'assistance d'un avocat? — Le juge du procès a-t-il commis une erreur de droit en excluant des éléments de preuve? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 10, 24(2).

L'inculpé a été accusé de possession de cocaïne en vue d'en faire le trafic et de possession d'argent obtenu par la perpétration d'une infraction. Le juge du procès a conclu qu'il avait été porté atteinte aux droits garantis à l'accusé par les al. 10a) et b) de la *Charte* parce que les policiers ont attendu 22 minutes avant de l'informer des

for his arrest and an extra 2 to 5 minutes to inform him of his right to retain and instruct counsel. The trial judge noted that defence counsel cross-examined the detective who instructed constables to arrest and search the accused. During this cross-examination, defence counsel confronted the detective about the testimony of another Crown witness, which differed from the detective's concerning the grounds to arrest and search the accused. Ultimately, all evidence was excluded and the accused was acquitted. The Crown appealed. After the Crown and defence counsel filed their written submissions, the Court of Appeal provided the parties with a list of cases and called their attention to two issues for comment during oral argument: (1) what is a question of law on an appeal from an acquittal; and (2) the limits of cross-examination and consequences of exceeding the limits. During the oral hearing, both counsel made submissions on whether the defence had conducted an improper examination of the detective by asking him to comment on the veracity of another officer's testimony. The Court of Appeal allowed the appeal on the basis that the trial judge erred in law by relying on the impermissible cross-examination of the police detective. The acquittals were set aside and a new trial ordered.

Held: The appeal should be allowed and the acquittals restored.

An appellate court has the jurisdiction to raise new issues and invite submissions on an issue neither party has raised. An issue is new when it raises a new basis for potentially finding error in the decision under appeal beyond the grounds of appeal as framed by the parties. Issues that are rooted in or are components of an existing issue are not new issues nor are issues that form the backdrop of appellate litigation. Furthermore, not all questions asked by an appeal court will constitute a new issue. Questions raised during the oral hearing may properly touch on a broad range of issues, which may be components of the grounds of appeal put forward by the parties, or may go outside of those grounds in an aim to understand the context, statutory background or larger implications. Absent any concerns about bias, questions raised during the oral hearing, whether linked directly or by extension to the grounds of appeal or not, are not improper.

motifs de son arrestation et 2 à 5 minutes supplémentaires avant de l'informer de son droit à l'assistance d'un avocat. Le juge du procès a souligné que l'avocat de la défense avait contre-interrogé le détective qui avait ordonné au policier d'arrêter et de fouiller l'accusé. Durant ce contre-interrogatoire, l'avocat de la défense a questionné le détective relativement au témoignage d'un autre témoin du ministère public qui différerait de celui du détective quant aux motifs de l'arrestation et de la fouille de l'accusé. En définitive, tous les éléments de preuve ont été exclus et l'accusé a été acquitté. Le ministère public a interjeté appel. Après que le ministère public et l'avocat de la défense eurent déposé leurs observations écrites, la Cour d'appel a fourni aux parties une liste de décisions et elle leur a soumis deux questions pour commentaire à l'audience : (1) Qu'est-ce qu'une question de droit en appel d'un acquittement? (2) Quelles sont les limites du contre-interrogatoire et quelles sont les conséquences lorsque ces limites sont outrepassées? À l'audience, les deux avocats ont présenté des observations sur la question de savoir si la défense avait soumis le détective à un contre-interrogatoire inapproprié en lui demandant de se prononcer sur la véracité du témoignage de l'autre agent. La Cour d'appel a accueilli l'appel au motif que le juge du procès avait commis une erreur de droit en s'appuyant sur le contre-interrogatoire inacceptable du policier détective. Les acquittements ont été annulés et la tenue d'un nouveau procès ordonnée.

Arrêt : L'appel est accueilli et les acquittements rétablis.

Une cour d'appel a compétence pour soulever de nouvelles questions et pour inviter les parties à présenter des observations sur une question que ni l'une ni l'autre n'a soulevée. Une question est nouvelle lorsqu'elle constitue un nouveau fondement sur lequel on pourrait s'appuyer — autre que les moyens d'appel formulés par les parties — pour conclure que la décision frappée d'appel est erronée. Les questions qui reposent sur une question existante ou qui en sont des éléments ne sont pas de nouvelles questions, tout comme celles qui forment la toile de fond de l'instance d'appel n'en sont pas non plus. En outre, ce ne sont pas toutes les questions posées par une cour d'appel qui sont de nouvelles questions. Celles soulevées à l'audience peuvent valablement porter sur une gamme étendue de sujets, qui peuvent être des éléments des moyens d'appel mis de l'avant par les parties, ou aller au-delà de ces moyens dans le but de comprendre le contexte factuel ou législatif, ou les implications plus larges du débat. Pourvu que l'impartialité ne soit pas mise en cause, les questions soulevées à l'audience, qu'elles soient ou non liées directement ou par extension aux moyens d'appel, ne sont pas inappropriées.

While appellate courts have the discretion to raise a new issue, this discretion should be exercised only in rare circumstances. An appellate court should only raise a new issue when failing to do so would risk an injustice. At all times the discretion is limited by the requirement that raising the new issue cannot suggest bias or partiality on the part of the court. Courts cannot be seen to go in search of a wrong to right. Where there is good reason to believe that the result would realistically have differed had the error not been made, this risk of injustice warrants the court of appeal's intervention. The standard of "good reason to believe" that a failure to raise a new issue "would risk an injustice" is a significant threshold which is necessary in this context in order to strike an appropriate balance between the role of appellate courts as independent and impartial arbiters with the need to ensure that justice is done. In order to raise a new issue, the court should also consider whether it has the jurisdiction to consider the issue, whether there is a sufficient record on which to raise the issue and whether raising the issue would result in procedural prejudice to any party.

When an appellate court raises a new issue, there must be notification and opportunity to respond. The court of appeal must make the parties aware that it has discerned a potential issue and ensure that they are sufficiently informed so they may prepare and respond. Requiring that strict procedural standards be followed would fail to recognize that the issue may arise in different circumstances in different cases. The court should raise the issue as soon as is practically possible after the issue crystallizes so as to avoid any undue delay in the proceedings. However, notification of the new issue may occur before the oral hearing, or the issue may be raised during the oral hearing. The notification should not contain too much detail, or indicate that the court of appeal has already formed an opinion, however it must contain enough information to allow the parties to respond to the new issue. The requirements for the response will depend on the particular issue raised by the court. Counsel may wish to simply address the issue orally, file further written argument, or both. The underlying concern should be ensuring that the court receives full submissions on the issue. If a party asks to file written submissions before or after the oral hearing, there should be a presumption in favour of granting the request. Recusal of a judge or panel should be rare and should be governed by the overriding consideration of

Même si une cour d'appel dispose du pouvoir discrétionnaire de soulever une nouvelle question, elle ne doit l'exercer que dans de rares situations. En effet, elle ne doit soulever une telle question que si son omission de le faire risquerait d'entraîner une injustice. Ce pouvoir discrétionnaire est limité en toutes circonstances par l'exigence suivant laquelle, en soulevant la nouvelle question, la cour ne doit pas donner l'impression qu'elle a un parti pris ou qu'elle fait preuve de partialité. Il ne faut pas que les tribunaux soient vus comme étant en quête d'un tort à rectifier. Lorsqu'il existe une bonne raison de croire que le résultat aurait réalistement été différent si l'erreur n'avait pas été commise, ce risque d'injustice justifie l'intervention de la cour d'appel. La norme de la « bonne raison de croire » que l'omission de soulever une nouvelle question « risquerait d'entraîner une injustice » est un seuil élevé et nécessaire dans ce contexte afin d'établir un équilibre approprié entre le rôle des cours d'appel en tant qu'arbitres indépendants et impartiaux et le besoin de veiller à ce que justice soit rendue. Pour soulever une nouvelle question, la cour doit aussi se demander si elle a compétence pour l'examiner, s'il y a suffisamment d'éléments au dossier pour la trancher et si l'une ou l'autre des parties subirait un préjudice d'ordre procédural advenant le cas où la cour en question soulevait une nouvelle question.

Lorsqu'une cour d'appel soulève une nouvelle question, les parties doivent en être notifiées et avoir l'occasion d'y répondre. La cour d'appel doit aviser les parties qu'elle a cerné une question susceptible de se poser et veiller à ce que les parties en soient suffisamment informées pour qu'elles puissent se préparer et y répondre. Prescrire des normes de procédure rigoureuses ferait abstraction du fait que la question peut se présenter dans diverses situations selon les dossiers. La cour doit soulever la question dès qu'il est pratiquement possible de le faire après que la question se cristallise afin d'éviter tout retard indu dans le déroulement de l'instance. Toutefois, la notification de la nouvelle question peut se faire avant l'audience, ou la question être soulevée à l'audience. La notification ne doit pas renfermer trop de détails ou indiquer que la cour d'appel s'est déjà formé une opinion. Toutefois, elle doit renfermer assez d'information pour permettre aux parties de répondre à la nouvelle question. Les exigences relatives à la réponse dépendront de la question particulière soulevée par la cour. Les procureurs voudront peut-être simplement présenter des observations orales sur le sujet, plutôt déposer d'autres arguments écrits ou faire les deux. L'enjeu sous-jacent est de faire en sorte que la cour reçoive des observations complètes sur la nouvelle question. Si une partie demande à présenter des observations écrites avant ou après l'audience, il

whether the new issue or the way in which it was raised could lead to a reasonable apprehension of bias.

In this case, the Court of Appeal erred in raising the new issue of improper cross-examination. The impugned question on cross-examination did not impact the trial judge's decision. The error was not material and the result would not have been different had the trial judge not allowed the impugned cross-examination. Even if the trial judge had relied on the impugned question, it had no material bearing on the outcome so as to raise a realistic risk of an injustice. It is also significant that the improper question was put to a Crown witness, rather than the accused. Furthermore, the Crown neither objected to the impermissible question nor raised it as an issue on appeal which suggests that the question did not have a serious effect on the outcome of the *voir dire*. As not raising the issue of the impugned cross-examination would not have risked an injustice, it follows that the Court of Appeal erred in raising the issue.

There is also no basis to overturn the trial judge's conclusion that the accused's s. 10 *Charter* rights were breached. The trial judge found as a fact that there was insufficient evidence to support the assertion that immediate compliance with s. 10 of the *Charter* would have compromised the ongoing investigation. As Crown appeals from acquittals are restricted to questions of law, findings of fact can only be undermined in limited situations, not applicable in this case. There were no exceptional circumstances to justify the delay by the police in complying with their s. 10 informational duties and therefore no reason to disturb the trial judge's conclusion that s. 10(a) and (b) of the *Charter* were infringed. Furthermore, in view of the deferential standard of review on appeal and because the Crown's arguments with respect to the trial judge's s. 24(2) findings amount to an attack on the trial judge's findings of fact, the trial judge's order to exclude the evidence under s. 24(2) of the *Charter* should also not be interfered with.

doit y avoir une présomption en faveur de l'acceptation de la demande. La récusation devrait être rare et elle doit être régie par la considération prépondérante de savoir si la nouvelle question ou la façon dont elle a été soulevée pourrait susciter une crainte raisonnable de partialité.

En l'espèce, la Cour d'appel a eu tort de soulever la nouvelle question du caractère inapproprié du contre-interrogatoire. La question contestée du contre-interrogatoire n'a pas influé sur la décision du juge du procès. L'erreur n'était pas substantielle et le résultat n'aurait pas été différent si le juge du procès n'avait pas autorisé le contre-interrogatoire contesté. Même si le juge du procès s'était effectivement appuyé sur la question contestée, cela n'aurait pas eu une incidence significative sur le résultat, au point de soulever un risque réaliste d'injustice. Fait également important, la question inappropriée a été posée à un témoin du ministère public, plutôt qu'à l'accusé. En outre, le fait que le ministère public n'ait pas contesté la question inacceptable et qu'il ne l'ait pas soulevée non plus comme moyen d'appel laisse entendre que la question n'avait pas eu d'incidence grave sur l'issue du voir-dire. Puisque le fait de ne pas soulever la question du contre-interrogatoire contesté n'aurait pas risqué d'entraîner une injustice, il s'ensuit que la Cour d'appel a eu tort de soulever la question.

Rien ne permet par ailleurs d'infirmer la conclusion du juge du procès selon laquelle les droits que garantit l'art. 10 de la *Charte* à l'accusé ont été violés. Selon le juge du procès, la preuve était insuffisante pour étayer l'assertion selon laquelle l'enquête plus large aurait été compromise s'il avait été immédiatement satisfait aux obligations découlant de l'art. 10 de la *Charte*. Puisque les appels d'acquittements interjetés par le ministère public se limitent aux questions de droit, les conclusions de fait ne peuvent être remises en cause que dans des situations limitées qui ne se présentent pas en l'espèce. Il n'existait aucune circonstance exceptionnelle qui justifiait le retard des policiers à se conformer aux obligations d'information prescrites par l'art. 10. Il n'y a donc aucune raison de modifier la conclusion du juge du procès selon laquelle les al. 10a) et b) de la *Charte* ont été violés. De plus, compte tenu de la norme de contrôle qui commande la déférence en appel et parce que les arguments du ministère public à l'égard des conclusions du juge du procès en application du par. 24(2) équivalent à une contestation des conclusions de fait du juge du procès, la Cour ne peut intervenir dans la décision du juge du procès fondée sur le par. 24(2) de la *Charte* d'exclure des éléments de preuve.

Cases Cited

Referred to: *R. v. Grant*, 2009 SCC 32, [2009] 2 S.C.R. 353; *Quan v. Cusson*, 2009 SCC 62, [2009] 3 S.C.R. 712; *R. v. W. (G.)*, [1999] 3 S.C.R. 597; *Greenlaw v. United States*, 554 U.S. 237 (2008); *Brouillard v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 39; *R. v. Sussex Justices, Ex parte McCarthy*, [1924] 1 K.B. 256; *Jones v. National Coal Board*, [1957] 2 All E.R. 155; *R. v. Sheppard*, 2002 SCC 26, [2002] 1 S.C.R. 869; *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235; *R. v. Phillips*, 2003 ABCA 4, 320 A.R. 172, aff'd 2003 SCC 57, [2003] 2 S.C.R. 623; *R. v. Taubler* (1987), 20 O.A.C. 64; *R. v. E.M.W.*, 2011 SCC 31, [2011] 2 S.C.R. 542; *Kourtessis v. M.N.R.*, [1993] 2 S.C.R. 53; *Performance Industries Ltd. v. Sylvan Lake Golf & Tennis Club Ltd.*, 2002 SCC 19, [2002] 1 S.C.R. 678; *R. v. Kociuk*, 2011 MBCA 85, 270 Man. R. (2d) 170; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Harkat*, 2014 SCC 37, [2014] 2 S.C.R. 33; *Ruby v. Canada (Solicitor General)*, 2002 SCC 75, [2002] 4 S.C.R. 3; *R. v. Manninen*, [1987] 1 S.C.R. 1233; *R. v. Strachan*, [1988] 2 S.C.R. 980; *R. v. J.M.H.*, 2011 SCC 45, [2011] 3 S.C.R. 197; *R. v. Côté*, 2011 SCC 46, [2011] 3 S.C.R. 215.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 8, 9, 10(a), (b), 24(2).
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 676(1)(a), 686(4).

Authors Cited

Black's Law Dictionary, 9th ed. St. Paul, Minn.: West, 2009, "adversary system".

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (Côté and O'Brien JJ.A. and Belzil J. (*ad hoc*)), 2012 ABCA 302, 536 A.R. 308, 559 W.A.C. 308, 78 Alta. L.R. (5th) 249, 292 C.C.C. (3d) 346, 98 C.R. (6th) 311, [2012] A.J. No. 1044 (QL), 2012 CarswellAlta 1744, setting aside the accused's acquittals and ordering a new trial. Appeal allowed.

Daniel J. Song, Darin D. Sprake and Anna M. Konye, for the appellant.

David Schermbrucker and Ronald C. Reimer, for the respondent.

Jolaine Antonio, for the intervener.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *R. c. Grant*, 2009 CSC 32, [2009] 2 R.C.S. 353; *Quan c. Cusson*, 2009 CSC 62, [2009] 3 R.C.S. 712; *R. c. W. (G.)*, [1999] 3 R.C.S. 597; *Greenlaw c. United States*, 554 U.S. 237 (2008); *Brouillard c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 39; *R. c. Sussex Justices, Ex parte McCarthy*, [1924] 1 K.B. 256; *Jones c. National Coal Board*, [1957] 2 All E.R. 155; *R. c. Sheppard*, 2002 CSC 26, [2002] 1 R.C.S. 869; *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *R. c. Phillips*, 2003 ABCA 4, 320 A.R. 172, conf. par 2003 CSC 57, [2003] 2 R.C.S. 623; *R. c. Taubler* (1987), 20 O.A.C. 64; *R. c. E.M.W.*, 2011 CSC 31, [2011] 2 R.C.S. 542; *Kourtessis c. M.N.R.*, [1993] 2 R.C.S. 53; *Performance Industries Ltd. c. Sylvan Lake Golf & Tennis Club Ltd.*, 2002 CSC 19, [2002] 1 R.C.S. 678; *R. c. Kociuk*, 2011 MBCA 85, 270 Man. R. (2d) 170; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Harkat*, 2014 CSC 37, [2014] 2 R.C.S. 33; *Ruby c. Canada (Solliciteur général)*, 2002 CSC 75, [2002] 4 R.C.S. 3; *R. c. Manninen*, [1987] 1 R.C.S. 1233; *R. c. Strachan*, [1988] 2 R.C.S. 980; *R. c. J.M.H.*, 2011 CSC 45, [2011] 3 R.C.S. 197; *R. c. Côté*, 2011 CSC 46, [2011] 3 R.C.S. 215.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 8, 9, 10a), b), 24(2).
Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 676(1)a), 686(4).

Doctrine et autres documents cités

Black's Law Dictionary, 9th ed. St. Paul, Minn. : West, 2009, « *adversary system* ».

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (les juges Côté et O'Brien et le juge Belzil (*ad hoc*)), 2012 ABCA 302, 536 A.R. 308, 559 W.A.C. 308, 78 Alta. L.R. (5th) 249, 292 C.C.C. (3d) 346, 98 C.R. (6th) 311, [2012] A.J. No. 1044 (QL), 2012 CarswellAlta 1744, qui a annulé les verdicts d'acquiescement de l'accusé et ordonné la tenue d'un nouveau procès. Pourvoi accueilli.

Daniel J. Song, Darin D. Sprake et Anna M. Konye, pour l'appellant.

David Schermbrucker et Ronald C. Reimer, pour l'intimé.

Jolaine Antonio, pour l'intervenant.

The judgment of the Court was delivered by

Version française du jugement de la Cour rendu par

ROTHSTEIN J. —

LE JUGE ROTHSTEIN —

I. Overview

I. Vue d'ensemble

[1] The primary question on this appeal centres on the issue of an appellate court's ability to raise new grounds of appeal and the considerations which should guide the court in doing so. At the heart of this appeal are two potentially competing tensions: (1) the adversarial system, which relies on the parties to frame the issues on appeal, and reserves the role of neutral arbiter for the courts; and (2) the need for an appellate court to intervene in order to prevent an injustice. The question on this appeal is at what point can an appellate court disrupt the adversarial system and raise a ground of appeal of its own?

[1] La principale question du présent pourvoi porte sur la faculté qu'a une cour d'appel de soulever de nouveaux moyens d'appel et sur les considérations qui devraient la guider pour ce faire. Deux réalités susceptibles de s'opposer sont au cœur du présent pourvoi : (1) le système accusatoire, qui réserve aux parties le soin de formuler les questions soulevées en appel et aux tribunaux le rôle d'arbitre neutre; et (2) la nécessité qu'une cour d'appel intervienne pour éviter une injustice. En l'espèce, il s'agit de déterminer à quel point une cour d'appel peut intervenir dans le système accusatoire et soulever un moyen d'appel de son propre chef.

[2] This appeal arose in the context of a *voir dire* to exclude evidence. The secondary issue therefore concerns the trial judge's findings with respect to infringements under s. 10(a) and (b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and the exclusion of evidence under s. 24(2).

[2] Le présent pourvoi tire son origine d'un voir-dire portant sur l'exclusion d'éléments de preuve. La question secondaire sur laquelle nous devons nous pencher concerne donc les conclusions du juge du procès à l'égard de violations des al. 10a) et b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et l'exclusion d'éléments de preuve en application du par. 24(2).

II. Facts

II. Les faits

A. *The Chelmick Investigation*

A. *L'enquête visant M. Chelmick*

[3] This case began with an investigation by the Edmonton Police Service into a number of homicides and attempted homicides in the city of Edmonton. Under the leadership of Detective Werth (then Constable Werth), the investigation team obtained a wiretap authorization allowing them to intercept the private communications of one of their principal targets, Robin Flynn Chelmick.

[3] La présente affaire a pris naissance avec une enquête menée par le service de police d'Edmonton sur une série d'homicides et de tentatives d'homicide dans la ville d'Edmonton. Sous la direction du détective Werth (qui était policier à l'époque), l'équipe d'enquêteurs avait obtenu une autorisation d'écoute électronique lui permettant d'intercepter les communications privées d'une de leurs principales cibles, Robin Flynn Chelmick.

[4] Between the night of January 5, 2009 and the afternoon of January 6, 2009, the police intercepted calls from Chelmick's line related to a drug transaction for the purchase of a half a kilogram of

[4] Entre le soir du 5 janvier 2009 et l'après-midi du 6 janvier 2009, les policiers ont intercepté des appels de la ligne de M. Chelmick en lien avec une transaction de drogue, c'est-à-dire

cocaine. Chelmick was acting as the middle man for an unidentified supplier for a transaction scheduled to occur at 4:30 p.m. at Duke's Bar and Grill.

[5] Visual surveillance of Chelmick on January 6, 2009 revealed interactions between Chelmick and the driver of a rented grey Chevrolet Malibu in the parking lot of Duke's Bar. The driver of the Malibu was believed by Detective Werth to be the supplier of the cocaine. The driver was later identified as the appellant, Mohammad Mian.

[6] Three separate meetings took place between Chelmick and the driver of the Malibu. Intercepted communications revealed that the buyer of the cocaine was dissatisfied with the quality of the first delivery of cocaine. After the third meeting which took place in the parking lot of Duke's Bar, the Malibu drove away and headed south.

B. *The Arrest and Search*

[7] While the surveillance of Chelmick was ongoing, Detective Werth contacted two officers not connected with the homicide investigation, Constables McGill and Dalziel. At a meeting at police headquarters, Detective Werth advised Constables McGill and Dalziel that surveillance was in place with respect to an individual involved in a drug transaction who was believed to have drugs in his vehicle. Constables McGill and Dalziel were provided with a surveillance radio so that they could listen to surveillance reports and Detective Werth advised that at some point he would instruct them to stop the target vehicle, the grey Chevrolet Malibu.

[8] Constables McGill and Dalziel were instructed by Detective Werth to make a routine traffic stop of the Malibu. Detective Werth instructed Constables McGill and Dalziel that, once they were instructed to stop the vehicle, they were to use every effort to find appropriate grounds to search the Malibu without having to rely on the information provided by Detective Werth so that the ongoing

l'achat de 0,5 kg de cocaïne. M. Chelmick agissait comme intermédiaire pour un fournisseur non identifié relativement à une transaction qui devait avoir lieu à 16 h 30 au Duke's Bar and Grill.

[5] Une surveillance visuelle de M. Chelmick le 6 janvier 2009 a révélé qu'il a interagi avec le conducteur d'une Chevrolet Malibu grise de location, dans le stationnement du Duke's Bar. Selon le détective Werth, le conducteur de la Malibu était le fournisseur de la cocaïne et a été identifié plus tard comme étant l'appelant, Mohammad Mian.

[6] Trois rencontres distinctes ont eu lieu entre M. Chelmick et le conducteur de la Malibu. Les communications interceptées ont révélé que l'acheteur de la cocaïne était insatisfait de la qualité de la première livraison de drogue. Après la troisième rencontre, qui s'est déroulée dans le stationnement du Duke's Bar, la Malibu est partie en direction sud.

B. *L'arrestation et la fouille*

[7] Pendant que la surveillance de M. Chelmick suivait son cours, le détective Werth a communiqué avec deux policiers qui n'étaient pas liés à l'enquête sur les homicides, les agents McGill et Dalziel. Lors d'une réunion tenue au quartier général de la police, le détective Werth a informé ces agents qu'une surveillance était en cours relativement à un individu impliqué dans une transaction de drogue et qui, croyait-on, avait de la drogue dans son véhicule. On a fourni aux agents McGill et Dalziel une radio de surveillance pour qu'ils puissent écouter les rapports de surveillance et le détective Werth les a informés que, à un moment donné, il leur demanderait d'intercepter le véhicule cible, la Chevrolet Malibu grise.

[8] Le détective Werth a donné l'ordre aux agents McGill et Dalziel de faire un simple contrôle routier de la Malibu. Il a ensuite précisé, à leur intention, que lorsqu'ils recevraient l'ordre d'intercepter le véhicule, ils devaient prendre toutes les mesures possibles pour trouver des motifs appropriés de fouiller le véhicule sans avoir à s'appuyer sur les renseignements qu'il leur avait fournis, afin de ne

homicide investigation would not be compromised. Nonetheless, the constables were told that there were already grounds to arrest the driver which could be relied upon if other grounds could not be found.

[9] After the meeting with Detective Werth, Constables McGill and Dalziel went to the area of Duke's Bar. As the Malibu left Duke's, it was followed by a surveillance vehicle, with Constables McGill and Dalziel following behind in a police vehicle. At Detective Werth's instructions, at approximately 7:40 p.m. the overhead lights of the police vehicle were activated and the Malibu was pulled over to the side of the road with the police vehicle stopped about 40 feet behind. When the constables approached the Malibu, Constable McGill recognized the driver as Mohammad Mian from prior dealings with the police.

[10] As the pretence of the routine traffic stop was underway, Detective Werth listened to reports from Constable Drynan, a member of the surveillance team, who reported his observations that the driver of the Malibu was reaching over the front passenger seat area and doing something with his hands. At the *voir dire*, Constable McGill testified that he also noticed Mr. Mian reaching in this way and that he had officer safety concerns when he saw this. After hearing the reports from Constable Drynan, Detective Werth then telephoned Constable Dalziel and informed Constable Dalziel that Mr. Mian was reaching under the seats of the vehicle and that the officers should go to the vehicle, remove Mr. Mian and arrest him.

[11] Constables McGill and Dalziel removed Mr. Mian from the vehicle. Mr. Mian had a cell phone in his hand, which Constable McGill removed. A pat-down search of Mr. Mian revealed \$2,710 in cash on his person. After Mr. Mian was placed in the back of the police vehicle, searches of the Malibu led to the discovery of a large amount

pas compromettre l'enquête en cours sur les homicides. Les policiers ont néanmoins été informés qu'il existait déjà des motifs d'arrêter le conducteur sur lesquels on pouvait s'appuyer s'il n'était pas possible d'établir d'autres motifs pour ce faire.

[9] Après la réunion avec le détective Werth, les agents McGill et Dalziel se sont rendus non loin du Duke's Bar. Alors que la Malibu quittait les lieux, elle a été suivie par un véhicule de surveillance, lui-même suivi par les policiers McGill et Dalziel qui étaient à bord d'un véhicule de police. Sur l'ordre du détective Werth donné vers 19 h 40, les gyrophares de la voiture de police ont été activés, la Malibu s'est rangée sur le bord de la route et la voiture de police s'est immobilisée environ 40 pieds derrière. Lorsqu'il s'est approché de la Malibu en compagnie de son collègue, le policier McGill a reconnu le conducteur, Mohammad Mian, parce que ce dernier avait déjà eu des démêlés avec la police.

[10] Pendant que se déroulait le prétendu simple contrôle routier, le détective Werth a écouté les comptes-rendus du policier Drynan, un membre de l'équipe de surveillance, qui disait avoir aperçu le conducteur de la Malibu tendre le bras au-dessus du siège avant du côté passager et faire quelque chose avec les mains. Durant le voir-dire, le policier McGill a témoigné qu'il avait lui aussi remarqué que M. Mian tendait le bras de cette façon et qu'il avait des préoccupations liées à la sécurité des agents en voyant cela. Après avoir entendu les comptes-rendus du policier Drynan, le détective Werth a téléphoné à l'agent Dalziel, l'informant que M. Mian tendait le bras sous les sièges du véhicule et lui disant que, en compagnie de son collègue McGill, il devait se rendre jusqu'au véhicule, en faire sortir M. Mian et arrêter ce dernier.

[11] Les policiers McGill et Dalziel ont fait sortir M. Mian du véhicule. Ce dernier tenait un téléphone cellulaire que l'agent McGill lui a enlevé. Une fouille par palpation de M. Mian a révélé que celui-ci avait sur lui 2 710 \$ en argent comptant. Après que M. Mian a été placé à l'arrière de la voiture de police, la Malibu a été fouillée, ce qui

of cocaine and a smaller baggie of cocaine, an additional \$1,340 in cash, another cell phone and Mr. Mian's wallet. Following the searches, a call was made for a tow truck to attend and seize the Malibu.

[12] Twenty-two minutes passed between the time when the officers pulled over the Malibu and when Mr. Mian was advised that he was being arrested for the possession of cocaine for the purposes of trafficking. A further two to five minutes passed before Mr. Mian was advised of his *Charter* rights to retain and instruct counsel.

[13] Mr. Mian was charged with possession of cocaine for the purpose of trafficking and possession of currency obtained by the commission of an offence. He applied to exclude all evidence on the basis that he was arbitrarily detained and arrested by the police contrary to s. 9 of the *Charter*, that the police performed an unreasonable search and seizure contrary to s. 8, and that the police failed to advise Mr. Mian of the reason for his detention and his right to counsel contrary to s. 10(a) and (b). Mr. Mian asserted that the admission of the evidence seized would bring the administration of justice into disrepute and should therefore be excluded pursuant to s. 24(2) of the *Charter*.

III. Judicial History

A. *Alberta Court of Queen's Bench, 2011 ABQB 290, 516 A.R. 368*

[14] In his decision on the *Charter voir dire* to exclude the evidence, Macklin J. found Constable Drynan to be a credible witness and accepted his evidence that he did not indicate a concern about officer safety, but simply reported his observations to the investigative team.

a mené à la découverte d'une quantité importante de cocaïne et d'un sachet plus petit de cette drogue, d'une somme additionnelle de 1 340 \$ en argent comptant, d'un autre téléphone cellulaire et du portefeuille de M. Mian. Après les fouilles, on a fait venir une remorqueuse pour saisir la Malibu.

[12] Il s'est écoulé 22 minutes entre le moment où la Malibu a été interceptée par les policiers et le moment où M. Mian a été informé qu'on l'arrêtait pour possession de cocaïne en vue d'en faire le trafic. Deux à cinq minutes de plus se sont écoulées avant qu'on informe M. Mian du droit que lui garantit la *Charte* d'avoir recours à l'assistance d'un avocat.

[13] M. Mian a été accusé de possession de cocaïne en vue d'en faire le trafic et de possession d'argent obtenu par la perpétration d'une infraction. Il a demandé l'exclusion de tous les éléments de preuve au motif qu'il avait été détenu et arrêté arbitrairement par les policiers contrairement à l'art. 9 de la *Charte*, que ces derniers avaient effectué une fouille et une saisie abusives contrairement à l'art. 8 de la *Charte*, et qu'ils avaient omis de l'informer de la raison de sa détention et de son droit à l'assistance d'un avocat, contrairement aux al. 10(a) et b). M. Mian a fait valoir que l'admission des éléments de preuve saisis était susceptible de déconsidérer l'administration de la justice et qu'ils devaient donc être exclus en application du par. 24(2) de la *Charte*.

III. Historique judiciaire

A. *Cour du Banc de la Reine de l'Alberta, 2011 ABQB 290, 516 A.R. 368*

[14] Dans sa décision sur le voir-dire relatif à l'exclusion d'éléments de preuve sur le fondement de la *Charte*, le juge Macklin a conclu que l'agent Drynan était un témoin digne de foi et il a accepté le témoignage de ce policier qui avait affirmé ne pas avoir exprimé de préoccupation liée à la sécurité des agents, mais avait simplement fait part de ses observations à l'équipe d'enquêteurs.

[15] Macklin J. did not accept the evidence of either Detective Werth or Constable McGill that there was a concern for officer safety in the context of the search, detention or arrest caused by Mr. Mian reaching under the seat of the Malibu. He found that Detective Werth gave his evidence in a “very cavalier fashion and in a manner intended to justify a direction he gave for the purpose of providing McGill and Dalziel with grounds to search the Malibu while disguising the true purpose for stopping and searching the vehicle in the first place” (para. 68). Macklin J. held that Detective Werth was “intentionally misleading the Court with a view to justifying his instructions to Dalziel” (para. 68). Macklin J. noted that when defence counsel confronted Detective Werth about Constable Drynan’s testimony with respect to Mr. Mian’s movements in the vehicle, Detective Werth responded that he did not care what Constable Drynan said and that Constable Drynan was mistaken.

[16] However, although Macklin J. did not accept that officer safety concerns could be relied on as grounds for Mr. Mian’s search and arrest, he did find that there were other valid grounds based on Detective Werth’s belief that the Malibu contained a significant quantity of cocaine.

[17] After determining that Mr. Mian’s ss. 8 and 9 *Charter* rights had not been breached in the course of the search and arrest, Macklin J. turned to whether Mr. Mian’s s. 10(a) *Charter* right on detention to be informed promptly of the reasons therefor and s. 10(b) right on arrest or detention to be informed of his right to retain and instruct counsel without delay had been breached. Macklin J. noted that there must be exceptional circumstances to justify suspending the rights protected under s. 10(a) and (b). There was no satisfactory reason for not advising Mr. Mian of these rights immediately upon arrest. Macklin J. held that, in waiting 22 minutes to inform Mr. Mian of the reason for his arrest and

[15] Le juge Macklin n’a pas ajouté foi aux témoignages du détective Werth ou du policier McGill selon lesquels il existait une préoccupation liée à la sécurité des agents, dans le contexte de la fouille, de la détention ou de l’arrestation, et causée par le fait que M. Mian avait tendu le bras sous le siège de la Malibu. Le juge a conclu que le détective Werth avait livré son témoignage [TRADUCTION] « de façon très cavalière et d’une manière qui visait à justifier un ordre qu’il avait donné dans le but de fournir aux agents McGill et Dalziel un motif de fouiller la Malibu tout en dissimulant le véritable but de l’interception et de la fouille du véhicule au départ » (par. 68). Le juge Macklin a statué que le détective Werth « avait sciemment induit la Cour en erreur dans le but de justifier les directives qu’il avait données à l’agent Dalziel » (par. 68). Il a noté, en outre, que lorsque l’avocat de la défense avait fait part au détective Werth du témoignage du policier Drynan relativement aux mouvements de M. Mian dans le véhicule, le détective Werth avait répliqué qu’il ne se souciait pas de ce qu’avait dit le policier Drynan et que ce dernier se trompait.

[16] Cela dit, même si le juge Macklin a rejeté la thèse selon laquelle les préoccupations liées à la sécurité des agents pouvaient servir de motifs justifiant la fouille et l’arrestation de M. Mian, il a néanmoins conclu qu’il existait d’autres motifs valables, fondés sur la croyance du détective Werth selon laquelle la Malibu renfermait une quantité importante de cocaïne.

[17] Après avoir conclu que les droits garantis à M. Mian par les art. 8 et 9 de la *Charte* n’avaient pas été violés dans le cours de la fouille et de l’arrestation, le juge Macklin a examiné la question de savoir s’il y avait eu atteinte aux droits que les al. 10(a) et b) de la *Charte* garantissent à M. Mian en cas de détention, c’est-à-dire les droits respectivement d’être informé dans les plus brefs délais des motifs de sa détention et d’avoir recours sans délai à l’assistance d’un avocat. Le juge Macklin a noté qu’il doit exister des circonstances exceptionnelles pour justifier la suspension des droits protégés par les al. 10(a) et b). Or, en l’espèce, selon lui, il n’existait aucune raison valable de ne pas informer

his right to retain and instruct counsel, Constables Dalziel and McGill breached Mr. Mian's rights under s. 10(a) and (b).

[18] Macklin J. then went on to consider whether the evidence should be excluded under s. 24(2) of the *Charter* pursuant to the analysis as set out by this Court in *R. v. Grant*, 2009 SCC 32, [2009] 2 S.C.R. 353. Under the first *Grant* factor, Macklin J. found that the breaches were serious and deliberate, and thereby egregious. This factor weighed in favour of excluding the evidence. Under the second factor, Macklin J. held that there was a lack of causal connection between the *Charter* breaches and the obtaining of the evidence. As such, the breaches did not have a significant impact on Mr. Mian's privacy interests, which weighed in favour of inclusion of the evidence. Finally, under the third *Grant* factor, Macklin J. determined that, while the offence was serious and the evidence highly reliable and probative, the *Charter* breaches were also serious. In addition, Detective Werth's and Constable McGill's continued reliance on alleged officer safety concerns was an attempt to undermine the truth-seeking function of the criminal trial process. Constable McGill's questioning of Mr. Mian in the back of the police vehicle prior to Mr. Mian being advised of the reason for his detention and arrest was a further aggravating factor. Macklin J. concluded that this factor favoured excluding the evidence.

[19] Ultimately, Macklin J. held that, on balance, the *Grant* factors favoured exclusion of the evidence.

[20] Mr. Mian was acquitted.

M. Mian de ces droits dès son arrestation. Le juge Macklin a statué que, parce qu'ils avaient attendu 22 minutes avant d'informer M. Mian des motifs de son arrestation et de son droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat, les agents Dalziel et McGill avaient violé les droits de M. Mian protégés pour les al. 10(a) et b).

[18] Le juge Macklin s'est ensuite penché sur la question de savoir si, selon le cadre d'analyse énoncé par la Cour dans *R. c. Grant*, 2009 CSC 32, [2009] 2 R.C.S. 353, les éléments de preuve devaient être exclus en application du par. 24(2) de la *Charte*. Au regard du premier facteur énoncé dans *Grant*, le juge Macklin a conclu que les violations étaient graves et délibérées, donc inacceptables. Ce facteur militait en faveur de l'exclusion des éléments de preuve. Au regard du deuxième facteur, le juge Macklin a statué qu'il n'y avait pas de lien de causalité entre les violations de la *Charte* et l'obtention des éléments de preuve. Par conséquent, les violations n'avaient pas eu d'incidence grave sur les intérêts de M. Mian en matière de vie privée, ce qui militait en faveur de l'inclusion des éléments de preuve. Enfin, suivant le troisième critère/facteur de l'arrêt *Grant*, le juge Macklin a déterminé que, même si l'infraction était grave et que les éléments de preuve étaient très fiables et probants, les violations de la *Charte* étaient graves elles aussi. En outre, en continuant d'invoquer les présumées préoccupations liées à la sécurité des agents, le détective Werth et le policier McGill tentaient de compromettre la fonction de recherche de la vérité du système de justice. L'interrogatoire de M. Mian par le policier McGill à l'arrière de la voiture de police avant que M. Mian ait été informé du motif de sa détention et de son arrestation constituait un autre facteur aggravant. Le juge Macklin a conclu que ce facteur favorisait l'exclusion des éléments de preuve.

[19] En définitive, le juge Macklin a statué que, tout compte fait, l'analyse des facteurs énoncés dans *Grant* favorisait l'exclusion des éléments de preuve.

[20] Monsieur Mian a été acquitté.

B. *Alberta Court of Appeal, 2012 ABCA 302, 536 A.R. 308*

[21] The Crown appealed Mr. Mian’s acquittal, advancing two grounds of appeal: (1) that “[t]he trial judge erred in law by failing to find [that] exceptional circumstances justified the suspension of [Mr. Mian’s] s. 10 *Charter* rights”; and (2) that “[t]he trial judge erred in law by excluding ‘essential and reliable evidence on account of *Charter* violations that had no causal connection with the discovery of the evidence, were not otherwise egregious, and had no significant impact on Mr. Mian’s *Charter*-protected interests’” (C.A. reasons, para. 27).

[22] After the Crown and defence counsel filed their written submissions, the Court of Appeal provided the parties with a list of cases and called their attention to two issues for comment during oral argument: (1) what is a question of law on an appeal from an acquittal; and (2) the limits of cross-examination and consequences of exceeding the limits.

[23] During the oral hearing, both counsel made submissions on whether the defence had conducted an improper cross-examination of Detective Werth by asking him to comment on the veracity of Constable Drynan’s testimony. Following the hearing, defence counsel asked to file further written submissions on the improper cross-examination issue. The Court of Appeal allowed this request, and both parties submitted supplemental written submissions in accordance with the timelines set out by the court. Defence counsel was required to file written submissions before the Crown.

[24] The Court of Appeal held that a review of a trial judge’s decision under s. 24(2) of the *Charter* requires deference and is generally subject to a

B. *Cour d’appel de l’Alberta, 2012 ABCA 302, 536 A.R. 308*

[21] Le ministère public a interjeté appel de l’acquittal de M. Mian, faisant valoir deux moyens d’appel : (1) que [TRADUCTION] « [l]e juge du procès avait commis une erreur de droit en omettant de conclure que des circonstances exceptionnelles justifiaient la suspension des droits que l’art. 10 de la *Charte* garantit à M. Mian »; et (2) que « [l]e juge du procès avait commis une erreur de droit en excluant “des éléments de preuve, sur le fondement de violations de la *Charte* qui n’avaient aucun lien de causalité avec la découverte des éléments de preuve, qui n’étaient pas flagrantes par ailleurs et qui n’avaient aucune incidence grave sur les droits de M. Mian protégés par la *Charte*” » (motifs de la C.A., par. 27).

[22] Après que le ministère public et l’avocat de la défense eurent déposé leurs observations écrites, la Cour d’appel a fourni aux parties une liste de décisions et elle leur a soumis deux questions pour commentaire à l’audience : (1) Qu’est-ce qu’une question de droit en appel d’un acquittal? (2) Quelles sont les limites du contre-interrogatoire et quelles sont les conséquences lorsque ces limites sont outrepassées?

[23] À l’audience, les deux avocats ont présenté des observations sur la question de savoir si la défense avait soumis le détective Werth à un contre-interrogatoire inapproprié en lui demandant de se prononcer sur la véracité du témoignage de l’agent Drynan. Après l’audience, l’avocat de la défense a demandé l’autorisation de déposer des observations écrites additionnelles sur la question du contre-interrogatoire en cause. La Cour d’appel a accueilli cette demande, et les deux parties ont présenté des observations écrites supplémentaires conformément aux échéanciers fixés par la cour. L’avocat de la défense devait déposer ses observations écrites avant le ministère public.

[24] La Cour d’appel a statué qu’il fallait faire preuve de retenue lors du contrôle de la décision d’un juge du procès fondée sur le par. 24(2) de la

standard of palpable and overriding error. However, the Court of Appeal was satisfied that the appeal should be allowed “on the basis that the trial judge erred in law by relying on the impermissible cross-examination of Detective Werth” (para. 32).

[25] The impugned cross-examination occurred when Detective Werth was questioned about the veracity of evidence given by Constable Drynan:

Q. All right. Now, I know you set out - - I'm going to use your words, I don't care what Drynan said about - - about the vehicle. I'm going to tell you now what Drynan said. Okay? Under oath in these proceedings. Is that he never - - never communication to anyone, anyone, to go and arrest the subject of the roadside stop as a result of those observations that - - that is, the reaching under the seat. I'm going to tell you he took it further, and he said under oath that he never told or communicated to anyone to go and extract the person from the motor vehicle at the roadside. He never told anyone to do anything as a result of his observations.

A. I don't agree with that. You just suggested to me that he didn't tell me. My evidence is that he did tell me, and I will not change that. I don't care what he said. I know what happened.

Q. So Drynan is . . . is he wrong, or is he lying?

A. I think possibly he forgot.

Q. So you don't care what he says. He called you.

A. I'll go back to my evidence, because I remember it quite clearly. I said one of the members of surveillance - - and I still believe that it was Drynan. I still believe that. If he can't remember it, that's fair. But you can tell me what he said and what I said, but don't tell me he didn't say it because you weren't there.

(C.A. reasons, at para. 33, quoting from trial transcript (emphasis added by Court of Appeal).)

Charte et que, généralement, ce contrôle était soumis à la norme de l'erreur manifeste et dominante. Toutefois, la Cour d'appel s'est dite convaincue que l'appel devait être accueilli [TRADUCTION] « au motif que le juge du procès avait commis une erreur de droit en s'appuyant sur le contre-interrogatoire inacceptable du détective Werth » (par. 32).

[25] Le contre-interrogatoire contesté a eu lieu lorsque le détective Werth a été questionné sur la véracité du témoignage de l'agent Drynan :

[TRADUCTION]

Q. D'accord. Maintenant, je sais que vous vouliez - - je vais rapporter vos paroles, je me fiche de ce que Drynan a dit au sujet de - - au sujet du véhicule. Je vais vous dire maintenant ce que Drynan a dit. D'accord? Sous serment à l'audience. C'est qu'il n'a jamais - - jamais dit à personne, personne, d'aller arrêter le sujet du contrôle routier en raison de ces observations que - - c'est-à-dire, le fait de tendre le bras sous le siège. Je vais vous dire qu'il est allé plus loin, et il a dit sous serment qu'il n'avait jamais dit ou communiqué à personne d'aller et de sortir l'individu de la voiture arrêtée sur le bord du chemin. Il n'a jamais dit à personne de faire quoi que ce soit à la suite de ses observations.

R. Je ne suis pas d'accord avec ça. Vous venez de laisser entendre qu'il ne me l'a pas dit. Moi, ce que j'ai à vous dire c'est qu'il me l'a dit, et je ne changerai pas ça. Je me fiche de ce qu'il a dit. Je sais ce qui s'est passé.

Q. Donc, l'agent Drynan a . . . a-t-il tort, ou est-ce qu'il ment?

R. Je pense qu'il a peut-être oublié.

Q. Alors vous ne vous souciez pas de ce qu'il dit. Il vous a appelé.

R. Je reviens à mon témoignage, parce que je m'en souviens clairement. J'ai dit qu'un des membres de la surveillance - - et je crois toujours qu'il s'agissait de Drynan. Je le crois encore. S'il ne s'en souvient pas, ça se peut. Mais vous pouvez me dire ce qu'il a dit et ce que j'ai dit, mais ne me dites pas qu'il ne l'a pas dit, parce que vous n'étiez pas là.

(Motifs de la C.A., par. 33, citant la transcription du procès (soulignement ajouté par la Cour d'appel).)

[26] On appeal, defence counsel conceded that this questioning was impermissible and offended the rule against cross-examining on the veracity of another witness. The Court of Appeal found that the trial judge erred in law by admitting and considering irrelevant and inadmissible evidence. In particular, the Court of Appeal held that, in rejecting Detective Werth's testimony, the trial judge appeared to have relied upon the impugned cross-examination. This resulted in a failure by the trial judge to give due consideration to all the evidence relevant to the s. 24(2) issue. The Court of Appeal concluded that the trial judge's mistake was material and that the verdict would not necessarily have been the same if the trial judge had not allowed the impugned cross-examination and admitted the evidence. The Court of Appeal ordered a new trial on this basis. The Court of Appeal did not analyze the grounds of appeal advanced by the Crown.

IV. Issues

[27] This appeal raises the following issues:

- (1) Did the Alberta Court of Appeal err in raising a new ground of appeal?
- (2) Did the Alberta Court of Appeal err in ordering a new trial on the basis of the improper cross-examination issue?
- (3) Did the trial judge err in law in concluding that the police infringed the rights of the accused under s. 10(a) and (b) of the *Charter*?
- (4) Did the trial judge err in law in excluding the evidence under s. 24(2) of the *Charter*?

[26] En appel, l'avocat de la défense a reconnu que cette série de questions était inacceptable et qu'elle violait la règle qui interdit le contre-interrogatoire sur la véracité du témoignage d'un autre témoin. La Cour d'appel a conclu que le juge du procès avait commis une erreur de droit en admettant et en prenant en compte des éléments de preuve non pertinents et inadmissibles. Plus particulièrement, la Cour d'appel a statué que le juge du procès, lorsqu'il a rejeté le témoignage du détective Werth, a semblé s'appuyer sur le contre-interrogatoire contesté. Par conséquent, le juge du procès a omis de prendre dûment en compte tous les éléments de preuve pertinents à l'égard de la question fondée sur le par. 24(2). La Cour d'appel a conclu que l'erreur du juge du procès était substantielle et que le verdict n'aurait pas nécessairement été le même si ce juge n'avait pas autorisé le contre-interrogatoire contesté et admis la preuve. La Cour d'appel a ordonné la tenue d'un nouveau procès pour ce motif. Elle n'a pas analysé les moyens d'appel soulevés par le ministère public.

IV. Questions en litige

[27] Le pourvoi soulève les questions suivantes :

- (1) La Cour d'appel de l'Alberta a-t-elle soulevé à tort un nouveau moyen d'appel?
- (2) La Cour d'appel de l'Alberta a-t-elle ordonné à tort la tenue d'un nouveau procès sur le fondement de la question du contre-interrogatoire inapproprié?
- (3) Le juge du procès a-t-il commis une erreur de droit en concluant que les policiers avaient violé les droits que les al. 10(a) et b) de la *Charte* garantissent à l'accusé?
- (4) Le juge du procès a-t-il commis une erreur de droit en excluant des éléments de preuve en application du par. 24(2) de la *Charte*?

V. Analysis

A. *When Can an Appellate Court Raise a New Issue?*

[28] It is not disputed that an appellate court has the jurisdiction to invite submissions on an issue neither party has raised. This appeal raises the questions of how broad this jurisdiction is, when it should be exercised, and what procedures should be followed when it is invoked.

(1) What Is a “New Issue”?

[29] This case turns on whether and how an appellate court can raise a new issue on appeal. It is therefore important to first define what a “new issue” is.

[30] An issue is new when it raises a new basis for potentially finding error in the decision under appeal beyond the grounds of appeal as framed by the parties. Genuinely new issues are legally and factually distinct from the grounds of appeal raised by the parties (see *Quan v. Cusson*, 2009 SCC 62, [2009] 3 S.C.R. 712, at para. 39) and cannot reasonably be said to stem from the issues as framed by the parties. It follows from this definition that a new issue will require notifying the parties in advance so that they are able to address it adequately.

[31] In defining what a new issue is, it is important to recognize what will not constitute a new issue raised on appeal. First, not all questions asked by an appeal court will constitute a new issue. The jurisdiction of appellate courts to ask questions during the oral hearing is well established. This jurisdiction is broad and is limited only by the requirement that questions not be “raised in a manner which suggests bias or partiality on the part of the appeal court” (*R. v. W. (G.)*, [1999] 3 S.C.R. 597,

V. Analyse

A. *Dans quelles situations une cour d’appel peut-elle soulever une nouvelle question?*

[28] Nul ne conteste qu’une cour d’appel a compétence pour inviter les parties à présenter des observations sur une question que ni l’une ni l’autre n’a soulevée. Le présent pourvoi soulève plutôt les questions de l’étendue de cette compétence, des situations dans lesquelles elle devrait être exercée et de la procédure à suivre lorsqu’elle est invoquée.

(1) Qu’est-ce qu’une « nouvelle question »?

[29] Pour trancher le présent pourvoi, il faut se demander si une cour d’appel peut soulever une nouvelle question en appel et comment elle peut le faire, le cas échéant. Il est donc important de définir dans un premier temps ce qu’est une « nouvelle question ».

[30] Une question est nouvelle lorsqu’elle constitue un nouveau fondement sur lequel on pourrait s’appuyer — autre que les moyens d’appel formulés par les parties — pour conclure que la décision frappée d’appel est erronée. Les questions véritablement nouvelles sont différentes, sur les plans juridique et factuel, des moyens d’appel soulevés par les parties (voir *Quan c. Cusson*, 2009 CSC 62, [2009] 3 R.C.S. 712, par. 39) et on ne peut pas raisonnablement prétendre qu’elles découlent des questions formulées par les parties. Vu cette définition, dans le cas de nouvelles questions, il faudra aviser les parties à l’avance pour qu’elles puissent en traiter adéquatement.

[31] Pour définir ce qu’est une nouvelle question en appel, il est important de reconnaître ce qui n’en est pas une. Premièrement, ce ne sont pas toutes les questions posées par une cour d’appel qui sont de nouvelles questions. La compétence des cours d’appel pour poser des questions à l’audience est bien établie. Cette compétence est large et n’est limitée que par l’exigence selon laquelle les questions ne doivent pas être « soulevée[s] d’une manière qui donne à penser que la cour d’appel

at para. 17, *per* Lamer C.J.). Nothing in these reasons should be construed as limiting the ability of appellate judges to ask any question in the course of the oral hearing.

[32] Questions raised during the oral hearing may properly touch on a broad range of issues, which may be components of the grounds of appeal put forward by the parties, or may go outside of those grounds in an aim to understand the context, statutory background or larger implications. For example, an appellate court may pose questions as to the practical workings of a statutory regime. Absent any concerns about bias, questions raised during the oral hearing, whether linked directly or by extension to the grounds of appeal or not, are not improper (see *W. (G.)*, at para. 17). Such questions may be necessary for the court to gain a more complete understanding of the issues at hand.

[33] Second, issues that are rooted in or are components of an existing issue are also not “new issues”. Appellate courts may draw counsel’s attention to issues that must be addressed in order to properly analyze the issues raised by the parties. For example, in a case involving a claim of self-defence, the parties may argue exclusively over whether the accused’s belief that his life was in danger was reasonable, but it may be necessary for the court to first analyze the issue of whether the accused subjectively believed that he was at risk of death. This is not a “new issue”, but a component of the overall analysis of the grounds as raised by the parties. However, where appropriate, the court may have to be prepared to grant even a brief adjournment to allow the parties to consider and canvass the issue.

[34] Finally, issues that form the backdrop of appellate litigation, such as jurisdiction, whether a given error requires a remedy and what the appropriate remedy is, or as discussed below, the standard

n’est pas impartiale » (*R. c. W. (G.)*, [1999] 3 R.C.S. 597, par. 17, le juge en chef Lamer). Les présents motifs n’ont pas pour effet de limiter la faculté des juges d’appel de poser quelque question que ce soit à l’audience.

[32] Les questions soulevées à l’audience peuvent valablement porter sur une gamme étendue de sujets, qui peuvent être des éléments des moyens d’appel mis de l’avant par les parties, ou aller au-delà de ces moyens dans le but de comprendre le contexte factuel ou législatif, ou les implications plus larges du débat. Par exemple, une cour d’appel peut poser des questions sur les rouages d’un régime législatif. Pourvu que l’impartialité ne soit pas mise en cause, les questions soulevées à l’audience, qu’elles soient ou non liées directement ou par extension aux moyens d’appel, ne sont pas inappropriées (voir *W. (G.)*, par. 17). Elles peuvent d’ailleurs être nécessaires pour que la cour ait une meilleure compréhension des questions en litige.

[33] Deuxièmement, les questions qui reposent sur une question existante ou qui en sont des éléments ne sont pas non plus de « nouvelles questions ». Les cours d’appel peuvent attirer l’attention des avocats sur des questions qui doivent être traitées afin d’analyser comme il se doit les questions soulevées par les parties. Par exemple, dans une affaire intéressant la légitime défense, les parties peuvent débattre exclusivement de la question de savoir si la croyance qu’avait l’accusé que sa vie était en danger était raisonnable, mais il sera peut-être nécessaire que la cour analyse d’abord la question de savoir si l’accusé croyait subjectivement qu’il était en danger de mort. Il ne s’agit pas là d’une « nouvelle question », mais d’un élément de l’analyse globale des moyens soulevés par les parties. Toutefois, dans les cas appropriés, la cour doit être disposée à accorder ne serait-ce qu’un bref ajournement pour permettre aux parties de réfléchir à la question et de l’étudier.

[34] Enfin, les questions qui forment la toile de fond de l’instance d’appel, par exemple la compétence, la question de savoir si une erreur donnée doit donner lieu à une réparation et celle de la

of review, are not new issues and parties should not require notice to address them.

[35] In summary, an appellate court will be found to have raised a new issue when the issue was not raised by the parties, cannot reasonably be said to stem from the issues as framed by the parties, and therefore would require that the parties be given notice of the issue in order to make informed submissions. Issues that form the backdrop of appellate litigation will typically not be “new issues” under this definition. Exercising the jurisdiction to ask questions during the oral hearing will not constitute raising a new issue, unless, in doing so, the appellate court provides a new basis for reviewing the decision under appeal for error.

(2) What Considerations Should Guide an Appellate Court in Determining Whether to Raise a New Issue on Appeal?

[36] The parties do not dispute that appellate courts have the jurisdiction to raise new issues. Indeed, this jurisdiction is an extension of the power of appellate courts to ask questions of the parties (see *W. (G.)*, at para. 17). The issue on this appeal is not whether appellate courts can raise new issues, but when and in what circumstances will it be appropriate for an appellate court to do so.

[37] There are two potentially competing considerations at the heart of the issue in this case. First, the adversarial system, which is a fundamental tenet of our legal system. Second, the role of the courts to ensure that justice is done.

[38] Our adversarial system of determining legal disputes is a procedural system “involving active and unhindered parties contesting with each other to put forth a case before an independent decision-maker” (*Black’s Law Dictionary* (9th ed. 2009), *sub*

réparation appropriée, ou, comme je l’explique plus loin, la norme de contrôle, ne constituent pas de nouvelles questions et les parties n’ont pas besoin d’en être avisées pour en traiter.

[35] En résumé, on conclura qu’une question soulevée par une cour d’appel est nouvelle lorsqu’elle n’a pas été posée par les parties et lorsqu’on ne peut raisonnablement affirmer qu’elle découle des questions formulées par ces dernières, si bien que celles-ci devront en être informées afin qu’elles puissent présenter des observations éclairées. Les questions qui forment la toile de fond de l’instance d’appel ne seront généralement pas de « nouvelles questions » au regard de cette définition. La cour d’appel qui exerce sa compétence de poser des questions à l’audience ne se trouve pas à soulever une nouvelle question, sauf si, ce faisant, elle donne un nouveau fondement au contrôle de la décision frappée d’appel pour cause d’erreur.

(2) Quelles considérations devraient guider une cour d’appel dans sa décision de soulever ou non une nouvelle question en appel?

[36] Les parties ne contestent pas que les cours d’appel ont compétence pour soulever de nouvelles questions. En effet, cette compétence découle de leur pouvoir de poser des questions aux parties (voir *W. (G.)*, par. 17). Ainsi, la question en litige dans le présent pourvoi n’est pas celle de savoir si les cours d’appel peuvent soulever de nouvelles questions, mais celle de savoir quand et dans quelles circonstances il est approprié qu’elles le fassent.

[37] Au cœur de la question qui se pose en l’espèce, deux considérations sont susceptibles de s’opposer. Premièrement, le système accusatoire qui revêt une importance fondamentale dans notre système juridique. Deuxièmement, le rôle des tribunaux qui doivent veiller à ce que justice soit rendue.

[38] Le système accusatoire qui est le nôtre et dont nous nous servons pour trancher les différends de droit est un système procédural [TRADUCTION] « dans le cadre duquel des parties actives et sans entrave s’opposent pour faire valoir leur

verbo “adversary system”). An important component of this system is the principle of party presentation, under which courts “rely on the parties to frame the issues for decision and assign to courts the role of neutral arbiter of matters the parties present” (*Greenlaw v. United States*, 554 U.S. 237 (2008), at p. 243, *per* Ginsburg J.).

[39] A fundamental reason for maintaining this system is to ensure that judicial decision-makers remain independent and impartial and are seen to remain independent and impartial. When a judge or appellate panel of judges intervenes in a case and departs from the principle of party presentation, the risk is that the intervention could create an apprehension of bias. This kind of departure from the usual conduct of an appeal could lead the court to be seen to be intervening on behalf of one of the parties, thus impugning the impartiality of the court. As this Court has said, “[it] is of fundamental importance that justice should not only be done, but should manifestly and undoubtedly be seen to be done” (*Brouillard v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 39, at p. 43, citing *R. v. Sussex Justices, Ex parte McCarthy*, [1924] 1 K.B. 256, at p. 259). It is for this reason that an important tenet of our appellate system is for the court to respect the strategic choices made by parties in framing the issues (see *W. (G.)*, at paras. 17-18).

[40] On the other hand, courts also have the role of ensuring that justice is done. As Lord Denning explained in the context of trial judges in the United Kingdom: “. . . a judge is not a mere umpire to answer the question ‘How’s that?’ His object above all is to find out the truth, and to do justice according to law . . .” (*Jones v. National Coal Board*, [1957] 2 All E.R. 155 (C.A.), at p. 159 (emphasis added)). This proposition is no less true of appellate judges. Meaningful appellate review assesses the correctness of a lower court decision, both on errors of law and palpable overriding errors of fact (see *R. v. Sheppard*, 2002 SCC 26, [2002] 1 S.C.R. 869,

cause devant un décideur indépendant » (*Black’s Law Dictionary* (9^e éd. 2009), sous la rubrique « *adversary system* »). Un élément important de ce système est le principe de la présentation par les parties, suivant lequel les tribunaux [TRADUCTION] « s’appuient sur [ces dernières] pour formuler les questions qui doivent être tranchées et [. . .] se voient attribuer le rôle d’arbitre neutre sur les questions que présentent les parties » (*Greenlaw c. United States*, 554 U.S. 237 (2008), p. 243, le juge Ginsburg).

[39] Une des raisons fondamentales pour maintenir ce système est d’assurer que les décideurs judiciaires demeurent indépendants et impartiaux et qu’ils soient vus comme demeurant ainsi. Lorsqu’un juge ou une formation de juges en appel intervient dans une affaire et déroge au principe de la présentation par les parties, cette intervention risque de susciter une crainte de partialité. Une telle dérogation à la manière habituelle d’instruire un appel peut donner l’impression que la cour intervient pour le compte d’une des parties et porter atteinte à son impartialité. Comme la Cour l’a affirmé, « [il] est tout à fait primordial que non seulement justice soit rendue, mais que justice paraisse manifestement et indubitablement être rendue » (*Brouillard c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 39, p. 43, citant *R. c. Sussex Justices, Ex parte McCarthy*, [1924] 1 K.B. 256, p. 259). C’est pour cette raison qu’un principe important de notre système d’appel veut que la cour respecte les choix stratégiques que font les parties en formulant les questions (voir *W. (G.)*, par. 17-18).

[40] Par ailleurs, les tribunaux ont également pour rôle de veiller à ce que justice soit rendue. Comme lord Denning l’a expliqué relativement aux juges de première instance au Royaume-Uni : [TRADUCTION] “. . . le juge n’est pas simplement un arbitre ayant pour tâche de déterminer “le pourquoi” d’une affaire. Il lui incombe d’abord et avant tout d’établir la vérité et de rendre justice conformément à la loi . . . » (*Jones c. National Coal Board*, [1957] 2 All E.R. 155 (C.A.), p. 159 (je souligne)). Cette proposition est tout aussi vraie en ce qui concerne les juges d’appel. Un examen valable en appel a pour objet d’évaluer la justesse de la décision de la

at paras. 25 and 28; and *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235, at paras. 1 and 4). I accept the submission of the intervener the Attorney General of Alberta that “for ‘justice in fact to be done,’ judges must sometimes ‘intervene in the adversarial debate’” (I.F., at para. 16, citing *Brouillard*, at p. 44).

[41] The question then is how to strike the appropriate balance between these competing principles. Appellate courts should have the discretion to raise a new issue, but this discretion should be exercised only in rare circumstances. An appellate court should only raise a new issue when failing to do so would risk an injustice. The court should also consider whether there is a sufficient record on which to raise the issue and whether raising the issue would result in procedural prejudice to any party. This test is sufficiently flexible while also providing for an appropriate level of restraint to address the tensions inherent in the role of an appellate court.

[42] At all times this discretion is limited by the requirement that raising the new issue cannot suggest bias or partiality on the part of the court. Of essence here is that courts cannot be seen to go in search of a wrong to right. This jurisdiction should be exercised with caution. Appellate courts have the discretion to raise a new issue where justice requires it, but this discretion is restrained in order to maintain the impartiality of the decision-maker as required by our adversarial system.

(a) *Whether Failing to Raise the Issue Would Risk an Injustice*

[43] The fundamental consideration for an appellate court in determining whether to raise a new issue is whether the failure to do so would risk an injustice.

juridiction inférieure, à la fois pour ce qui est des erreurs de droit et pour ce qui est des erreurs de fait manifestes et dominantes (voir *R. c. Sheppard*, 2002 CSC 26, [2002] 1 R.C.S. 869, par. 25 et 28; et *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235, par. 1 et 4). Je conviens avec le procureur général de l’Alberta que [TRADUCTION] « pour que “justice soit effectivement rendue”, les juges doivent parfois “intervenir dans le débat adversaire” » (m.i., par. 16, citant *Brouillard*, p. 44).

[41] La question qui se pose alors est celle de savoir comment établir un juste équilibre entre ces principes opposés. Une cour d’appel doit avoir le pouvoir discrétionnaire de soulever une nouvelle question, mais ce pouvoir ne doit être exercé que dans de rares situations. En effet, elle ne doit soulever une telle question que si son omission de le faire risquerait d’entraîner une injustice. La cour doit aussi se demander si suffisamment d’éléments au dossier justifient de soulever la question et si, le faisant, elle causerait un préjudice d’ordre procédural à l’une ou l’autre des parties. Ce test est suffisamment souple, tout en offrant un degré approprié de retenue pour régler les tensions inhérentes au rôle d’une cour d’appel.

[42] Ce pouvoir discrétionnaire est limité en toutes circonstances par l’exigence suivant laquelle, en soulevant la nouvelle question, la cour ne doit pas donner l’impression qu’elle a un parti pris ou qu’elle fait preuve de partialité. Essentiellement, il ne faut pas que les tribunaux soient vus comme étant en quête d’un tort à rectifier. Ce pouvoir discrétionnaire doit être exercé avec prudence. Il permet à une cour d’appel de soulever une nouvelle question si la justice l’exige, mais il est limité, afin de maintenir l’impartialité du décideur comme l’exige notre système accusatoire.

a) *Le fait de ne pas soulever la question risquerait-il d’entraîner une injustice?*

[43] En cherchant à déterminer s’il y a lieu ou non de soulever une nouvelle question, une cour d’appel doit se demander si le fait de ne pas le faire risquerait d’entraîner une injustice.

[44] There are some situations where the potential for injustice will be more self-evident. As Mr. Song, counsel for Mr. Mian submits, there are a number of situations where it will be appropriate for an appellate court to raise an issue in order to prevent or rectify an injustice. Indeed, the parties to this appeal agree that appellate courts can intervene to assist self-represented litigants to ensure that the proceedings are fair (see *W. (G.)*, at para. 18), although this assistance has neutrality-based limits and a judge “must exercise great care not to descend from the bench and become a spectre at the accused’s counsel table, placing himself ‘in the impossible position of being both advocate and impartial arbiter’” (*R. v. Phillips*, 2003 ABCA 4, 320 A.R. 172, at para. 24, *per* Fruman J.A., aff’d 2003 SCC 57, [2003] 2 S.C.R. 623, citing *R. v. Taubler* (1987), 20 O.A.C. 64, at para. 30). In the criminal context, other examples may include where a miscarriage of justice may have occurred (see *R. v. E.M.W.*, 2011 SCC 31, [2011] 2 S.C.R. 542, at paras. 4-5) or where a verdict or sentence appears to be clearly unreasonable (see *W. (G.)*, at para. 19). It should be noted, however, that while these examples generally apply, they are inapplicable to this case, which was a Crown appeal from an acquittal.

[45] However, attempting to precisely define the situations which “would risk an injustice” would unduly limit the ability of appellate courts to intervene to ensure that justice is in fact done. Where there is good reason to believe that the result would realistically have differed had the error not been made, this risk of injustice warrants the court of appeal’s intervention.

[46] The determination of whether there is good reason to believe that a failure to raise a new issue “would risk an injustice” requires performing a preliminary assessment of the issue. The standard of “good reason to believe” that a failure to raise a new issue “would risk an injustice” is a significant threshold which is necessary in this context in order to strike an appropriate balance between the role

[44] Dans certaines situations, la possibilité que survienne une injustice sera plus évidente. Comme l’affirme M^e Song, l’avocat de M. Mian, il existe un bon nombre de situations où il sera approprié qu’une cour d’appel soulève une question pour empêcher ou pour corriger une injustice. En effet, les parties au pourvoi conviennent que les cours d’appel peuvent intervenir pour aider les plaignants non représentés par un avocat afin d’assurer l’équité de l’instance (voir *W. (G.)*, par. 18), bien que cette aide comporte des limites fondées sur le principe de neutralité et qu’un juge [TRADUCTION] « doi[ve] prendre garde de ne pas abdiquer son rôle de juge pour devenir le procureur virtuel de l’accusé, se plaçant “dans le rôle impossible d’être à la fois avocat et arbitre impartial” » (*R. c. Phillips*, 2003 ABCA 4, 320 A.R. 172, par. 24, le juge Fruman, conf. par 2003 CSC 57, [2003] 2 R.C.S. 623, citant *R. c. Taubler* (1987), 20 O.A.C. 64, par. 30). Dans le contexte du droit criminel, on trouve d’autres exemples où une erreur judiciaire a pu se produire (voir *R. c. E.M.W.*, 2011 CSC 31, [2011] 2 R.C.S. 542, par. 4-5) ou encore lorsqu’un verdict ou une peine paraît être manifestement déraisonnable (voir *W. (G.)*, par. 19). Il convient toutefois de noter que même si ces exemples peuvent généralement s’appliquer, ils sont inapplicables en l’espèce, où le ministère public interjetait appel d’un acquittement.

[45] Cela dit, tenter de définir précisément les situations qui « risqueraient d’entraîner une injustice » limiterait indûment la faculté des cours d’appel d’intervenir pour veiller à ce que justice soit effectivement rendue. Lorsqu’il existe une bonne raison de croire que le résultat aurait réalitement été différent si l’erreur n’avait pas été commise, ce risque d’injustice justifie l’intervention de la cour d’appel.

[46] Pour déterminer s’il existe une bonne raison de croire que l’omission de soulever une nouvelle question « risquerait d’entraîner une injustice », la cour d’appel doit faire une évaluation préliminaire de la question en litige. La norme de la « bonne raison de croire » que l’omission de soulever une nouvelle question « risquerait d’entraîner une injustice » est un seuil élevé et nécessaire dans

of appellate courts as independent and impartial arbiters with the need to ensure that justice is done.

[47] At this stage, the merits of the issue will not yet have been argued or decided. As such, the assessment of the issue is not a “full-fledged review”, but rather is preliminary (*W. (G.)*, at para. 20). In all cases where an appellate court is considering whether to raise a new issue, it would be inappropriate for the court to engage in any in-depth assessment of the merits of an issue at a stage where the parties remain ignorant of the issue. However, a court’s failure to raise a new issue will not risk an injustice in the absence of a preliminary indication that there is good reason to believe that an identified potential error would have affected the result.

[48] It is likely that issues identified by appellate courts will often fail to meet this “risk an injustice” factor. This will particularly be so where both parties are represented by counsel. It will only be in rare cases that counsel on both sides will have failed to identify an issue that would realistically have affected the result.

(b) *Other Considerations*

[49] Although consideration of whether the failure to raise a new issue in a given case would risk an injustice is left to the discretion of appellate courts, this discretion is not unlimited.

[50] First, it should go without saying that an appellate court cannot raise a new issue unless the court has the jurisdiction to consider the issue. Courts of appeal are statutory bodies and there is no inherent jurisdiction in any appeal court (see *Kourtessis v. M.N.R.*, [1993] 2 S.C.R. 53, at p. 69, *per* La Forest J.; and *W. (G.)*, at para. 8). For example, an appellate court’s jurisdiction on Crown appeals from acquittals is restricted to consideration of questions of law (*Criminal Code*, R.S.C.

ce contexte afin d’établir un équilibre approprié entre le rôle des cours d’appel en tant qu’arbitres indépendants et impartiaux et le besoin de veiller à ce que justice soit rendue.

[47] À cette étape, le bien-fondé de la question n’aura pas encore été débattu ou tranché. Par conséquent, l’évaluation de la question n’est pas une « révision complète »; elle revêt plutôt un caractère préliminaire (*W. (G.)*, par. 20). Dans tous les cas où une cour d’appel se demande s’il y a lieu de soulever une nouvelle question, il serait inapproprié qu’elle entreprenne une évaluation approfondie de son bien-fondé à une étape où les parties ignorent encore qu’elle pourrait être soulevée. Toutefois, l’omission par la cour de soulever une nouvelle question ne risquera pas d’entraîner une injustice en l’absence d’indication préliminaire comme quoi il y a une bonne raison de croire qu’une erreur éventuelle identifiée aurait influé sur le résultat.

[48] Il est probable que, dans bien des cas, les questions identifiées par les cours d’appel ne satisferont pas au critère du « risque d’injustice ». Il en sera notamment ainsi lorsque les deux parties sont représentées par des avocats. En effet, rares seront les cas où les avocats des deux parties auront omis d’identifier une question qui aurait réaliste-ment influé sur le résultat.

b) *Autres considérations*

[49] Déterminer si l’omission de soulever une nouvelle question dans une affaire donnée risquerait d’entraîner une injustice relève certes du pouvoir discrétionnaire des cours d’appel; ce pouvoir n’est pas illimité pour autant.

[50] Premièrement, il va sans dire qu’une cour d’appel ne peut soulever une nouvelle question que si elle a compétence pour l’examiner. Une cour d’appel est un organisme créé par la loi et elle ne possède pas de compétence inhérente (voir *Kourtessis c. M.R.N.*, [1993] 2 R.C.S. 53, p. 69, le juge La Forest; et *W. (G.)*, par. 8). Par exemple, la compétence de la cour d’appel lorsque le ministère public fait appel d’un acquittement se limite à l’examen de questions de droit (*Code criminel*,

1985, c. C-46, ss. 676(1)(a) and 686(4)). If an appellate court would not have the jurisdiction to consider an issue raised by one of the parties, then the court cannot raise the issue as a new issue on appeal.

[51] Second, in order to raise a new issue, an appellate court must be satisfied that there is a sufficient basis in the record on which to resolve the issue. “[T]here is always the very real danger that the appellate record will not contain all of the relevant facts, or the trial judge’s view on some critical factual issue, or that an explanation that might have been offered in testimony by a party or one or more of its witnesses was never elicited” (*Performance Industries Ltd. v. Sylvan Lake Golf & Tennis Club Ltd.*, 2002 SCC 19, [2002] 1 S.C.R. 678, at para. 32). The new issue must be “manageable on the evidentiary record” (para. 33).

[52] Finally, an appellate court should consider whether there would be any procedural prejudice to either party. The procedures which should be followed when an appellate court exercises its discretion to raise a new issue are detailed further below. At this stage, it suffices to say that it will often be possible for appellate courts to ensure procedural fairness by adjusting the course of the appellate process, including granting an adjournment when an issue is identified at or in advance of a hearing or providing an opportunity for the parties to file written submissions. However, if the issue is raised in a way or at a stage that could result in procedural prejudice to either party, and such prejudice cannot be addressed through adjustments to the process, the appellate court cannot raise the issue.

(3) What Procedures Should Be Followed When an Appellate Court Exercises Its Discretion to Raise a New Issue?

[53] The risk of appellate courts appearing biased or partial will be reduced by the cautious exercise of

L.R.C. 1985, ch. C-46, al. 676(1)a) et par. 686(4)). Si une cour d’appel n’a pas compétence pour examiner une question soulevée par une des parties, elle ne peut la soulever en tant que nouvelle question en appel.

[51] Deuxièmement, pour soulever une nouvelle question, une cour d’appel doit être convaincue qu’il y a suffisamment d’éléments au dossier pour la trancher. « [I]l y a toujours un risque très réel que le dossier d’appel ne comporte pas tous les faits pertinents ou l’opinion du juge de première instance sur quelque question de fait cruciale, ou encore que n’ait jamais été obtenue une explication qui aurait pu être donnée par une partie ou par un ou plusieurs de ses témoins en déposant » (*Performance Industries Ltd. c. Sylvan Lake Golf & Tennis Club Ltd.*, 2002 CSC 19, [2002] 1 R.C.S. 678, par. 32). La nouvelle question doit « [pouvoir] être examinée[e] à la lumière de la preuve au dossier » (par. 33).

[52] Enfin, la cour d’appel doit se demander si l’une ou l’autre des parties subirait un préjudice d’ordre procédural advenant le cas où cette cour soulevait une nouvelle question. La procédure qui doit être suivie lorsqu’une cour d’appel exerce son pouvoir discrétionnaire de soulever une nouvelle question est précisée plus loin dans les présents motifs. À la présente étape, il suffit de dire qu’il lui sera souvent possible d’assurer l’équité procédurale en ajustant le cours du processus d’appel, notamment en accordant un ajournement lorsqu’une question est soulevée à l’audience ou avant celle-ci, ou en donnant aux parties l’occasion de déposer des observations par écrit. Toutefois, si la question est soulevée d’une façon — ou à une étape — susceptible de causer un préjudice d’ordre procédural à l’une ou l’autre des parties, et qu’un tel préjudice ne peut être écarté en modulant le processus, la cour d’appel ne peut soulever la question.

(3) Quelle procédure doit être suivie lorsqu’une cour d’appel exerce son pouvoir discrétionnaire de soulever une nouvelle question?

[53] Le risque qu’une cour d’appel paraisse avoir des préjugés ou un parti pris sera réduit par

the discretion to raise new issues, particularly when coupled with appropriate procedural safeguards. Requiring such safeguards ensures that there is no unfairness to the parties and no appearance of judicial partiality.

[54] The Crown submits that when an appellate court raises a new issue, there must be notification and opportunity to respond. I agree. With respect to notification, the court of appeal must make the parties aware that it has discerned a potential issue and ensure that they are sufficiently informed so they may prepare and respond. It goes without saying that all parties should be provided with proper notice. With respect to the response, there is no single model. As the Crown submitted, “the nature of the judicial issue and its relationship to the issues raised by the parties will determine whether counsel wishes to file further written argument, address the issue orally, or both” (R.F., para. 60).

[55] This approach is practical and recognizes that the appropriate procedure will vary depending on the context and the circumstances in a given case. For example, appellate courts may become aware of potential new issues at different points in time throughout the appeal process, including before, during or after the oral hearing. Requiring that strict procedural standards be followed would fail to recognize that the issue may arise in different circumstances in different cases.

[56] In my view, the following guidelines should be used to assist an appellate court in determining what the appropriate procedure should be on a case-by-case basis.

[57] First, notification of the new issue may occur before the oral hearing, or the issue may be raised during the oral hearing. If the issue is raised during the oral hearing, it may be necessary to grant an adjournment to ensure a full and fair hearing (*E.M.W.*, at para. 4). If the issue is raised prior

l’exercice prudent du pouvoir discrétionnaire de soulever de nouvelles questions, particulièrement lorsqu’y sont combinées des garanties procédurales appropriées. En exigeant de telles garanties, on fait en sorte que les parties ne subiront aucune inéquité et qu’il n’y aura aucune apparence de partialité judiciaire.

[54] Le ministère public plaide que lorsqu’une cour d’appel soulève une nouvelle question, les parties doivent en être notifiées et avoir l’occasion d’y répondre. Je suis d’accord. En ce qui concerne la notification, la cour d’appel doit aviser les parties qu’elle a identifié une question susceptible de se poser et veiller à ce que les parties en soient suffisamment informées pour qu’elles puissent se préparer et y répondre. Il va sans dire que toutes les parties doivent être dûment notifiées. Pour ce qui est de la réponse, il n’existe pas de modèle unique. Comme l’a plaidé le ministère public, [TRADUCTION] « la nature de la question posée par la cour et sa relation avec les questions soulevées par les parties détermineront si les procureurs souhaiteront déposer d’autres arguments écrits, traiter de la question oralement, ou faire les deux » (m.i., par. 60).

[55] Cette approche est pratique et tient compte du fait que la procédure appropriée variera en fonction du contexte et des circonstances d’une affaire donnée. Par exemple, la cour d’appel peut prendre connaissance d’éventuelles nouvelles questions à différentes étapes du processus d’appel, que ce soit avant, pendant ou après l’audience. Prescrire des normes de procédure rigoureuses ferait abstraction du fait que la question peut se présenter dans diverses situations selon les dossiers.

[56] À mon avis, les lignes directrices suivantes devraient aider les cours d’appel à décider de la procédure appropriée dans une affaire donnée.

[57] Premièrement, la notification de la nouvelle question peut se faire avant l’audience, ou la question être soulevée à l’audience. Dans ce dernier cas, il peut être nécessaire d’accorder un ajournement afin d’assurer une audition complète et équitable de la cause (*E.M.W.*, par. 4). Si la question est

to the oral hearing, the parties may request an adjournment of the hearing and an extension of the filing deadlines for further written argument. At all times, the court should raise the issue as soon as is practically possible after the issue crystallizes so as to avoid any undue delay in the proceedings.

[58] Second, I agree with the submission of the Crown that the notification should not contain too much detail, or indicate that the court of appeal has already formed an opinion; however, it must contain enough information to allow the parties to respond to the new issue. Ultimately, the adequate content of notice will have to be determined on a case-by-case basis. It will be dependent on a number of factors, including the complexity of the issue and the obviousness of the issue on the face of the record.

[59] Finally, I agree with the submission of the Crown that the requirements for the response will depend on the particular issue raised by the court. Counsel may wish to simply address the issue orally, file further written argument, or both. As the Crown in this case says, this determination is properly in the hands of both the court and the parties. In my view, the underlying concern should be ensuring that the court receives full submissions on the new issue. If a party asks to file written submissions before or after the oral hearing, in my view, there should be a presumption in favour of granting the request. The overriding consideration is that natural justice and the rule of *audi alteram partem* will have to be preserved. Both sides will have to have their responses considered.

[60] The intervener the Attorney General of Alberta argues that, where a new issue is raised, the judge or panel that raised the new issue should recuse itself and the panel should be reconstituted as necessary. I cannot agree. Requiring recusal in all cases would be an onerous procedural requirement that would result in significant delay and would not be economical for the parties or the courts. Recusal is not necessary in every case and the need for a

soulevée avant l'audience, les parties peuvent demander le report de l'audience et une prorogation des délais de dépôt d'arguments écrits supplémentaires. Dans tous les cas, la cour doit soulever la question dès qu'il est pratiquement possible de le faire après que la question se cristallise afin d'éviter tout retard indu dans le déroulement de l'instance.

[58] Deuxièmement, je pense, comme le ministère public, que la notification ne doit pas renfermer trop de détails ou indiquer que la cour d'appel s'est déjà formé une opinion. Toutefois, elle doit renfermer assez d'information pour permettre aux parties de répondre à la nouvelle question. En définitive, c'est au cas par cas qu'il faudra juger du contenu adéquat de l'avis; et cette décision dépendra de nombreux facteurs, notamment de la complexité de la question et de son caractère évident au regard du dossier.

[59] Enfin, je souscris à la prétention du ministère public selon laquelle les exigences relatives à la réponse dépendront de la question particulière soulevée par la cour. Les procureurs voudront peut-être simplement présenter des observations orales sur le sujet, ou plutôt déposer d'autres arguments écrits ou faire les deux. Comme l'affirme le ministère public en l'espèce, il appartient à la cour et aux parties de décider de ces questions. À mon avis, l'enjeu sous-jacent est de faire en sorte que la cour reçoive des observations complètes sur la nouvelle question. Si une partie demande à présenter des observations écrites avant ou après l'audience, j'estime qu'il doit y avoir une présomption en faveur de l'acceptation de la demande. Il importe avant tout de respecter la justice naturelle et la règle *audi alteram partem*. Il faudra prendre en compte les réponses des deux parties.

[60] Le procureur général de l'Alberta, intervenant, plaide que lorsqu'une nouvelle question est soulevée, le juge ou la formation qui l'a soulevée doit se récuser et que la formation doit être reconstituée au besoin. Je ne saurais être d'accord. Obliger un juge ou une formation à se récuser dans tous les cas serait une exigence procédurale onéreuse qui entraînerait des retards importants et qui ne serait économique ni pour les parties ni pour les

new judge or reconstituted panel should be determined on a case-by-case basis. Recusal should be rare and should be governed by the overriding consideration of whether the new issue or the way in which it was raised could lead to a reasonable apprehension of bias.

(4) Did the Court of Appeal Err in Raising a New Issue in This Case?

[61] In this case, the Court of Appeal raised a new issue on the question of improper cross-examination. This was a new issue on appeal because it was not raised by the parties, required notice of the issue in order to make informed submissions and was a new basis for potentially finding error in the decision under appeal. The Court of Appeal also invited comment on whether the grounds of appeal exposed an error of law enabling the Crown to appeal the acquittal. As Mr. Mian concedes, the question of jurisdiction was not a new issue because it went to the issue of the appellate court's jurisdiction and it was therefore properly raised. As discussed above, issues of jurisdiction form the backdrop of appellate litigation and will never constitute a new issue. The Court of Appeal did not comment on the "error of law" issue in its decision and dealt with the appeal entirely on the basis of the improper cross-examination issue.

[62] I conclude that the Court of Appeal erred in raising the new issue of improper cross-examination. Although appellate courts have the jurisdiction to raise new issues, the Court of Appeal did not appropriately raise the issue of improper cross-examination in this case.

[63] The raising of the new issue in this case fails at the second step: whether failing to raise the new

tribunaux. La récusation n'est pas nécessaire dans tous les cas et le besoin d'un nouveau juge ou d'une formation reconstituée doit être déterminé au cas par cas. La récusation devrait être rare et elle doit être régie par la considération prépondérante de savoir si la nouvelle question ou la façon dont elle a été soulevée pourrait susciter une crainte raisonnable de partialité.

(4) La Cour d'appel a-t-elle soulevé à tort une nouvelle question en l'espèce?

[61] En l'espèce, la Cour d'appel a soulevé une nouvelle question portant sur le caractère inapproprié d'un contre-interrogatoire. Il s'agissait d'une nouvelle question en appel puisqu'elle n'avait pas été soulevée par les parties, qu'il fallait en aviser ces dernières pour qu'elles puissent présenter des observations éclairées et qu'elle constituait un nouveau fondement sur lequel on pouvait s'appuyer pour conclure que la décision frappée d'appel était erronée. La Cour d'appel a également invité les parties à commenter la question de savoir si les moyens d'appel mettaient en lumière une erreur de droit qui permettait au ministère public d'interjeter appel de l'acquiescement. Comme le reconnaît M. Mian, la question de la compétence n'avait rien de nouveau, puisqu'elle concernait la compétence de la Cour d'appel et qu'elle avait donc été soulevée à bon droit. Rappelons que les questions de compétence forment la toile de fond de l'instance d'appel et qu'elles ne constituent jamais de nouvelles questions. La Cour d'appel n'a pas commenté la question de l'« erreur de droit » dans sa décision et elle a traité de l'appel strictement sur le fondement de la question du caractère inapproprié du contre-interrogatoire.

[62] Je conclus que la Cour d'appel a eu tort de soulever la nouvelle question du caractère inapproprié du contre-interrogatoire. Bien que les tribunaux d'appel aient compétence pour soulever de nouvelles questions, la Cour d'appel n'a pas soulevé à bon droit la question du caractère inapproprié du contre-interrogatoire en l'espèce.

[63] Au regard du deuxième critère, la nouvelle question n'aurait pas dû être soulevée. En effet, on

issue would risk an injustice. I do not agree with the Court of Appeal that the impugned question on cross-examination impacted the trial judge's decision. The error was not material and the result would not have been different had the trial judge not allowed the impugned cross-examination. The basis for the issue was one question asked in the course of the cross-examination of Detective Werth. The impugned exchange comprised two lines in the trial transcript. The question was not objected to at trial.

[64] First, there is nothing to indicate that the improper cross-examination factored into the decision-making process at all. Detective Werth's answer to the impugned question is not found in the trial judge's reasons. The trial judge's assessment of Detective Werth's credibility was based on several factors, including his "very cavalier" demeanour and the trial judge's impression that Detective Werth gave his evidence "in a manner intended to justify a direction he gave for the purpose of providing McGill and Dalziel with grounds to search the Malibu while disguising the true purpose for stopping and searching the vehicle in the first place" (para. 68).

[65] Second, even if the trial judge had relied on the impugned question, I am not convinced that this had any material bearing on the outcome so as to raise a realistic risk of an injustice. It is significant that the improper question was put to a Crown witness, rather than Mr. Mian. As he argues, this was not a case where an accused was asked to testify before a jury as to the veracity of another witness's evidence, thus undermining the presumption of innocence. It is difficult to see how this single question put to a Crown witness created a realistic risk of injustice.

[66] Finally, the question was not objected to at the time. As the Manitoba Court of Appeal noted

ne saurait prétendre que l'omission de la soulever risquait d'entraîner une injustice. En effet, je ne suis pas d'accord avec la Cour d'appel pour dire que la question contestée du contre-interrogatoire a influé sur la décision du juge du procès. L'erreur n'était pas substantielle et le résultat n'aurait pas été différent si le juge du procès n'avait pas autorisé le contre-interrogatoire contesté. La nouvelle question soulevée avait pour fondement une seule question posée au cours du contre-interrogatoire du détective Werth. L'échange contesté portait sur deux lignes de la transcription du procès. La question n'a pas été contestée au procès.

[64] D'abord, rien n'indique que le contre-interrogatoire inapproprié a même été pris en compte dans le processus décisionnel. On ne trouve nulle part dans les motifs du juge du procès la réponse du détective Werth à la question contestée. Le juge du procès s'est fondé sur plusieurs facteurs pour juger de la crédibilité de ce témoin, notamment sur son attitude [TRADUCTION] « très cavalière » et sur l'impression qu'a eu le juge du procès qu'il a livré son témoignage « d'une manière qui visait à justifier un ordre qu'il avait donné dans le but de fournir aux agents McGill et Dalziel un motif de fouiller la Malibu tout en dissimulant le véritable but de l'interception et de la fouille du véhicule au départ » (par. 68).

[65] Ensuite, même si le juge du procès s'était effectivement appuyé sur la question contestée, je ne suis pas convaincu que cela aurait eu une incidence significative sur le résultat, au point de soulever un risque réaliste d'injustice. Fait important, la question inappropriée a été posée à un témoin du ministère public, plutôt qu'à M. Mian. Comme le plaide ce dernier, il ne s'agissait pas d'un cas où l'on a demandé à un accusé de témoigner devant un jury quant à la véracité de la preuve d'un autre témoin, minant ainsi la présomption d'innocence. Il est difficile de voir en quoi cette seule question posée à un témoin du ministère public a pu créer un risque réaliste d'injustice.

[66] Enfin, la question n'a pas été contestée au procès. Comme l'a souligné la Cour d'appel du

in *R. v. Kociuk*, 2011 MBCA 85, 270 Man. R. (2d) 170, *per* Chartier J.A. (as he then was):

. . . the fact that experienced counsel at trial, and on appeal, were of the view that it was not sufficiently important to warrant an objection at trial or to be a ground on appeal is not an irrelevant consideration. Not only does it speak to the overall satisfactoriness of the jury charge on this issue, it also says something about the gravity of any omissions in the eyes of defence counsel . . . [para. 86]

In the present case, the fact that the Crown neither objected to the impermissible question nor raised it as an issue on appeal suggests that the question did not have a serious effect on the outcome of the *voir dire*.

[67] As not raising the issue of the impugned cross-examination would not have risked an injustice, it follows that the Court of Appeal erred in raising the issue.

[68] As the Court of Appeal erred in raising the new issue, it is not necessary to go on to determine whether the procedure it followed was unfair. However, as Mr. Mian argued the issue of procedural fairness before this Court, a few comments are warranted.

[69] Mr. Mian bases his argument on the fact that the Court of Appeal required Mr. Mian, the respondent in the appeal, to file his supplementary factum on the new issues before the Crown, the appellant. Although in the usual course, the appellant will be required to file submissions first, I am of the view that the procedure adopted by the Court of Appeal was fair. The parties were notified of the issues in advance of the oral hearing and the notice called the parties' attention to the issues and provided a list of authorities for comment. Both parties had the opportunity to address the issues and neither sought to adjourn the oral hearing. When counsel for Mr. Mian requested the opportunity to file written submissions on the issues raised by the Court of Appeal, the request

Manitoba dans *R. c. Kociuk*, 2011 MBCA 85, 270 Man. R. (2d) 170, le juge Chartier (maintenant juge en chef) :

[TRADUCTION] . . . le fait que des avocats d'expérience, au procès et en appel, fussent d'avis que cette question ne fût pas suffisamment importante pour justifier une objection au procès ou pour constituer un moyen en appel n'est pas dénué de pertinence. Ce fait nous éclaire non seulement sur le caractère satisfaisant dans l'ensemble des directives au jury sur cette question, il nous dit également quelque chose sur la gravité d'omissions éventuelles, aux yeux de l'avocat de la défense . . . [par. 86]

En l'espèce, le fait que le ministère public n'ait pas contesté la question inacceptable et qu'il ne l'ait pas soulevée non plus comme moyen d'appel laisse entendre que la question n'avait pas eu d'incidence grave sur l'issue du voir-dire.

[67] Puisque le fait de ne pas soulever la question du contre-interrogatoire contesté n'aurait pas risqué d'entraîner une injustice, il s'ensuit que la Cour d'appel a eu tort de soulever la question.

[68] Puisque la Cour d'appel a eu tort de soulever la nouvelle question, il n'est pas nécessaire de poursuivre l'analyse pour déterminer si la procédure qu'elle a suivie était injuste. Toutefois, puisque M. Mian a plaidé la question de l'équité procédurale devant la Cour, il convient de faire quelques commentaires.

[69] Au soutien de son argument, M. Mian fait valoir que la Cour d'appel lui avait demandé, alors qu'il était intimé en appel, de déposer son mémoire supplémentaire sur les nouvelles questions avant le ministère public, l'appelant. Bien que dans le cours normal d'un pourvoi, l'appelant soit tenu de déposer ses observations en premier, j'estime que la procédure adoptée par la Cour d'appel était équitable. Les parties ont été notifiées des questions avant l'audience et l'avis attirait leur attention sur celles-ci en plus de leur fournir une liste de décisions pour commentaire. Les deux parties ont eu l'occasion de traiter des questions en cause et ni l'une ni l'autre n'a demandé le report de l'audience. Lorsque l'avocat de M. Mian a demandé que lui soit accordée l'occasion de déposer des

was granted. Counsel for Mr. Mian did not complain about the filing requirements set out by the Court of Appeal.

[70] Having the respondent file submissions first was unorthodox, particularly in view of the fact that the Crown had the burden to show a legal error that had a material bearing on the acquittal. I would not endorse this approach. However, it is difficult to say that prejudice resulted. The Court of Appeal received full submissions from both parties, both orally and in writing. The procedure adopted, while not perfect, was fair (see *Canada (Citizenship and Immigration) v. Harkat*, 2014 SCC 37, [2014] 2 S.C.R. 33, at para. 43; and *Ruby v. Canada (Solicitor General)*, 2002 SCC 75, [2002] 4 S.C.R. 3, at para. 46).

B. *The Exclusion of Evidence*

[71] As the Court of Appeal erred in allowing the appeal against acquittal and ordering a new trial on the basis of one of the new issues raised by the court, it must be determined whether there should be a new trial on the grounds of appeal advanced by the Crown before the Court of Appeal — namely, that the trial judge erred in finding violations of s. 10(a) and (b) of the *Charter* and that the trial judge erred in his s. 24(2) *Charter* analysis and ultimate decision to exclude the evidence.

(1) Were Mr. Mian’s Section 10 Rights Breached?

[72] In my view, there is no basis to overturn the trial judge’s conclusion that Mr. Mian’s s. 10 *Charter* rights were breached.

[73] The Crown argues that the police officers’ 22-minute delay in complying with the informational duties under s. 10 of the *Charter* was justified by exceptional circumstances. Specifically,

observations écrites quant à la question soulevée par la Cour d’appel, la demande a été accueillie. En outre, il ne s’est pas plaint des exigences en matière de dépôt fixées par la Cour d’appel.

[70] Il n’était pas orthodoxe de demander à l’intimé de déposer ses observations en premier, d’autant plus qu’il appartenait au ministère public de prouver qu’une erreur de droit avait eu une incidence significative sur le verdict d’acquittal. Je ne préconiserais pas cette approche. Cela dit, il est difficile de prétendre qu’il en a résulté un préjudice. La Cour d’appel a reçu des observations complètes des deux parties, oralement et par écrit. La procédure adoptée, bien qu’imparfaite, était équitable (voir *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Harkat*, 2014 CSC 37, [2014] 2 R.C.S. 33, par. 43; et *Ruby c. Canada (Solliciteur général)*, 2002 CSC 75, [2002] 4 R.C.S. 3, par. 46).

B. *L’exclusion de la preuve*

[71] Puisque la Cour d’appel a eu tort d’accueillir l’appel de l’acquittal et d’ordonner la tenue d’un nouveau procès sur le fondement d’une des nouvelles questions qu’elle a soulevées, il faut déterminer s’il doit y avoir un nouveau procès fondé sur les moyens d’appel plaidés par le ministère public en Cour d’appel — à savoir que le juge du procès a eu tort de conclure qu’il y avait eu des violations des al. 10(a) et (b) de la *Charte* et que le juge du procès avait commis une erreur dans son analyse fondée sur le par. 24(2) de la *Charte* et dans sa décision subséquente d’exclure des éléments de preuve.

(1) Les droits que garantit l’art. 10 à M. Mian ont-ils été violés?

[72] À mon avis, rien ne permet d’infirmar la conclusion du juge du procès selon laquelle les droits que garantit l’art. 10 de la *Charte* à M. Mian ont été violés.

[73] Le ministère public plaide que le délai de 22 minutes qui s’est écoulé avant que les policiers se conforment aux obligations d’information prescrites par l’art. 10 de la *Charte* était

the Crown submits that a more transparent drug arrest would have compromised the integrity of the separate ongoing wiretap investigation into gang violence.

[74] The Crown concedes that to accept this argument would constitute an extension of the circumstances in which s. 10 rights may be suspended. As the Crown in this case recognizes, “[n]one of the jurisprudence has considered the precise situation presented here” (R.F., at para. 81). I accept that the jurisprudence does recognize that compliance with the s. 10(b) informational rights may be suspended in exceptional circumstances (see *R. v. Manninen*, [1987] 1 S.C.R. 1233, at p. 1244; and *R. v. Strachan*, [1988] 2 S.C.R. 980, at pp. 998-99). However, it is not necessary to decide in this case whether the need to protect the integrity of a separate, ongoing investigation is an exceptional circumstance which may justify the suspension of the s. 10(b) rights. Nor is it necessary to determine whether exceptional circumstances can delay the implementation of s. 10(a) rights. Even if they could, exceptional circumstances do not arise on the facts as found by the trial judge in this case.

[75] The trial judge found as a fact that there was insufficient evidence to support the assertion that immediate compliance with s. 10 of the *Charter* would have compromised the broader investigation. The trial judge acknowledged that Detective Werth testified that the delay was due to concerns about compromising the ongoing investigation. However, the judge went on to find that there was no evidence about why simply advising Mr. Mian of the reason for his arrest or informing him of his right to counsel would have frustrated the ongoing investigation of Chelmick and other gang members. Ultimately, the trial judge found that there was no evidence of a “real and present danger that the operation would be frustrated or compromised” (para. 86). The Crown has not established a legal basis for assailing these factual findings. Crown appeals from acquittals are restricted to questions of law. Findings of fact can only be undermined in limited situations, not

justifié par des circonstances exceptionnelles. Plus précisément, le ministère public prétend qu’une arrestation plus transparente pour trafic de drogue aurait compromis l’intégrité de l’enquête distincte en cours, menée par écoute électronique, sur la violence des gangs.

[74] Le ministère public admet que si l’on acceptait cet argument, on se trouverait à élargir les circonstances dans lesquelles les droits garantis par l’art. 10 peuvent être suspendus. Comme le ministère public le reconnaît en l’espèce, [TRADUCTION] « [I]a situation précise qui se présente ici n’est traitée nulle part dans la jurisprudence » (m.i., par. 81). Je conviens que la jurisprudence reconnaît la possibilité de suspendre les droits à l’information que garantit l’al. 10b) dans des circonstances exceptionnelles (voir *R. c. Manninen*, [1987] 1 R.C.S. 1233, p. 1244; et *R. c. Strachan*, [1988] 2 R.C.S. 980, p. 998-999). Toutefois, en l’espèce, il n’est pas nécessaire de décider si le besoin de protéger l’intégrité d’une enquête distincte en cours constitue une circonstance exceptionnelle de ce type. Il n’est pas non plus nécessaire de déterminer si des circonstances exceptionnelles pourraient retarder la mise en œuvre des droits que garantit l’al. 10a). Même si c’était le cas, les faits constatés par le juge du procès ne constituent nullement des circonstances exceptionnelles.

[75] Selon le juge du procès, la preuve était insuffisante pour étayer l’assertion selon laquelle l’enquête plus large aurait été compromise s’il avait été immédiatement satisfait aux obligations découlant de l’art. 10 de la *Charte*. Le juge du procès a reconnu que le détective Werth avait affirmé dans son témoignage que le délai avait découlé du souci de ne pas compromettre l’enquête en cours. Toutefois, le juge a poursuivi en concluant qu’aucun élément de preuve ne permettait d’expliquer pourquoi le simple fait d’informer M. Mian des motifs de son arrestation ou de son droit à l’assistance d’un avocat aurait nui à l’enquête en cours sur M. Chelmick et d’autres membres de la bande. Ultimement, le juge du procès a conclu qu’il n’y avait aucune preuve de l’existence d’un [TRADUCTION] « danger réel et actuel de nuire à l’opération ou de la compromettre » (par. 86). Le ministère public n’a pas établi de fondement

applicable in this case, where the trial judge's alleged shortcomings in assessing the evidence give rise to an error of law (see *Criminal Code*, s. 676(1)(a); and *R. v. J.M.H.*, 2011 SCC 45, [2011] 3 S.C.R. 197, at paras. 24-39, *per* Cromwell J.).

[76] Accordingly, there were no exceptional circumstances to justify the delay by the police in complying with their s. 10 informational duties. There is no reason to disturb the trial judge's conclusion that s. 10(a) and (b) of the *Charter* were infringed.

(2) Did the Trial Judge Err in Excluding the Evidence Under Section 24(2)?

[77] It is well established that the determinations of trial judges as to what would bring the administration of justice into disrepute having regard to all of the circumstances will be reviewed deferentially: "Where a trial judge has considered the proper factors and has not made any unreasonable finding, his or her determination is owed considerable deference on appellate review" (*R. v. Côté*, 2011 SCC 46, [2011] 3 S.C.R. 215, at para. 44, *per* Cromwell J.). Applying that standard in this case, there is no basis for overturning the trial judge's decision to exclude the evidence under s. 24(2) of the *Charter*. Although the Crown argues that the trial judge committed serious legal errors in his s. 24(2) analysis, the Crown's arguments amount to attacks on the trial judge's findings of fact and his ultimate assessment under s. 24(2) of the *Charter*. It is significant that this case involved a Crown appeal from an acquittal, which limits the Crown's challenge to the decision of the trial judge to questions of law.

juridique pour attaquer ces conclusions de fait. Les appels d'acquittements interjetés par le ministère public se limitent aux questions de droit. Les conclusions de fait ne peuvent être remises en cause que dans des situations limitées — qui ne se présentent pas en l'espèce — où des lacunes dont souffre l'appréciation de la preuve par le juge du procès constituent une erreur de droit (voir *Code criminel*, al. 676(1)a); et *R. c. J.M.H.*, 2011 CSC 45, [2011] 3 R.C.S. 197, par. 24-39, le juge Cromwell).

[76] Par conséquent, il n'existait aucune circonstance exceptionnelle qui justifiait le retard des policiers à se conformer aux obligations d'information prescrites par l'art. 10. Il n'y a aucune raison de modifier la conclusion du juge du procès selon laquelle les al. 10a) et b) de la *Charte* ont été violés.

(2) Le juge du procès a-t-il eu tort d'exclure des éléments de preuve en application du par. 24(2)?

[77] Il est bien établi que la détermination, par le juge du procès, de ce qui, suivant le par. 24(2), est susceptible de déconsidérer l'administration de justice eu égard aux circonstances, sera contrôlée avec déférence : « Lorsque le juge du procès a pris en compte les considérations applicables et n'a tiré aucune conclusion déraisonnable, sa décision justifie une grande déférence en appel » (*R. c. Côté*, 2011 CSC 46, [2011] 3 R.C.S. 215, par. 44, le juge Cromwell). Appliquant cette norme en l'espèce, il n'y a aucune raison d'infirmar la décision qu'a prise le juge du procès d'exclure des éléments de preuve en application du par. 24(2) de la *Charte*. Même si le ministère public plaide que le juge du procès a commis des erreurs de droit graves dans son analyse fondée sur le par. 24(2), ses arguments reviennent à des contestations de conclusions de fait tirées par le juge du procès et de son appréciation ultime en application du par. 24(2) de la *Charte*. Il s'agit d'un élément important parce que la présente affaire concerne l'appel d'un acquittement interjeté par le ministère public dont les moyens d'appel de la décision du juge du procès doivent se limiter aux questions de droit.

(a) *The Grant Test for Exclusion of Evidence Under Section 24(2)*

[78] Under s. 24(2) of the *Charter*, evidence obtained in a manner that infringed or denied *Charter* rights will be excluded if it is established that, having regard to all of the circumstances, the admission of the evidence would bring the administration of justice into disrepute. In *Grant*, this Court held that a s. 24(2) analysis requires the court to assess and balance the following factors: (1) the seriousness of the *Charter* breach; (2) the impact of the breach on the protected interests of the accused; and (3) society's interest in the adjudication of the case on its merits (para. 71). The trial judge applied this test and, as detailed below, did not make any unreasonable findings.

(i) The Seriousness of the *Charter* Breach

[79] The Crown argues that the seriousness of the breach was lessened because of the extenuating circumstances of an ongoing investigation. The Crown argues that the police delayed informing Mr. Mian of the reason for his arrest and his right to counsel in order to avoid compromising an investigation, thus mitigating the seriousness of the *Charter* breach.

[80] The Crown emphasizes the fact that the delay was “only 22 minutes” and describes this delay as “minor” (R.F., at para. 99). Although 22 minutes may be “minor” in some circumstances, in the context of this case it was significant. In this case, there was evidence that Mr. Mian was questioned while in the police vehicle at a point in time at which his s. 10 rights still had not been complied with (*voir dire* reasons, at para. 98). Although the Crown did not seek to introduce any statements that Mr. Mian may have made at that time, the questioning of Mr. Mian indicates the seriousness of the delay. The significance of the passage of time is heightened in the circumstances of this case, where the trial judge found that there was no valid reason for the delay and that there were

a) *Le test de l'arrêt Grant relatif à l'exclusion d'éléments de preuve en application du par. 24(2)*

[78] En application du par. 24(2) de la *Charte*, des éléments de preuve obtenus dans des conditions qui portent atteinte aux droits ou aux libertés garantis par la *Charte* sont écartés, s'il est établi, eu égard aux circonstances, que leur admission est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Dans *Grant*, la Cour a statué qu'une analyse fondée sur le par. 24(2) obligeait le tribunal à évaluer et à mettre en balance les facteurs suivants : (1) la gravité de la violation de la *Charte*; (2) l'incidence de la violation sur les droits garantis de l'accusé; et (3) l'intérêt de la société à ce que l'affaire soit jugée au fond (par. 71). Le juge du procès a appliqué ce test et, comme je l'explique en détail ci-après, il n'a pas tiré de conclusions déraisonnables.

(i) La gravité de la violation de la *Charte*

[79] Le ministère public prétend que la gravité de la violation a été réduite en raison des circonstances atténuantes d'une enquête en cours. Il plaide aussi que les policiers ont tardé à informer M. Mian de la raison de son arrestation et de son droit à l'assistance d'un avocat pour éviter de compromettre une enquête, ce qui réduit la gravité de la violation de la *Charte*.

[80] Le ministère public insiste sur le fait que le délai n'a été que [TRADUCTION] « de 22 minutes » et il qualifie ce délai de « mineur » (m.i., par. 99). Bien qu'un délai de 22 minutes puisse être « mineur » dans certaines circonstances, dans le cas considéré en l'espèce, il était important. En effet, la preuve révèle que M. Mian a été interrogé pendant qu'il se trouvait dans la voiture de police alors que les droits que lui garantit l'art. 10 n'avaient pas encore été respectés (motifs sur le voir-dire, par. 98). Même si le ministère public n'a pas tenté de mettre en preuve des déclarations que M. Mian a pu faire à ce moment-là, l'interrogatoire de M. Mian témoigne de la gravité du retard. L'importance de l'écoulement du temps est amplifiée par les circonstances de l'espèce, où le juge du procès a conclu qu'aucun

numerous opportunities for the police officers to advise Mr. Mian of the reason for his detention and his right to retain and instruct counsel (*ibid.*, at para. 94).

[81] This does not mean that the seriousness of a delay will never be mitigated by extenuating circumstances. Indeed, in an appropriate case, where a *Charter* breach has been found, a delay of more than 22 minutes may well be justified. In this case, however, these arguments are impermissible attempts to undermine the factual findings of the trial judge.

[82] First, in *Grant*, this Court recognized that “[e]xtenuating circumstances, such as the need to prevent the disappearance of evidence, may attenuate the seriousness of police conduct that results in a *Charter* breach” (para. 75). However, in this case, the trial judge found that once Mr. Mian was out of his vehicle, there could not have been any concern for the destruction or loss of any evidence in the vehicle. Second, the trial judge found that Detective Werth had instructed Constables McGill and Dalziel that if they could not establish their own grounds to arrest the driver of the Malibu, there were already grounds to arrest the driver which they could rely upon. Finally, the trial judge found as a fact that “[t]here was no evidence of a real and present danger that the operation would be frustrated or compromised if Mian was immediately advised of the reason for his arrest” or of “his right to retain and instruct counsel” (para. 86). In view of these factual findings which were open to the trial judge, I am unable to accept the Crown’s argument that the extenuating circumstances of the ongoing investigation were sufficiently significant to lessen the seriousness of the breach.

[83] The Crown further submits that the breach was not serious because there was a lack of a *causal* connection between the breach and the discovery of the evidence. However, a *causal* connection or lack

motif valable ne justifiait le délai et que les policiers avaient eu de nombreuses occasions d’informer M. Mian du motif de sa détention et de son droit d’avoir recours à l’assistance d’un avocat (*ibid.*, par. 94).

[81] Cela ne veut pas dire que la gravité d’un délai ne sera jamais réduite par des circonstances atténuantes. En effet, dans une situation appropriée, lorsqu’une violation de la *Charte* est constatée, un délai de plus de 22 minutes pourrait très bien être justifié. Cependant, en l’espèce, ces arguments sont des tentatives inacceptables de miner les conclusions de fait du juge du procès.

[82] Premièrement, dans *Grant*, la Cour a reconnu que « des circonstances atténuantes, telle la nécessité d’empêcher la disparition d’éléments de preuve, [pouvaient réduire] la gravité d’actions policières contraires à la *Charte* » (par. 75). Toutefois, en l’espèce, le juge du procès a conclu que dès que M. Mian s’est trouvé à l’extérieur de son véhicule, on ne pouvait pas s’inquiéter de la destruction ou de la perte d’éléments de preuve dans le véhicule. Deuxièmement, le juge du procès a conclu que le détective Werth avait dit aux agents McGill et Dalziel que s’ils ne pouvaient pas établir leurs propres motifs pour arrêter le conducteur de la Malibu, il existait déjà des motifs d’arrestation sur lesquels ils pouvaient s’appuyer. Enfin, le juge du procès a conclu [TRADUCTION] « que la preuve ne révélait aucun danger réel et actuel de nuire ou de compromettre l’opération si M. Mian avait été immédiatement informé du motif de son arrestation » ou de « son droit d’avoir recours à l’assistance d’un avocat » (par. 86). Compte tenu de ces conclusions de fait qu’il était loisible au juge du procès de tirer, je ne puis accepter l’argument du ministère public selon lequel les circonstances atténuantes de l’enquête en cours étaient suffisamment importantes pour réduire la gravité de la violation.

[83] Le ministère public prétend en outre que la violation n’était pas grave, faute de lien de *causalité* entre la violation et la découverte des éléments de preuve. Toutefois, un lien de *causalité*,

thereof is not determinative. This Court has confirmed that a *causal* connection is not necessary in order to engage s. 24(2) of the *Charter* (*Strachan*, at pp. 1000-1002). Indeed, the Crown concedes that a *temporal* connection is in theory sufficient to engage s. 24(2). Moreover, the first line of inquiry in the *Grant* analysis is concerned with the police conduct, and is not focused on the connection or lack thereof between the police conduct and the evidence (*Grant*, at paras. 72-73; see also *Côté*, at para. 71).

[84] At the stage of assessing the seriousness of the breach, deliberate and egregious state conduct favours the exclusion of the evidence: “In order to determine the effect of admission of the evidence on public confidence in the justice system, the court on a s. 24(2) application must consider the seriousness of the violation, viewed in terms of the gravity of the offending conduct by state authorities whom the rule of law requires to uphold the rights guaranteed by the *Charter*” (*Grant*, at para. 73 (emphasis added)). In this case, the trial judge found that the *Charter* breaches were “extremely serious and deliberate” (para. 96) due to the “number of opportunities” (para. 94) that Constables McGill and Dalziel had to advise Mr. Mian of the reason for his detention and because “[t]here was no evidence . . . as to how simply providing Mian with this information would have created a real and present danger of compromising the ongoing investigation” (para. 96). These were findings of fact, entitled to deference.

[85] In my view, the trial judge did not consider improper factors, or ignore proper factors, at the first stage of the *Grant* analysis. There is no reason to disturb his findings that this first stage of the analysis weighs in favour of excluding the evidence.

ou l’absence d’un tel lien, n’est pas concluant. La Cour a confirmé qu’un lien de causalité n’est pas nécessaire pour faire entrer en jeu le par. 24(2) de la *Charte* (*Strachan*, p. 1000-1002). D’ailleurs, le ministère public reconnaît qu’un lien *temporel* est suffisant en principe pour ce faire. Qui plus est, la première question à se poser dans le cadre de l’analyse de l’arrêt *Grant* a pour objet la conduite des policiers, et non le lien ou l’absence de lien entre leur conduite et les éléments de preuve (*Grant*, par. 72-73; voir aussi *Côté*, par. 71).

[84] À l’étape de l’évaluation de la gravité de la violation, le caractère délibéré et inacceptable de la conduite de l’État favorise l’exclusion de la preuve : « Pour évaluer l’effet de l’utilisation d’éléments de preuve sur la confiance du public envers le système de justice, le tribunal saisi d’une demande fondée sur le par. 24(2) doit examiner l’importance de l’atteinte sous l’angle de la gravité de la conduite répréhensible des autorités étatiques qui, en vertu du principe de la primauté du droit, sont tenues de respecter les droits garantis par la *Charte* » (*Grant*, par. 73 (je souligne)). En l’espèce, le juge du procès a conclu que les violations de la *Charte* étaient [TRADUCTION] « extrêmement graves et délibérées » (par. 96) compte tenu du « grand nombre d’occasions » (par. 94) qu’avaient eues les agents McGill et Dalziel d’informer M. Mian de la raison de sa détention et parce que « aucun élément de preuve [. . .] ne révélait en quoi le simple fait de fournir ces renseignements à M. Mian était susceptible de créer un danger réel et actuel de compromettre l’enquête en cours » (par. 96). Il s’agissait là de conclusions de fait, envers lesquelles la déférence est de mise.

[85] À mon avis, le juge de première instance n’a pas considéré de facteurs inappropriés ni fait abstraction de facteurs appropriés à la première étape du cadre d’analyse énoncé dans l’arrêt *Grant*. Il n’y a aucune raison de modifier ses conclusions selon lesquelles la première étape de l’analyse milite en faveur de l’exclusion des éléments de preuve.

(ii) The Impact of the Breach on the Protected Rights of the Accused

[86] The Crown argues that “the trial judge erred by overstating the impact of the breach on the *Charter*-protected interests of the accused” (R.F., at para. 100). The basis for this argument is that Mr. Mian “had to wait for constitutionally required advice for 22 minutes, not several hours. He was not subjected to any lengthy interrogation” (R.F., at para. 103).

[87] However, as explained above, the trial judge’s assessment of the *Grant* factors in light of the facts of the case is to be afforded considerable deference by an appellate court. The Crown’s arguments are an attack on the judge’s assessment of the facts and do not point to an error of law. In addition, while the trial judge found that the impact on Mr. Mian’s rights with respect to the failure to advise him of the reason for his detention or of his right to counsel would have weighed in favour of excluding any statements that the Crown may have tried to introduce, the Crown did not seek to introduce such evidence. Moreover, with respect to non-bodily physical evidence, the trial judge found that the s. 10 *Charter* violations had little impact on Mr. Mian’s privacy interest in the contents of his car, in part because of the lack of causal connection between the breach and the evidence. It was appropriate to consider the causal connection at this stage (*Grant*, at para. 122). In this context, it is difficult to see how the trial judge could be said to have overstated the impact of the breach on Mr. Mian’s *Charter*-protected interests. I do not see any reason to disturb the trial judge’s findings with respect to the second *Grant* factor.

(ii) L’incidence de la violation sur les droits garantis de l’accusé

[86] Le ministère public prétend que [TRADUCTION] « le juge du procès s’est trompé en exagérant l’incidence de la violation sur les droits que la *Charte* garantit à l’accusé » (m.i., par. 100). Au soutien de cet argument, le ministère public fait valoir que M. Mian « a dû attendre 22 minutes — et non plusieurs heures — avant d’obtenir les renseignements dont la transmission est prescrite par la Constitution. Il n’a pas été soumis à un long interrogatoire » (m.i., par. 103).

[87] Toutefois, comme je l’ai expliqué précédemment, une cour d’appel doit faire preuve d’une grande déférence à l’égard de l’appréciation faite par le juge du procès des facteurs examinés dans *Grant* à la lumière des faits de la cause. En fait, les arguments du ministère public constituent une attaque contre l’appréciation des faits par le juge et non une prétention d’erreur de droit. De plus, alors que le juge du procès a conclu que l’incidence sur les droits de M. Mian en ce qui concerne l’omission de l’avoir informé du motif de sa détention ou de son droit à l’assistance d’un avocat aurait milité en faveur de l’exclusion de déclarations que le ministère public aurait pu tenter d’introduire, le ministère public n’a pas cherché à introduire de tels éléments de preuve. Qui plus est, en ce qui a trait aux éléments de preuve matérielle non corporelle, le juge du procès a conclu que les violations de l’art. 10 de la *Charte* avaient eu peu d’incidence sur le droit au respect de la vie privée de M. Mian à l’égard du contenu de sa voiture, notamment en raison de l’absence de lien de causalité entre la violation et l’élément de preuve. Il était approprié d’examiner le lien de causalité à cette étape (*Grant*, par. 122). Dans ce contexte, il est difficile de voir en quoi le juge du procès aurait exagéré l’incidence de la violation sur les droits que la *Charte* garantit à M. Mian. Je ne vois aucune raison de modifier les conclusions du juge du procès à l’égard du deuxième facteur dont *Grant* prescrit l’examen.

(iii) Society's Interest in the Adjudication of the Case on Its Merits

[88] The Crown argues that the trial judge erred by concluding that the reliability and importance of the evidence were offset by Detective Werth's attempt to mislead the court. I agree that misleading police testimony is properly considered under the first *Grant* factor. However, the *Grant* test is a flexible and imprecise balancing exercise (see *Grant*, at paras. 85-86). The question is whether the trial judge considered the proper factors. In this case, the trial judge did exactly that. The trial judge held that the lack of a causal connection between the breach and the evidence, the minimal impact of the breach on Mr. Mian's privacy rights, the reliability of the evidence, and the seriousness of the offence favoured admission of the evidence. He also held that the egregious and deliberate state conduct, the lack of a valid reason for the *Charter* breach, and the misleading state conduct favoured exclusion of the evidence. On balance, the judge concluded that society's interest in the adjudication of the case on its merits was outweighed by the wilful and flagrant state conduct and the attempts to mislead the court. This conclusion was not unreasonable.

(b) *Conclusion on the Admissibility of the Evidence*

[89] In view of the deferential standard of review on appeal and because the Crown's arguments with respect to the trial judge's s. 24(2) findings amount to an attack on the trial judge's findings of fact, this Court cannot interfere with the trial judge's s. 24(2) analysis.

VI. Conclusion

[90] The appeal is allowed and the trial judge's verdict acquitting Mr. Mian is restored.

(iii) L'intérêt de la société à ce que l'affaire soit jugée au fond

[88] Le ministère public soutient que le juge du procès a eu tort de conclure que la fiabilité et l'importance des éléments de preuve avaient été neutralisées par la tentative du détective Werth d'induire la cour en erreur. Je suis d'accord pour dire qu'il faut faire l'analyse du témoignage trompeur d'un policier dans le cadre de l'examen du premier facteur de *Grant*. Toutefois, le test énoncé dans cet arrêt est un exercice souple et imprécis de recherche d'équilibre (voir *Grant*, par. 85-86). Il s'agit de savoir si le juge du procès a examiné les bons facteurs. En l'espèce, c'est exactement ce qu'il a fait. En effet, il a statué que l'absence de lien de causalité entre la violation et les éléments de preuve, l'incidence minimale de la violation sur les droits à la vie privée de M. Mian, la fiabilité de la preuve et la gravité de l'infraction militaient en faveur de l'admission des éléments de preuve. Il a également statué que la conduite délibérée et inacceptable de l'État, l'absence de justification valable pour la violation de la *Charte* et la conduite trompeuse de l'État militaient en faveur de l'exclusion de la preuve. Globalement, le juge a conclu que la conduite délibérée et flagrante de l'État et les tentatives de tromper la Cour pesaient plus lourd que l'intérêt de la société à ce que l'affaire soit jugée au fond. Cette conclusion n'était pas déraisonnable.

(b) *Conclusion sur l'admissibilité des éléments de preuve*

[89] Compte tenu de la norme de contrôle qui commande la déférence en appel et parce que les arguments du ministère public à l'égard des conclusions du juge du procès en application du par. 24(2) équivalent à une contestation des conclusions de fait du juge du procès, la Cour ne peut intervenir dans l'analyse du juge du procès fondée sur le par. 24(2).

VI. Conclusion

[90] Le pourvoi est accueilli et le verdict prononcé par le juge du procès acquittant M. Mian est rétabli.

Appeal allowed.

Solicitors for the appellant: Sprake Song & Konye, Vancouver.

Solicitor for the respondent: Public Prosecution Service of Canada, Edmonton.

Solicitor for the intervener: Attorney General of Alberta, Calgary.

Pourvoi accueilli.

Procureurs de l'appelant : Sprake Song & Konye, Vancouver.

Procureur de l'intimée : Service des poursuites pénales du Canada, Edmonton.

Procureur de l'intervenant : Procureur général de l'Alberta, Calgary.

Bank of Montreal *Appellant*

v.

**Réal Marcotte, Bernard Laparé,
Attorney General of Quebec and
President of the Office de la
protection du consommateur**
Respondents

- and -

Citibank Canada *Appellant*

v.

**Réal Marcotte, Bernard Laparé,
Attorney General of Quebec and
President of the Office de la protection
du consommateur** *Respondents*

- and -

Toronto-Dominion Bank *Appellant*

v.

**Réal Marcotte, Bernard Laparé,
Attorney General of Quebec and
President of the Office de la protection
du consommateur** *Respondents*

- and -

National Bank of Canada *Appellant*

v.

**Réal Marcotte, Bernard Laparé,
Attorney General of Quebec and
President of the Office de la protection
du consommateur** *Respondents*

- and -

Banque de Montréal *Appelante*

c.

**Réal Marcotte, Bernard Laparé,
procureur général du Québec et
président de l'Office de la protection
du consommateur** *Intimés*

- et -

Citibanque Canada *Appelante*

c.

**Réal Marcotte, Bernard Laparé,
procureur général du Québec et
président de l'Office de la protection
du consommateur** *Intimés*

- et -

Banque Toronto-Dominion *Appelante*

c.

**Réal Marcotte, Bernard Laparé,
procureur général du Québec et
président de l'Office de la protection
du consommateur** *Intimés*

- et -

Banque Nationale du Canada *Appelante*

c.

**Réal Marcotte, Bernard Laparé,
procureur général du Québec et
président de l'Office de la protection
du consommateur** *Intimés*

- et -

**Réal Marcotte and Bernard
Laparé** *Appellants*

v.

**Bank of Montreal, Amex Bank of Canada,
Royal Bank of Canada, Toronto-Dominion
Bank, Canadian Imperial Bank of Commerce,
Bank of Nova Scotia, National Bank of
Canada, Laurentian Bank of Canada,
Citibank Canada and Attorney General
of Canada** *Respondents*

and

**Attorney General of Canada,
Attorney General of Ontario,
Attorney General of Quebec,
Attorney General of Alberta,
President of the Office de la protection
du consommateur and
Canadian Bankers Association** *Intervenors*

**INDEXED AS: BANK OF MONTREAL v. MARCOTTE
2014 SCC 55**

File No.: 35009.

2014: February 13; 2014: September 19.

Present: McLachlin C.J. and LeBel, Abella, Rothstein,
Cromwell, Moldaver and Wagner JJ.

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL
FOR QUEBEC**

Civil procedure — Class actions — Standing — Representative plaintiffs initiating class action against credit card issuers on grounds they failed to disclose conversion charges on credit card purchases made in foreign currencies — Representative plaintiffs not having direct cause of action or legal relationship with each defendant — Whether plaintiffs have standing to sue all defendants — Code of Civil Procedure, CQLR, c. C-25, art. 55.

Réal Marcotte et Bernard Laparé *Appellants*

c.

**Banque de Montréal, Banque Amex
du Canada, Banque Royale du Canada,
Banque Toronto-Dominion,
Banque Canadienne Impériale
de Commerce, Banque de Nouvelle-Écosse,
Banque Nationale du Canada,
Banque Laurentienne du Canada,
Citibanque Canada et
procureur général du Canada** *Intimés*

et

**Procureur général du Canada,
procureur général de l'Ontario,
procureur général du Québec,
procureur général de l'Alberta,
président de l'Office de la protection
du consommateur et Association des
banquiers canadiens** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : BANQUE DE MONTRÉAL c. MARCOTTE
2014 CSC 55**

N° du greffe : 35009.

2014 : 13 février; 2014 : 19 septembre.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges LeBel,
Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver et Wagner.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Procédure civile — Recours collectifs — Qualité pour agir — Recours collectif intenté par les représentants des demandeurs contre des émettrices de cartes de crédit au motif que ces dernières n'avaient pas indiqué les frais de conversion imposés sur les opérations par carte de crédit en devises étrangères — Les représentants des demandeurs n'ont pas une cause d'action directe contre chaque défenderesse ou un lien de droit avec chacune d'elles — Les demandeurs ont-ils le statut pour poursuivre l'ensemble des défenderesses? — Code de procédure civile, RLRQ, ch. C-25, art. 55.

Consumer protection — Contracts of credit — Contracts extending variable credit — Credit cards — Obligation to disclose costs in contract — Appropriate remedy for failing to disclose — Conversion charges imposed by financial institutions on cardholders for transactions in foreign currencies — Class actions — Whether conversion charges imposed are “credit charges” or “net capital” as defined by legislation — Whether Banks failed to disclose charges to cardholders — Whether reimbursement of conversion charges collected from consumer class members should be ordered — Consumer Protection Act, CQLR, c. P-40.1, ss. 12, 68, 69, 70, 272.

Consumer protection — Recourses — Punitive damages — Obligation to disclose costs in contract — Appropriate remedy for failing to disclose — Whether class members are entitled to punitive damages — Consumer Protection Act, CQLR, c. P-40.1, s. 272.

Constitutional law — Division of powers — Banking — Interjurisdictional immunity — Federal paramountcy — Quebec’s consumer protection legislation regulating disclosure of conversion charges with respect to contracts of credit — Whether provincial legislation constitutionally inapplicable or inoperative in respect of bank-issued credit cards by virtue of doctrine of interjurisdictional immunity or federal paramountcy — Constitution Act, 1867, s. 91(15) — Bank Act, S.C. 1991, c. 46, ss. 16, 988 — Consumer Protection Act, CQLR, c. P-40.1, ss. 12, 272.

A class action was launched by consumers to seek repayment of conversion charges imposed by several credit card issuers (the “Banks”) on credit card purchases made in foreign currencies primarily on the basis that the conversion charges violated Quebec’s *Consumer Protection Act* (“CPA”). The Banks argued that (1) the representative plaintiffs did not have a direct cause of action against each of the Banks and therefore did not have standing to sue all of them, (2) the CPA did not apply to them due to the *Constitution Act, 1867*, and (3) no repayment of the conversion charges was owed. The Superior Court maintained the class action and found that the CPA applied to the Banks. It determined that the conversion charges were “credit charges” for the purposes of contracts extending variable credit, and ordered all the Banks to reimburse the conversion charges. It

Protection du consommateur — Contrats de crédit — Contrats de crédit variable — Cartes de crédit — Obligation d’indiquer les frais applicables dans un contrat — Réparation appropriée en cas de manquement à cette obligation — Frais de conversion sur les opérations en devises étrangères imposés par des institutions financières aux titulaires de cartes de crédit — Recours collectifs — Les frais de conversion imposés constituent-ils des « frais de crédit » ou du « capital net » au sens de la loi? — Les banques ont-elles omis d’indiquer les frais de conversion aux titulaires de cartes? — Le remboursement des frais de conversion perçus des membres du groupe qui sont des consommateurs doit-il être ordonné? — Loi sur la protection du consommateur, RLRQ, ch. P-40.1, art. 12, 68, 69, 70, 272.

Protection du consommateur — Recours — Dommages-intérêts punitifs — Obligation d’indiquer les frais applicables dans un contrat — Réparation appropriée en cas de manquement à cette obligation — Les membres du groupe ont-ils droit d’obtenir des dommages-intérêts punitifs? — Loi sur la protection du consommateur, RLRQ, ch. P-40.1, art. 272.

Droit constitutionnel — Partage des compétences — Banques — Doctrine de l’exclusivité des compétences — Prépondérance fédérale — Loi québécoise sur la protection du consommateur régissant la mention des frais de conversion applicables dans les contrats de crédit — La loi provinciale est-elle constitutionnellement inapplicable ou inopérante à l’égard des cartes de crédit émises par des banques en raison des doctrines de l’exclusivité des compétences et de la prépondérance fédérale? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(15) — Loi sur les banques, L.C. 1991, ch. 46, art. 16, 988 — Loi sur la protection du consommateur, RLRQ, ch. P-40.1, art. 12, 272.

Des consommateurs ont intenté un recours collectif pour obtenir le remboursement des frais de conversion imposés sur les opérations par carte de crédit en devises étrangères par plusieurs institutions émettrices de telles cartes (les « banques ») au motif que ces frais contrevenaient à la *Loi sur la protection du consommateur* du Québec (« *L.p.c.* »). Les banques ont fait valoir les arguments suivants : (1) les représentants n’avaient pas une cause d’action directe contre chacune des banques et n’avaient donc pas le statut pour poursuivre l’ensemble de celles-ci; (2) elles étaient soustraites à l’application de la *L.p.c.* en raison de la *Loi constitutionnelle de 1867*; (3) elles n’étaient pas tenues au remboursement des frais de conversion. La Cour supérieure a accueilli le recours collectif et conclu que la *L.p.c.* s’appliquait aux banques. Selon elle, les frais de conversion étaient des « frais de

further required BMO, NBC, Citibank, TD and Amex (the “Group A Banks”) to pay punitive damages for failing to disclose the conversion charges. The Court of Appeal determined that the conversion charges were “net capital” and allowed the appeal of the non-Group A Banks. It maintained the order against the Group A Banks, but overturned the amount awarded against Amex as well as the award of punitive damages against all Group A Banks, with the exception of TD.

Held: The appeals by the Group A Banks should be dismissed. The appeal by the representative plaintiffs should be allowed in part.

The representative plaintiffs have standing to sue all of the Banks. The law permits a collective action where the representative does not have a direct cause of action against, or a legal relationship with, each defendant. Indeed, art. 55 of the *Code of Civil Procedure* (“CCP”), which requires plaintiffs to have “sufficient interest” in the action, must be interpreted in harmony with the provisions governing class actions and in accordance with the principle of proportionality found in art. 4.2 of the *CCP*. This approach is consistent with most other Canadian jurisdictions and the *CCP* itself, and it ensures the economy of judicial resources, enhances access to justice and averts the possibility of conflicting judgments on the same question of law or fact. In addition, the analysis of whether the plaintiffs have standing must have the same outcome regardless of whether it is conducted before or after the class action is authorized, because at both stages, the court must look to the authorization criteria of art. 1003 of the *CCP*.

Different obligations flow from whether conversion charges are qualified as credit charges or net capital. If the conversion charges qualify as credit charges, then according to the *CPA* they would have to be disclosed on their own, be included in the disclosed credit rate, and be subject to a grace period. If conversion charges qualify as net capital, they would not be included in the credit rate or be subject to the grace period, but would still have to be disclosed under s. 12 of the *CPA*, the general disclosure provision. In this case, conversion charges constitute sums for which credit is actually extended, within the meaning of s. 68 of the *CPA*, and are best classified as net capital. They do not fall under any of the categories in s. 70 of

crédit » dans le cadre des contrats de crédit variable; elle a ordonné à toutes les banques de les rembourser. Elle a de plus condamné BMO, BNC, Citibanque, TD et Amex (les « banques du groupe A ») à verser des dommages-intérêts punitifs pour avoir omis d’indiquer les frais de conversion. La Cour d’appel a conclu que les frais de conversion constituaient du « capital net » et a accueilli l’appel des banques n’appartenant pas au groupe A. Elle a confirmé l’ordonnance défavorable aux banques du groupe A, mais a annulé la condamnation aux dommages-intérêts qui avait été prononcée contre Amex ainsi que la condamnation aux dommages-intérêts punitifs prononcée contre l’ensemble des banques du groupe A, sauf TD.

Arrêt : Les appels interjetés par les banques du groupe A sont rejetés. L’appel interjeté par les représentants est accueilli en partie.

Les représentants ont le statut pour poursuivre toutes les banques. La loi permet le recours collectif lorsque le représentant n’a pas une cause d’action directe contre chaque défendeur ou un lien de droit avec chacun d’eux. En fait, l’art. 55 du *Code de procédure civile* (« *C.p.c.* »), qui exige du demandeur un « intérêt suffisant » dans l’action, doit être interprété en harmonie avec les dispositions relatives aux recours collectifs et conformément au principe de la proportionnalité énoncé à l’art. 4.2 *C.p.c.* Ce raisonnement a été adopté dans la plupart des autres juridictions canadiennes et est conforme à l’économie du *C.p.c.*; il prévient le gaspillage des ressources judiciaires, favorise l’accès à la justice et évite le risque de jugements contradictoires sur une même question de droit ou de fait. De plus, l’analyse de la question de savoir si les demandeurs ont le statut doit aboutir au même résultat qu’elle soit entreprise à l’étape de l’autorisation du recours collectif ou après, parce que, dans un cas comme dans l’autre, le tribunal doit tenir compte des critères d’autorisation énoncés à l’art. 1003 *C.p.c.*

Différentes obligations s’appliquent selon que l’on qualifie les frais de conversion de frais de crédit ou de capital net. Conformément à la *L.p.c.*, si les frais de conversion sont des frais de crédit, ils doivent être mentionnés à part et entrer dans le calcul du taux de crédit indiqué, et un délai de grâce s’applique. Si les frais de conversion sont du capital net, ils n’entrent pas dans le calcul du taux de crédit, et le délai de grâce ne s’applique pas, mais ils doivent quand même être mentionnés en application de l’art. 12 *L.p.c.*, qui prévoit généralement ce qui doit l’être. En l’espèce, les frais de conversion constituent une somme pour laquelle le crédit est effectivement consenti au sens où il faut l’entendre pour l’application

the *CPA*. Treating conversion charges as administrative charges or commissions pursuant to s. 70(d) and (f) of the *CPA*, and therefore as credit charges, would not achieve the objectives of the *CPA* either by restoring the balance between merchants and consumers or by improving consumers' abilities to make informed choices. Rather, it would force merchants to either disclose a wide range for the credit rate, which would confuse consumers, or require cardholders to unknowingly subsidize ancillary services that other cardholders choose to use, which would only benefit some consumers at the cost of others and reduce the ability of consumers to make informed choices. Because neither option benefits consumers, s. 17 of the *CPA* and art. 1432 of the *Civil Code of Québec* — both of which require contracts to be interpreted so as to favour consumers in cases of doubt or ambiguity — do not require classifying these charges as credit charges. Moreover, conversion charges are not fees that consumers must pay under the contract in order to access credit within the meaning of s. 69 of the *CPA*. Rather, they are additional fees for an optional service that is not necessary for consumers to access the credit.

The doctrine of interjurisdictional immunity does not apply. Sections 12 and 272 of the *CPA*, which deal with the disclosure of charges requirement and the remedies for breach of same, do not impair the federal banking power. While lending, broadly defined, is central to banking, it cannot be said that a disclosure requirement for certain charges ancillary to one type of consumer credit impairs or significantly trammels the manner in which Parliament's legislative jurisdiction over bank lending can be exercised.

Similarly, the doctrine of paramourty is not engaged. Assuming that a purpose of the *Bank Act* is to provide for exclusive national standards, ss. 12 and 272 of the *CPA* cannot be said to frustrate or undermine that purpose, because they do not provide for standards applicable to banking products and banking services offered by banks. Rather, they articulate a contractual norm analogous to the substantive rules of contract found in the *Civil Code*. The basic rules of contract cannot be said to frustrate the federal purpose of comprehensive and exclusive standards, and the general rules regarding disclosure and accompanying remedies support rather than frustrate the federal scheme. In addition, ss. 12 and 272 of the *CPA*

de l'art. 68 *L.p.c.*, et il vaut mieux les assimiler au capital net. Ils n'entrent dans aucune des catégories énumérées à l'art. 70 *L.p.c.* Assimiler les frais de conversion aux frais d'administration ou commissions visés aux al. 70d) et f) *L.p.c.*, et donc aux frais de crédit, ne permettrait pas que soient atteints les objectifs de la *L.p.c.* en rétablissant l'équilibre entre les commerçants et le consommateur ou en améliorant la capacité du consommateur à faire des choix éclairés. Les commerçants devraient alors mentionner une large fourchette de taux de crédit — ce qui ne ferait qu'ajouter à la confusion des consommateurs — ou faire payer à tous les titulaires de cartes, à leur insu, les services accessoires que seuls certains utilisent, ce qui n'avantagerait que certains consommateurs au détriment d'autres et empêcherait les consommateurs de faire des choix éclairés. Comme aucune de ces formules ne bénéficie au consommateur et que l'art. 17 *L.p.c.* et l'art. 1432 du *Code civil du Québec* disposent qu'en cas de doute ou d'ambiguïté le contrat doit être interprété en faveur du consommateur, les frais de conversion ne sauraient être assimilés à des frais de crédit. De plus, les frais de conversion ne constituent pas une somme que le consommateur doit payer en vertu du contrat pour avoir accès au crédit au sens de l'art. 69 *L.p.c.* En fait, il s'agit de frais additionnels pour un service optionnel auquel l'accès au crédit n'est pas subordonné.

La doctrine de l'exclusivité des compétences ne s'applique pas. Les articles 12 et 272 *L.p.c.*, qui concernent la mention des frais et les recours possibles en cas de manquement à ces obligations, n'entravent pas la compétence fédérale sur les banques. Bien que le prêt d'argent, au sens large, appartienne au contenu essentiel des opérations des banques, on ne peut prétendre que l'obligation de mentionner certains frais accessoires à un type de crédit à la consommation entrave ou porte une atteinte importante à l'exercice de la compétence fédérale qui permet de légiférer en matière de prêt bancaire.

La doctrine de la prépondérance fédérale ne s'applique pas non plus. Si l'on présume que l'un des objectifs de la *Loi sur les banques* est l'établissement de normes nationales exclusives, on ne peut conclure que les art. 12 et 272 *L.p.c.* empêchent la réalisation de cet objectif ou y nuisent, parce qu'ils n'établissent pas de normes applicables aux produits et services bancaires offerts par les banques. Ces dispositions établissent plutôt une norme contractuelle analogue aux règles de fond en matière contractuelle établies par le *Code civil*. De telles règles ne sauraient empêcher la réalisation de l'objectif fédéral qui consiste à établir des normes complètes et exclusives, et les règles générales sur la mention des frais et les

are not inconsistent with ss. 16 and 988 of the *Bank Act* and therefore do not frustrate the narrower federal purpose of ensuring that bank contracts are not nullified even if a bank breaches its disclosure obligations. The representative plaintiffs seek restitution of the conversion charges and punitive damages, not nullification of their contracts or of the specific clauses at issue.

The Group A Banks breached s. 12 of the *CPA* by failing to disclose the conversion charges. This violation is not related to the terms and conditions of payment or to the computation or indication of the credit charges or the credit rate, which are specifically covered by s. 271 of the *CPA*. It is a substantive violation that goes against the *CPA*'s objective of permitting consumers to make informed choices, and, at the very least, the violation results from ignorant or careless conduct. Section 272 of the *CPA* applies, and the appropriate remedy is a reduction of the cardholders' obligations in the amount of all conversion charges imposed during the period of non-disclosure. As there is an absolute presumption of prejudice for violations that give rise to s. 272 remedies, the commercial competitiveness of the conversion charges imposed is of no consequence.

In addition, the trial judgment with respect to punitive damages should be restored. The threshold for awarding punitive damages is not higher in the context of class actions where the plaintiffs are awarded collective recovery as opposed to individual recovery. The mode of recovery is not a factor set out in the jurisprudence for assessing punitive damages, nor would it be reasonable to include it as one. Moreover, the amount of punitive damages awarded in this case is rationally connected to the purposes for which the damages are awarded. Indeed, neither evidence of antisocial behaviour nor reprehensible conduct is required to award punitive damages under the *CPA*. Rather, what is necessary is an examination of the overall conduct of the merchant, before, during and after the violation, for behaviour that was lax, passive, or ignorant with respect to consumers' rights and to their own obligations, or conduct that displays ignorance, carelessness or serious negligence. In this case, the Group A Banks breached the *CPA* without any explanation for a period of years, and that negligence overwhelms their

recours qui s'y rattachent appuient le régime fédéral; elles ne lui nuisent pas. En outre, les art. 12 et 272 *L.p.c.* ne sont pas incompatibles avec les art. 16 et 988 de la *Loi sur les banques* et n'empêchent donc pas la réalisation de l'objectif fédéral plus étroit qui vise à éviter l'annulation du contrat bancaire même si une banque contrevient à son obligation de mentionner les frais. Les demandeurs sollicitent la restitution des frais de conversion et des dommages-intérêts punitifs, et non l'annulation de leurs contrats ou des clauses précises en litige.

Les banques du groupe A ont contrevenu à l'art. 12 *L.p.c.* en ne mentionnant pas les frais de conversion. Cette violation n'est pas liée aux modalités de paiement ni au calcul ou à l'indication des frais ou du taux de crédit, qui sont expressément visés par l'art. 271 *L.p.c.* Il s'agit d'une violation de fond qui va à l'encontre de l'objectif de la *L.p.c.* de permettre aux consommateurs de faire des choix éclairés, et qui résulte, à tout le moins, d'un comportement d'ignorance ou d'insouciance. L'article 272 *L.p.c.* s'applique et il convient d'accorder la réduction des obligations des titulaires de cartes correspondant au montant des frais de conversion imposés pendant les périodes où ils n'étaient pas indiqués. Vu la présomption absolue de préjudice applicable aux cas de violation ouvrant droit aux réparations prévues à l'art. 272, la compétitivité des frais de conversion imposés n'a aucune importance.

De plus, il y a lieu de rétablir le jugement de première instance en ce qui concerne les dommages-intérêts punitifs. Le seuil d'octroi de dommages-intérêts punitifs n'est pas plus élevé dans le cas d'un recours collectif où le tribunal a ordonné qu'il soit procédé par recouvrement collectif plutôt que par voie de réclamations individuelles. Le mode de recouvrement ne fait pas partie des facteurs énoncés dans la jurisprudence sur l'analyse servant à déterminer l'opportunité d'une condamnation aux dommages-intérêts punitifs, et il ne serait pas non plus raisonnable de l'inclure dans cette analyse. De plus, le montant des dommages-intérêts punitifs accordés en l'espèce a un lien rationnel avec les objectifs de leur octroi. En fait, il n'est pas nécessaire d'établir un comportement antisocial ou répréhensible pour que des dommages-intérêts punitifs soient attribués en vertu de la *L.p.c.* Il faut plutôt examiner le comportement global du commerçant avant, pendant et après la violation, pour déterminer s'il a adopté une attitude laxiste, passive ou ignorante à l'égard des droits du consommateur et de

unexplained decision to start disclosing a fee they were charging consumers without their knowledge.

Cases Cited

Applied: *Richard v. Time Inc.*, 2012 SCC 8, [2012] 1 S.C.R. 265; **overruled:** *Bouchard v. Agropur Coopérative*, 2006 QCCA 1342, [2006] R.J.Q. 2349; **distinguished:** *Quebec (Attorney General) v. Canadian Owners and Pilots Association*, 2010 SCC 39, [2010] 2 S.C.R. 536; **referred to:** *Marcotte v. Fédération des caisses Desjardins du Québec*, 2014 SCC 57, [2014] 2 S.C.R. 805; *Amex Bank of Canada v. Adams*, 2014 SCC 56, [2014] 2 S.C.R. 787; *Regroupement des CHSLD Christ-Roi (Centre hospitalier, soins longue durée) v. Comité provincial des malades*, 2007 QCCA 1068, [2007] R.J.Q. 1753; *MacKinnon v. National Money Mart Co.*, 2004 BCCA 472, 33 B.C.L.R. (4th) 21; *Service aux marchands détaillants ltée (Household Finance) v. Option consommateurs*, 2006 QCCA 1319 (CanLII), leave to appeal refused, [2007] 1 S.C.R. xi; *Imperial Tobacco Canada Ltd. v. Conseil québécois sur le tabac et la santé*, 2007 QCCA 694 (CanLII); *General Motors du Canada ltée v. Billette*, 2009 QCCA 2476, [2010] R.J.Q. 66; *Infineon Technologies AG v. Option consommateurs*, 2013 SCC 59, [2013] 3 S.C.R. 600; *Vivendi Canada Inc. v. Dell’Aniello*, 2014 SCC 1, [2014] 1 S.C.R. 3; *Marcotte v. Longueuil (City)*, 2009 SCC 43, [2009] 3 S.C.R. 65; *Canadian Western Bank v. Alberta*, 2007 SCC 22, [2007] 2 S.C.R. 3; *Law Society of British Columbia v. Mangat*, 2001 SCC 67, [2001] 3 S.C.R. 113; *United States of America v. Dynar*, [1997] 2 S.C.R. 462; *Bank of Montreal v. Hall*, [1990] 1 S.C.R. 121; *Multiple Access Ltd. v. McCutcheon*, [1982] 2 S.C.R. 161; *Cinar Corporation v. Robinson*, 2013 SCC 73, [2013] 3 S.C.R. 1168.

Statutes and Regulations Cited

Bank Act, S.C. 1991, c. 46, preamble [ad. 2012, c. 19, s. 525], ss. 16, 452, 988.
Civil Code of Québec, arts. 1422, 1432, 1621.
Code of Civil Procedure, CQLR, c. C-25, arts. 4.2, 55, 59, 67, Book IX, 1003, 1015, 1048, 1051.
Constitution Act, 1867, s. 91(15).
Consumer Protection Act, CQLR, c. P-40.1, Title I, ss. 12, 17, Chapter III, Division III, 68, 69 “credit charges”, 70, 72, 126, 127, 271, 272.

leurs propres obligations, ou un comportement d’ignorance, d’insouciance ou de négligence sérieuse. En l’espèce, les banques du groupe A ont enfreint la *L.p.c.* sans explication pendant des années, et cette négligence prévaut sur leur décision inexplicquée de mentionner aux consommateurs des frais qui leur étaient auparavant imposés à leur insu.

Jurisprudence

Arrêt appliqué : *Richard c. Time Inc.*, 2012 CSC 8, [2012] 1 R.C.S. 265; **arrêt rejeté :** *Bouchard c. Agropur Coopérative*, 2006 QCCA 1342, [2006] R.J.Q. 2349; **distinction d’avec l’arrêt :** *Québec (Procureur général) c. Canadian Owners and Pilots Association*, 2010 CSC 39, [2010] 2 R.C.S. 536; **arrêts mentionnés :** *Marcotte c. Fédération des caisses Desjardins du Québec*, 2014 CSC 57, [2014] 2 R.C.S. 805; *Banque Amex du Canada c. Adams*, 2014 CSC 56, [2014] 2 R.C.S. 787; *Regroupement des CHSLD Christ-Roi (Centre hospitalier, soins longue durée) c. Comité provincial des malades*, 2007 QCCA 1068, [2007] R.J.Q. 1753; *MacKinnon c. National Money Mart Co.*, 2004 BCCA 472, 33 B.C.L.R. (4th) 21; *Service aux marchands détaillants ltée (Household Finance) c. Option consommateurs*, 2006 QCCA 1319 (CanLII), autorisation d’appel refusée, [2007] 1 R.C.S. xi; *Imperial Tobacco Canada ltée c. Conseil québécois sur le tabac et la santé*, 2007 QCCA 694 (CanLII); *General Motors du Canada ltée c. Billette*, 2009 QCCA 2476, [2010] R.J.Q. 66; *Infineon Technologies AG c. Option consommateurs*, 2013 CSC 59, [2013] 3 R.C.S. 600; *Vivendi Canada Inc. c. Dell’Aniello*, 2014 CSC 1, [2014] 1 R.C.S. 3; *Marcotte c. Longueuil (Ville)*, 2009 CSC 43, [2009] 3 R.C.S. 65; *Banque canadienne de l’Ouest c. Alberta*, 2007 CSC 22, [2007] 2 R.C.S. 3; *Law Society of British Columbia c. Mangat*, 2001 CSC 67, [2001] 3 R.C.S. 113; *États-Unis d’Amérique c. Dynar*, [1997] 2 R.C.S. 462; *Banque de Montréal c. Hall*, [1990] 1 R.C.S. 121; *Multiple Access Ltd. c. McCutcheon*, [1982] 2 R.C.S. 161; *Cinar Corporation c. Robinson*, 2013 CSC 73, [2013] 3 R.C.S. 1168.

Lois et règlements cités

Code civil du Québec, art. 1422, 1432, 1621.
Code de procédure civile, RLRQ, ch. C-25, art. 4.2, 55, 59, 67, livre IX, 1003, 1015, 1048, 1051.
Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(15).
Loi sur l’Agence de la consommation en matière financière du Canada, L.C. 2001, ch. 9.
Loi sur la protection du consommateur, RLRQ, ch. P-40.1, titre I, art. 12, 17, chapitre III, section III, 68, 69 « frais de crédit », 70, 72, 126, 127, 271, 272.

Cost of Borrowing (Banks) Regulations, SOR/2001-101. *Financial Consumer Agency of Canada Act*, S.C. 2001, c. 9.

Authors Cited

Bulmer, John. "Payment Systems: The Credit Card Market in Canada". Background paper PRB 09-10E, prepared for the Library of Parliament, Parliamentary Information and Research Service, September 24, 2009 (online: <http://www.parl.gc.ca/content/lop/researchpublications/prb0910-e.pdf>).

Masse, Claude. *Loi sur la protection du consommateur: analyse et commentaires*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1999.

APPEALS from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Forget, Dalphond and Bich J.J.A.), 2012 QCCA 1396, [2012] R.J.Q. 1541, [2012] AZ-50881449, [2012] Q.J. No. 7428 (QL), 2012 CarswellQue 14792, setting aside in part a decision of Gascon J., 2009 QCCS 2764, [2009] AZ-50560820, [2009] J.Q. n° 5771 (QL), 2009 CarswellQue 6515. Appeals by the Bank of Montreal, Citibank Canada, the Toronto-Dominion Bank and the National Bank of Canada dismissed and appeal by Réal Marcotte and Bernard Laparé allowed in part.

Mahmud Jamal, Sylvain Deslauriers, Silvana Conte, Alberto Martinez, W. David Rankin, Anne-Marie Lizotte and Alexandre Fallon, for the appellants/respondents the Bank of Montreal, Citibank Canada, the Toronto-Dominion Bank and the National Bank of Canada, and for the respondents the Amex Bank of Canada, the Royal Bank of Canada, the Canadian Imperial Bank of Commerce, the Bank of Nova Scotia and the Laurentian Bank of Canada.

Bruce W. Johnston, Philippe H. Trudel, André Lespérance and Andrew E. Cleland, for the respondents/appellants Réal Marcotte and Bernard Laparé.

Jean-François Jobin, Francis Demers and Samuel Chayer, for the respondent/intervener the Attorney General of Quebec.

Loi sur les banques, L.C. 1991, ch. 46, préambule [aj. 2012, ch. 19, art. 525], art. 16, 452, 988.

Règlement sur le coût d'emprunt (banques), DORS/2001-101.

Doctrine et autres documents cités

Bulmer, John. « Les systèmes de paiement : le marché de la carte de crédit au Canada ». Étude générale PRB 09-10F, préparée pour la Bibliothèque du Parlement, Service d'information et de recherche parlementaires, 24 septembre 2009 (en ligne : <http://www.parl.gc.ca/content/lop/researchpublications/prb0910-f.pdf>).

Masse, Claude. *Loi sur la protection du consommateur : analyse et commentaires*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1999.

POURVOIS contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (les juges Forget, Dalphond et Bich), 2012 QCCA 1396, [2012] R.J.Q. 1541, [2012] AZ-50881449, [2012] J.Q. n° 7428 (QL), 2012 CarswellQue 7796, qui a infirmé en partie une décision du juge Gascon, 2009 QCCS 2764, [2009] AZ-50560820, [2009] J.Q. n° 5771 (QL), 2009 CarswellQue 6515. Pourvois interjetés par la Banque de Montréal, Citibanque Canada, la Banque Toronto-Dominion et la Banque Nationale du Canada rejetés et pourvoi interjeté par Réal Marcotte et Bernard Laparé accueilli en partie.

Mahmud Jamal, Sylvain Deslauriers, Silvana Conte, Alberto Martinez, W. David Rankin, Anne-Marie Lizotte et Alexandre Fallon, pour les appelantes/intimées la Banque de Montréal, Citibanque Canada, la Banque Toronto-Dominion et la Banque Nationale du Canada, et pour les intimées la Banque Amex du Canada, la Banque Royale du Canada, la Banque Canadienne Impériale de Commerce, la Banque de Nouvelle-Écosse et la Banque Laurentienne du Canada.

Bruce W. Johnston, Philippe H. Trudel, André Lespérance et Andrew E. Cleland, pour les intimés/appellants Réal Marcotte et Bernard Laparé.

Jean-François Jobin, Francis Demers et Samuel Chayer, pour l'intimé/intervenant le procureur général du Québec.

Marc Migneault and Joël Simard, for the respondent/intervener the President of the Office de la protection du consommateur.

Bernard Letarte and Pierre Salois, for the respondent/intervener the Attorney General of Canada.

Janet E. Minor and Robert A. Donato, for the intervener the Attorney General of Ontario.

Robert J. Normey, for the intervener the Attorney General of Alberta.

John B. Laskin and Myriam M. Seers, for the intervener the Canadian Bankers Association.

The judgment of the Court was delivered by

ROTHSTEIN AND WAGNER JJ. —

I. Introduction

[1] Credit cards are so ubiquitous and commonly used that their many conveniences have become easy to overlook. One such convenience is the ability to use a credit card provided by a Canadian issuer to make purchases in foreign currencies. This conversion service presents an alternative to exchanging Canadian currency for foreign currency, purchasing and cashing traveller's cheques, or withdrawing foreign currency using a bank convenience card.

[2] The present case and its companion cases, *Marcotte v. Fédération des caisses Desjardins du Québec*, 2014 SCC 57, [2014] 2 S.C.R. 805, and *Amex Bank of Canada v. Adams*, 2014 SCC 56, [2014] 2 S.C.R. 787, are appeals of decisions on the merits of three class actions. The class actions were launched to seek repayment of the conversion charges imposed by several credit card issuing financial institutions on credit card purchases made in foreign currencies primarily on the basis that the conversion charges violated Quebec's *Consumer Protection Act*, CQLR, c. P-40.1 ("CPA"). The financial institutions argue that the CPA does not apply to them due to

Marc Migneault et Joël Simard, pour l'intimé/intervenant le président de l'Office de la protection du consommateur.

Bernard Letarte et Pierre Salois, pour l'intimé/intervenant le procureur général du Canada.

Janet E. Minor et Robert A. Donato, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Robert J. Normey, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

John B. Laskin et Myriam M. Seers, pour l'intervenante l'Association des banquiers canadiens.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LES JUGES ROTHSTEIN ET WAGNER —

I. Introduction

[1] Les cartes de crédit sont si omniprésentes et d'usage si répandu qu'il est facile d'oublier leurs nombreuses utilités. La possibilité de régler par une carte de crédit fournie par un émetteur canadien des achats en devises étrangères en est un exemple. Ce service de conversion peut se substituer au change de la devise canadienne en une devise étrangère, à l'achat et à l'encaissement de chèques de voyage ou au retrait de fonds en devises étrangères au moyen d'une carte bancaire.

[2] La Cour est saisie en l'espèce et dans les pourvois connexes *Marcotte c. Fédération des caisses Desjardins du Québec*, 2014 CSC 57, [2014] 2 R.C.S. 805, et *Banque Amex du Canada c. Adams*, 2014 CSC 56, [2014] 2 R.C.S. 787, de l'appel de décisions sur le bien-fondé de trois recours collectifs. Ces recours en remboursement des frais de conversion imposés sur les opérations par carte de crédit en devises étrangères par plusieurs institutions financières émettrices de telles cartes avaient été entrepris principalement au motif que ces frais de conversion contrevenaient à la *Loi sur la protection du consommateur* du Québec, RLRQ, ch. P-40.1

the *Constitution Act, 1867* and that no repayment of the conversion charges is owed, regardless of the manner in which the conversion charge was disclosed in the credit card contracts.

[3] For the reasons below, we conclude that the *CPA* does apply to the credit card issuers. Any conversion charge imposed by an issuer without sufficient disclosure to the cardholder must be repaid.

II. Facts

[4] A list of definitions of all technical terms used in these reasons is set out in the Appendix.

A. *Overview of Credit Cards and Conversion Charges*

[5] A simplified domestic credit card payment involves four parties: the cardholder, the merchant, the card issuer (typically a bank, credit union, or store), and the credit card company (Visa, MasterCard and American Express). The payment proceeds as follows:

1. The cardholder presents his credit card to the merchant.
2. The merchant sends the credit card information to the card issuer for authorization.
3. Once authorized, the merchant charges the purchase to the card.
4. The card issuer pays the merchant the amount charged minus the *interchange fee*, a rate set by the credit card company but retained by the card issuer.

(« *L.p.c.* »). Les institutions financières soutiennent que la *L.p.c.* ne s'applique pas à elles en raison de la *Loi constitutionnelle de 1867* et qu'elles ne sont pas tenues au remboursement des frais de conversion, quelle que soit la manière dont ceux-ci ont été présentés dans les contrats de carte de crédit.

[3] Pour les motifs qui suivent, nous concluons que la *L.p.c.* s'applique aux émettrices de cartes de crédit. Les frais de conversion imposés sans indication suffisante au titulaire de la carte doivent être remboursés.

II. Les faits

[4] Est jointe en annexe une liste des définitions des termes techniques employés dans les présents motifs.

A. *Cartes de crédit et frais de conversion — survol*

[5] Selon un modèle simplifié, un paiement par carte de crédit au Canada fait intervenir quatre parties : le titulaire, le commerçant, l'émetteur de la carte (en général une banque, une coopérative de crédit ou un magasin) et la société de carte de crédit (Visa, MasterCard et American Express). Voici les différentes étapes du paiement :

1. Le titulaire présente sa carte de crédit au commerçant.
2. Le commerçant transmet à l'émetteur de la carte les données de cette dernière afin d'obtenir une autorisation.
3. Une fois l'autorisation obtenue, le commerçant porte le montant de l'achat au compte de la carte.
4. L'émetteur de la carte verse au commerçant des fonds équivalant au montant de l'achat facturé, déduction faite des *frais d'interchange*, dont le taux est fixé par la société de carte de crédit, mais que l'émetteur conserve.

5. The card issuer pays the credit card company a *network access fee* per transaction. The network access fee is less than the interchange fee.

6. The cardholder pays the card issuer.

(J. Bulmer, “Payment Systems: The Credit Card Market in Canada”, Library of Parliament, background paper PRB 09-10E, September 24, 2009 (online))

For the sake of simplicity, the role of payment processors, which are corporations that act as middlemen between merchants and card issuers, has been omitted from this description as payment processors are not relevant to these appeals.

[6] A credit card provided by a Canadian card issuer can be used to make purchases in a foreign currency. The conversion is performed by the credit card company and proceeds as follows:

1. The purchase amount is converted from the foreign currency to Canadian dollars according to the *interbank rate*. The conversion occurs either directly or by first converting the purchase amount to U.S. dollars, then converting that amount to Canadian dollars.

2. The *conversion charge* is calculated by applying the conversion charge percentage rate to the amount resulting from the first step.

3. The amount from the first step and the conversion charge are added together and charged to the card. The monthly statement displays the total amount.

B. *Cardholder Agreements*

[7] There are numerous cardholder agreements at issue in the present appeals. Each card issuer provides multiple cards. The cardholder agreements for these cards have changed over the years. However, the cardholder agreements fall into two groups: (1) those that state that an exchange rate or a conversion rate is applied to purchases in foreign currencies and either do not mention the conversion charge or

5. L'émetteur de la carte verse à la société de carte de crédit des *frais de réseau* à chaque transaction. Ces frais sont inférieurs aux frais d'interchange.

6. Le titulaire paie l'émetteur de la carte.

(J. Bulmer, « Les systèmes de paiement : le marché de la carte de crédit au Canada », Bibliothèque du Parlement, étude générale PRB 09-10F, 24 septembre 2009 (en ligne))

Par souci de simplicité, nous avons exclu de la description qui précède le rôle de l'acquéreur, assumé par une entreprise qui agit comme intermédiaire entre le commerçant et l'émetteur de la carte, étant donné qu'il n'est pas pertinent pour les présents pourvois.

[6] La carte de crédit délivrée par un émetteur canadien peut servir à faire des achats en devises étrangères. La conversion est effectuée par la société de carte de crédit de la manière suivante :

1. Le montant de l'achat est converti en dollars canadiens selon le *taux interbancaire*. La conversion est faite soit directement de la devise étrangère à la devise canadienne, soit après une conversion initiale en dollars américains.

2. On obtient les *frais de conversion* en appliquant le taux de conversion, exprimé en pourcentage, au produit de la première étape.

3. La somme du produit de la première étape et des frais de conversion est alors portée au compte de la carte. C'est ce nombre qui figure au relevé mensuel.

B. *Conventions régissant l'utilisation de la carte*

[7] De nombreuses conventions régissant l'utilisation de la carte sont en cause dans les présents pourvois. Chaque institution financière émettrice délivre plusieurs cartes. Les conventions relatives à chacune d'elles ont été modifiées au fil des ans. On peut cependant les répartir en deux groupes : (1) celles qui indiquent qu'un taux de change ou un taux de conversion est appliqué aux achats en devises

do not provide details about it, and (2) those that describe the conversion charge in addition to the exchange rate. An example of a group 1 provision is found in a Citibank MasterCard cardholder agreement that reads as follows:

Charges Made in Foreign Currency: If you make a purchase or obtain a cash advance (or return a purchase) in a foreign currency, your account will be charged (or credited for a return) in Canadian dollars. We will use a rate of exchange that reflects the cost of foreign funds at the time of the transaction and an administration charge for the transaction handling through the MasterCard International Incorporated network. These costs will be included for both credits and debits to your account. [Emphasis added.]

By contrast, an example of a group 2 provision is found in a Royal Bank of Canada Visa cardholder agreement that reads as follows:

Foreign Currency Fee: [The card issuer] will charge a currency conversion fee equal to 1.8% of the amount of any Debt or other transaction not incurred in Canadian dollars. [The card issuer] will convert this Debt or other transaction and fee to Canadian dollars at [its] conversion cost in effect on the day [it] post[s] the converted Debt or other transaction and fee to the Account. [Emphasis added.]

[8] Cardholders receive information about their credit card through the initial application, the cardholder agreement, the “card carrier” used to deliver the card to its holder, monthly statements, and updates and amendments to the cardholder agreement.

C. Procedural History

[9] Réal Marcotte was the proposed representative plaintiff in the April 17, 2003 application for authorization (the civil law equivalent of “certification” in common law class actions) to institute a class action against the Bank of Montreal (“BMO”), Amex Bank of Canada (“Amex”), Royal Bank of Canada (“RBC”), Toronto-Dominion Bank (“TD”), Canadian Imperial Bank of Commerce (“CIBC”),

étrangères sans mentionner les frais de conversion ou sans donner de détail à leur sujet et (2) celles qui décrivent non seulement les frais de conversion, mais aussi le taux de change applicable. La clause suivante, qui figure dans la convention d’adhésion du titulaire de la carte MasterCard (Citibanque), est un exemple du groupe 1 :

Opérations faites à l’étranger : Les achats et avances de fonds (et les remboursements) en devises étrangères sont convertis en dollars canadiens. Le montant porté au compte est calculé d’après un taux de change reflétant le coût de la devise au moment de l’opération et inclut des frais d’administration pour le traitement de l’opération par l’entremise du réseau MasterCard International Incorporated. Ces frais sont imputés aussi bien aux crédits qu’aux débits. [Nous soulignons.]

En comparaison, on trouve un exemple de clause utilisée par le groupe 2 dans la convention régissant l’utilisation de la carte Visa Banque Royale du Canada, que voici :

Frais de conversion de devises : Tout découvert qui n’a pas été créé en dollars CAN est converti dans cette monnaie au taux en vigueur le jour où [l’émettrice de la carte] débit[e] le compte du montant converti. [L’émettrice de la carte] per[çoit] également des frais de conversion de 1,8 % sur le montant converti. [Nous soulignons.]

[8] Le formulaire de demande initiale, la convention régissant l’utilisation de la carte, le « porte-carte » qui sert à livrer la carte à son titulaire, le relevé mensuel et les mises à jour et modifications apportées à la convention présentent aux titulaires des renseignements sur leur carte de crédit.

C. Historique procédural

[9] Réal Marcotte est le représentant qui a été proposé dans la requête, datée du 17 avril 2003, pour obtenir l’autorisation (équivalent au Québec de la « certification » dans les recours collectifs de common law) d’exercer un recours collectif contre la Banque de Montréal (« BMO »), la Banque Amex du Canada (« Amex »), la Banque Royale du Canada (« RBC »), la Banque Toronto-Dominion (« TD »),

Bank of Nova Scotia (“Scotiabank”), National Bank of Canada (“NBC”), Laurentian Bank of Canada (“Laurentian”) and Citibank Canada (collectively referred to hereafter as “Banks”), along with the Fédération des caisses Desjardins du Québec (“Desjardins”) (the “BMO Action”). Mr. Marcotte is a BMO and Desjardins cardholder. Bernard Laparé, who is an Amex cardholder, was added as a representative plaintiff after Amex made a motion for dismissal on the basis of Mr. Marcotte’s lack of standing against it (Mr. Marcotte and Mr. Laparé are collectively referred to hereafter as the “Plaintiffs”). Amex was the only Bank to make such a motion.

[10] Mr. Marcotte filed a separate class action against Desjardins, a credit union (the “Desjardins Action”), after the Banks indicated that they would make a constitutional argument based on the s. 91(15) federal banking head of power in the *Constitution Act, 1867*. The hearing on the merits for the BMO and Desjardins Actions was held jointly. The Banks agreed not to contest the authorization of the class action in return for having a joint hearing, though they reserved the right to raise the issue of the Plaintiffs’ lack of standing against the Banks with which they did not hold a card.

[11] A year and a half after the Plaintiffs filed suit against the Banks and Desjardins, a second class action was commenced against Amex (the “Amex Action”). Unlike the BMO and Desjardins Actions, the class in the Amex Action included consumer and non-consumer holders of credit and charge cards. The same trial judge, Gascon J., as he then was, heard the BMO, Desjardins and Amex Actions, with the Amex Action hearing on the merits taking place soon after the joint hearing in the BMO and Desjardins Actions. All three trial judgments were rendered on the same day.

la Banque Canadienne Impériale de Commerce (« CIBC »), la Banque de Nouvelle-Écosse (« Scotia »), la Banque Nationale du Canada (« BNC »), la Banque Laurentienne du Canada (« Laurentienne ») et Citibanque Canada (collectivement, les « banques »), ainsi que contre la Fédération des caisses Desjardins du Québec (« Desjardins ») (le « recours contre BMO »). M. Marcotte est titulaire de cartes BMO et Desjardins. Bernard Laparé, titulaire d’une carte Amex, a été constitué représentant après qu’Amex ait déposé une requête en rejet de l’instance au motif que M. Marcotte n’avait pas le statut pour la poursuivre (MM. Marcotte et Laparé sont ci-après appelés les « demandeurs »). Amex est la seule banque à avoir déposé une telle requête.

[10] M. Marcotte a entrepris un recours collectif distinct à l’encontre de Desjardins, une coopérative de crédit, (le « recours contre Desjardins ») après que les banques eurent indiqué qu’elles présenteraient un argument constitutionnel fondé sur la compétence fédérale sur les banques prévue au par. 91(15) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Les recours contre BMO et Desjardins ont été instruits ensemble. Si les banques ont consenti à ne pas contester la requête pour autoriser l’exercice du recours collectif en échange de la réunion d’actions, elles se sont toutefois réservé le droit de soulever la question de l’absence de statut des demandeurs à l’égard des banques de qui ils ne détenaient pas de carte.

[11] Un an et demi après que les demandeurs aient intenté leur poursuite contre les banques et Desjardins, un deuxième recours collectif a été intenté contre Amex (le « recours contre Amex »). Contrairement aux groupes qui exercent leur recours contre BMO et Desjardins, celui qui exerce le recours contre Amex est constitué de consommateurs et de non-consommateurs titulaires de cartes de crédit et de cartes de paiement. Le même juge, en l’occurrence le juge Gascon, maintenant juge de notre Cour, a présidé l’audition des recours contre BMO, Desjardins et Amex, l’instruction de ce dernier ayant eu lieu peu après celle des recours contre BMO et Desjardins, entendus ensemble. Les trois jugements ont été prononcés le même jour.

III. Judicial History

[12] Although separate trial and appeal judgments were rendered for the BMO, Desjardins and Amex Actions, the judgments refer to each other on many occasions. The summaries below concern the trial and Court of Appeal judgments for the BMO Action but refer to the judgments rendered for the Desjardins and Amex Actions where appropriate.

A. *Quebec Superior Court, 2009 QCCS 2764 (CanLII)*

[13] Gascon J. refused to dismiss the class action on the basis that the Plaintiffs do not have standing to sue all of the Banks. He held that once a class action has been authorized, it must be viewed from the perspective of the class rather than that of the representative plaintiff. In this case, the legal and factual backgrounds at issue were common to all the Banks. Therefore, requiring a separate class action against each Bank would be a waste of resources, whereas allowing the BMO Action to proceed would result in no identified prejudice to the Banks.

[14] Gascon J. concluded that the conversion charges are “credit charges” within the meaning of s. 69 of the *CPA*. Under the *CPA*, any charge that is not net capital is a credit charge. Gascon J. found that the evidence did not support the theory that the conversion charges are net capital since the foreign merchant never receives the conversion charge and it is not part of the exchange rate. Instead, the evidence demonstrated that the conversion charge is a fee for services related to the credit card and therefore a credit charge. It is the credit card companies, not the credit card issuers, that perform the actual conversion. Credit charges under the *CPA* include accessory fees in addition to fees directly related to the extension of credit.

[15] Gascon J. made a finding of fact that five of the Banks — BMO, NBC, Citibank, TD and Amex

III. Historique judiciaire

[12] Bien que des jugements distincts en première instance et en appel aient été rendus à l’issue des recours entrepris contre BMO, Desjardins et Amex, les motifs renvoient à plusieurs reprises les uns aux autres. Les résumés des décisions de première instance et d’appel qui suivent concernent le recours contre BMO, mais renvoient au besoin aux recours contre Desjardins et Amex.

A. *Cour supérieure du Québec, 2009 QCCS 2764 (CanLII)*

[13] Le juge Gascon a refusé de rejeter le recours collectif pour le motif invoqué, soit que les demandeurs n’avaient pas le statut pour poursuivre l’ensemble des banques. Selon lui, une fois le recours collectif autorisé, il faut le considérer du point de vue du groupe plutôt que de celui du représentant. En l’espèce, les contextes juridique et factuel en cause étaient les mêmes pour toutes les banques. C’est pourquoi exiger d’entreprendre un recours collectif distinct à l’encontre de chaque banque, a-t-il conclu, constituerait un gaspillage de ressources, alors que permettre au recours contre BMO de suivre son cours ne causerait aucun préjudice aux banques.

[14] Le juge Gascon a conclu que les frais de conversion sont des « frais de crédit » au sens de l’art. 69 *L.p.c.*, suivant lequel les frais qui ne sont pas du capital net sont des frais de crédit. Selon lui, la preuve n’était pas la thèse selon laquelle les frais de conversion appartiennent au capital net puisqu’ils ne sont pas versés au commerçant étranger et qu’ils ne font pas partie du taux de change. La preuve démontrait plutôt que les frais de conversion étaient perçus en échange de services liés à la carte de crédit et qu’ils constituaient donc des frais de crédit. C’est la société de carte de crédit, et non l’émetteur de la carte, qui procède à la conversion. Aux termes de la *L.p.c.*, les frais de crédit s’entendent des frais accessoires ainsi que des frais directement liés au crédit consenti.

[15] Le juge Gascon a conclu en fait que cinq des banques — BMO, BNC, Citibanque, TD et Amex

(the “Group A Banks”) — failed to disclose the conversion charges. The Plaintiffs did not challenge the disclosure made by the four other banks — RBC, CIBC, Scotiabank and Laurentian (the “Group B Banks”). Gascon J. held that payment of the conversion charges by cardholders does not constitute a waiver of their right of action or of the protection of the *CPA*.

[16] According to Gascon J., the prescription period for cardholders of the Group B Banks who formed their initial contract before April 17, 2000 — three years before the class action was filed — had not run out because a new contract is formed every time a credit card is renewed. Prescription for cardholders of the Group A Banks was suspended until those banks began to disclose the charges.

[17] Gascon J. rejected the Banks’ constitutional argument that the *CPA* does not apply to them due to the doctrine of interjurisdictional immunity, concluding that credit card contracts are not at the core of banking activities and the *CPA* does not interfere with the federal banking regime. He also rejected the similar argument based on the doctrine of paramountcy, concluding that there was no operational conflict or frustration of federal purpose.

[18] Reimbursement of the conversion charges, as provided for in s. 272 of the *CPA*, was ordered as the appropriate sanction. Where possible, Gascon J. ordered collective recovery of all conversion charges imposed during the class periods, meaning each Bank must repay all conversion charges in a lump sum. Individual recovery was ordered where there was insufficient evidence to support collective recovery, meaning each class member would have the right to claim repayment of the conversion charges they paid during the relevant period. This was the case for cardholders of the Group B Banks as a result of the different prescription periods that applied to each cardholder depending on when they first

(les « banques du groupe A ») — n’avaient pas indiqué les frais de conversion. Les demandeurs n’ont pas contesté la mention de ces frais par les quatre autres banques — RBC, CIBC, Scotia et Laurentienne (les « banques du groupe B »). Le juge Gascon a conclu qu’en payant les frais de conversion, les titulaires de cartes n’avaient pas renoncé à leur droit d’action ou à la protection de la *L.p.c.*

[16] Selon le juge Gascon, le délai de prescription auquel étaient assujettis les titulaires des cartes émises par les banques du groupe B dont le contrat initial a été formé avant le 17 avril 2000 — soit trois ans avant l’exercice du recours collectif — n’était pas expiré parce qu’un nouveau contrat est formé chaque fois qu’une carte est renouvelée. Le délai de prescription des titulaires des cartes émises par les banques du groupe A a été suspendu jusqu’à ce qu’elles commencent à indiquer les frais.

[17] Le juge Gascon a rejeté l’argument constitutionnel soulevé par les banques, à savoir qu’elles échappaient à l’application de la *L.p.c.* en raison de la doctrine de l’exclusivité des compétences. Il estimait que les contrats de carte de crédit ne font pas partie du contenu essentiel, ou du cœur, des opérations des banques et que la *L.p.c.* n’entrave pas le régime bancaire fédéral. Il a également rejeté l’argument semblable fondé sur la doctrine de la prépondérance fédérale, concluant à l’absence de conflit d’application ou d’entrave à la réalisation d’un objectif fédéral.

[18] Le remboursement des frais de conversion a donc été ordonné en application de l’art. 272 *L.p.c.* à titre de sanction appropriée. Dans la mesure du possible, le juge Gascon a ordonné le recouvrement collectif de tous les frais de conversion imposés au cours des périodes visées par les recours collectifs, ce qui représente, pour chaque banque, un versement forfaitaire. Il a ordonné le recouvrement individuel lorsque la preuve ne permettait pas qu’il soit procédé au recouvrement collectif, ce qui signifie que chaque membre du groupe a le droit de réclamer le remboursement des frais de conversion qu’il a payés au cours de la période pertinente. C’était le cas des titulaires de cartes émises par les banques du

renewed their cards after April 17, 2000. Individual recovery was also ordered against TD, which failed to provide sufficient evidence that would have permitted collective recovery. The five Group A Banks were additionally required to pay \$25 per class member as punitive damages for failing to disclose the conversion charge.

B. *Quebec Court of Appeal, 2012 QCCA 1396 (CanLII)*

[19] Dalphond J.A. upheld Gascon J.'s conclusion that the Plaintiffs were adequate representative plaintiffs against all of the Banks. Dalphond J.A. held that permitting such class actions to proceed accorded with the general provisions of the Quebec *Code of Civil Procedure*, CQLR, c. C-25 (“CCP”), some of which allow people to sue on behalf of another party, and with the spirit of Book IX of the CCP, which governs class actions. What is needed by the representative plaintiff is not a personal legal interest, but *sufficient* interest. The quality of the representative plaintiff is distinct from the interest of the represented members. As long as there is a real sub-group of members for each defendant, a defendant cannot move to dismiss the action against them on the basis of the authorized representative having insufficient legal interest. Here, the class action was authorized with Mr. Marcotte and Mr. Laparé as its representative plaintiffs. The Banks’ argument on this issue attacked the quality of the representative plaintiffs, not whether there was a real sub-group of members for each Bank, and was rightly dismissed at trial.

[20] Dalphond J.A. agreed that neither interjurisdictional immunity nor paramountcy prevent the CPA from applying to the Banks. The credit offered through credit cards does not fall under s. 91(15) of the *Constitution Act, 1867*. Paramountcy applies to

groupe B, étant donné que le délai de prescription applicable variait en fonction de la date à laquelle chacun avait renouvelé sa carte pour la première fois après le 17 avril 2000. En outre, le recouvrement individuel a été ordonné dans le cas de TD, puisque la preuve produite par cette dernière n’était pas suffisante pour qu’il soit procédé au recouvrement collectif. Les cinq banques du groupe A ont en plus été condamnées à verser à chaque membre du recours 25 \$, à titre de dommages-intérêts punitifs, pour avoir omis d’indiquer les frais de conversion.

B. *Cour d’appel du Québec, 2012 QCCA 1396, [2012] R.J.Q. 1541*

[19] Le juge Dalphond a confirmé la conclusion du juge Gascon selon laquelle les demandeurs pouvaient assurer une représentation adéquate des membres du groupe, et ce à l’égard de toutes les banques. Selon lui, autoriser les recours collectifs de cette nature respectait les dispositions générales du *Code de procédure civile* du Québec, RLRQ, ch. C-25 (« C.p.c. »), dont certaines dispositions prévoient la possibilité d’entreprendre un recours pour le compte d’autrui, ainsi que l’esprit du livre IX C.p.c., qui régit les recours collectifs. Ce n’est pas un intérêt juridique personnel que doit détenir le représentant, mais un intérêt *suffisant*. Le statut du représentant se distingue de l’intérêt des membres qu’il représente. S’il existe un véritable sous-groupe de membres ayant un intérêt opposable à chacun des défendeurs, ces derniers ne sauraient invoquer l’insuffisance de l’intérêt juridique du représentant autorisé pour demander le rejet de l’action. En l’espèce, le recours collectif a été autorisé, et MM. Marcotte et Laparé ont été désignés à titre de représentants. L’argument avancé par les banques s’attarde au statut des représentants, non pas à l’existence d’un véritable sous-groupe de membres ayant un intérêt opposable à chaque banque, et c’est à bon droit qu’il a été rejeté au procès.

[20] Le juge Dalphond a reconnu que ni la doctrine de l’exclusivité des compétences ni celle de la prépondérance fédérale n’empêchaient la L.p.c. de s’appliquer aux banques. Le crédit auquel donnent accès les cartes de crédit ne relève pas du par. 91(15)

complaints made to the Office de la protection du consommateur against banks — only the Financial Consumer Agency of Canada (“FCAC”) has the authority to receive customer complaints against banks — but in light of the fact that conversion charges constitute net capital, the federal and provincial schemes work together harmoniously. The civil remedies in the *CPA* and the *Civil Code of Québec* (“*CCQ*”) remain available.

[21] As explained by Dalphond J.A. in his judgment in the *Desjardins Action*, the conversion charges constitute net capital under the *CPA* and not credit charges. The *CPA* classifies all fees tied to a contract extending variable credit (such as a credit card contract) as either net capital or credit charges. Credit charges are fees imposed to access credit either in the lead up to obtaining a credit card, such as membership fees, or subsequent to using the credit, such as interest or insurance premiums. Other fees imposed in the context of a credit card contract, such as fees for a copy of a lost monthly statement or to withdraw money from the ATM of another financial institution, are not credit charges. They, like conversion charges, are fees charged in exchange for a service the cardholder has chosen to use, not to access the credit.

[22] According to Dalphond J.A., classifying conversion charges as credit charges would have consequences contrary to the purpose of the *CPA*. The annual percentage credit rate that the *CPA* requires be disclosed to consumers on the credit card contract would vary between 18% and 900%, information more likely to confuse consumers than inform them. The 21-day grace period would apply to conversion charges so that customers who pay their balance before that time would not have to pay the conversion charge. As a result, card issuers would have to fund the conversion service by raising the membership fee or the general credit rate, resulting

de la *Loi constitutionnelle de 1867*. La doctrine de la prépondérance fédérale s’applique s’il existe une plainte auprès de l’Office de la protection du consommateur à propos d’une banque — seule l’Agence de la consommation en matière financière du Canada (« ACFC ») est habilitée à recevoir les plaintes de consommateurs au sujet de banques — mais, puisque les frais de conversion constituent du capital net, les régimes fédéral et provincial s’appliquent de façon harmonieuse. Les recours civils prévus à la *L.p.c.* et au *Code civil du Québec* (« *C.c.Q.* ») peuvent être exercés.

[21] Comme l’a expliqué le juge Dalphond dans la décision portant sur le recours contre *Desjardins*, les frais de conversion appartiennent au capital net au sens de la *L.p.c.*, non pas aux frais de crédit. La *L.p.c.* qualifie les frais liés à un contrat de crédit variable (tel qu’un contrat de carte de crédit) soit de capital net, soit de frais de crédit. Les frais de crédit sont les frais associés à l’accès au crédit, soit aux étapes préalables à l’obtention d’une carte de crédit, comme les frais d’adhésion, soit aux étapes subséquentes, comme les intérêts ou les primes d’assurance. Les autres frais imposés dans le cadre d’un contrat de carte de crédit, à titre d’exemple ceux exigés pour la copie d’un relevé mensuel perdu ou l’utilisation d’un guichet automatique appartenant à une autre institution financière, ne sont pas des frais de crédit. À l’instar des frais de conversion, ces frais sont perçus en contrepartie d’un service dont le titulaire se prévaut, mais ne sont pas liés à l’accès au crédit.

[22] Selon le juge Dalphond, assimiler les frais de conversion aux frais de crédit contreviendrait à l’objet de la *L.p.c.* Le taux de crédit annuel qui devrait être indiqué aux consommateurs dans le contrat de carte de crédit, conformément à la *L.p.c.*, varierait de 18 % à 900 %, ce qui risque de confondre le consommateur bien plus que de l’informer. Le délai de grâce de 21 jours s’appliquerait aux frais de conversion de sorte que les consommateurs qui acquitteraient leur solde avant l’expiration de ce délai ne seraient pas tenus de les payer. Les émettrices devraient donc, pour financer le service de conversion, augmenter les frais

in cardholders being charged a hidden fee for a service that only some use. Dalphond J.A. concluded that conversion charges must be classified as net capital as they are [TRANSLATION] “charges invoiced for the use, at the consumer’s choice, of a service that is ancillary to the [credit] card and unconnected to the actual issuance of credit in Canadian dollars that is available under the [credit card contract]” (2012 QCCA 1395 (CanLII), at para. 60).

[23] Applying the conclusion in the Desjardins Action to the BMO Action, Dalphond J.A. noted that under the *Bank Act*, S.C. 1991, c. 46, conversion charges are not included in the borrowing costs or borrowing rate defined in the federal scheme. As a result, he allowed the appeals brought by the Group B Banks, who were found at trial to have disclosed the conversion charge to cardholders.

[24] For the reasons given by Dalphond J.A. in the Amex Action, the Group A Banks were held to have breached both the *CPA* and the *CCQ* by not disclosing the conversion charge to cardholders. In the Amex Action, Dalphond J.A. applied the finding at trial that Amex had not disclosed the conversion charges in contravention of the *CPA*, the general principles of law found in the *CCQ*, and s. 452 of the *Bank Act*. Dalphond J.A. agreed with the trial judge that the conversion charge was not a component of the exchange rate but was instead a fee or cost for a service. For a 10-year period, neither the credit card contracts used by Amex nor common usage imposed an obligation to pay the conversion charge on cardholders. As a result, the receipt of a payment not due provisions permitted recovery of the amounts paid. The fact that the conversion charge rate was reasonable and competitive was held to be insufficient cause for refusing to order restitution. Refusing to grant restitution is a discretionary decision of the trial judge, and “Amex has failed to show that the trial judge did not exercise his discretion judiciously” by “showing that there was a palpable and

d’adhésion ou le taux de crédit général, et les titulaires de cartes se verraient ainsi imposer des frais cachés pour un service que seuls certains d’entre eux utilisent. Le juge Dalphond a conclu que les frais de conversion devaient être considérés comme du capital net, s’agissant de « frais facturés à l’occasion de l’utilisation, au seul choix du consommateur, d’un service accessoire à la carte [de crédit], non rattaché à l’octroi même du crédit en dollars canadiens disponible en vertu [du contrat de carte de crédit] » (2012 QCCA 1395, [2012] R.J.Q. 1526, par. 60).

[23] Appliquant la conclusion tirée du recours contre Desjardins à celui contre BMO, le juge Dalphond a précisé que les frais de conversion ne sont assimilés ni aux coûts d’emprunt ni aux taux d’emprunt définis dans le régime fédéral instauré par la *Loi sur les banques*, L.C. 1991, ch. 46. En conséquence, il a accueilli les appels interjetés par les banques du groupe B, qui avaient, selon le juge de première instance, indiqué les frais de conversion aux titulaires de cartes.

[24] Pour les mêmes motifs que ceux qu’il a exprimés dans le recours contre Amex, le juge Dalphond a conclu que les banques du groupe A avaient contrevenu à la *L.p.c.* et au *C.c.Q.* en ne mentionnant pas les frais de conversion aux titulaires de cartes. Dans le recours contre Amex, le juge Dalphond a appliqué la conclusion de fait tirée en première instance selon laquelle Amex n’avait pas mentionné les frais de conversion en contravention à la *L.p.c.*, aux principes de droit généraux contenus dans le *C.c.Q.*, et à l’art. 452 de la *Loi sur les banques*. Il partageait ainsi l’avis du juge du procès, selon qui les frais de conversion n’entraient pas dans le taux de change, mais étaient plutôt assimilés à des frais de service. Pendant 10 ans, ni les contrats de carte de crédit d’Amex ni la pratique n’obligeaient les titulaires de cartes à acquitter les frais de conversion. En conséquence, les dispositions relatives à la restitution de l’indu permettaient le recouvrement des sommes payées. Que le taux de conversion fût raisonnable et concurrentiel n’était pas un motif suffisant pour que le tribunal refuse d’ordonner la restitution. Un tel refus relève du

overriding error in his assessment of the situation” (2012 QCCA 1394, [2012] R.J.Q. 1512, at paras. 47 and 50).

[25] As a result, in the Amex Action, Amex was ordered to repay the conversion charges collected during the period of non-disclosure on a collective recovery basis to the defined classes. Similarly, in the BMO Action, BMO, NBC and Citibank were ordered to repay the conversion charges collected during the relevant periods on a collective recovery basis. TD was ordered to repay the conversion charges on an individual recovery basis because it provided insufficient evidence to determine the total amount of conversion charges imposed during the relevant period. The Court of Appeal overturned the amount awarded against Amex in the BMO Action, stating that that amount was entirely covered by the amount awarded against Amex in the Amex Action. Punitive damages were only awarded against TD in light of its failure to provide evidence that would have permitted collective recovery. The punitive damages against the other Group A Banks were overturned because collective recovery already has an important punitive aspect and ordering punitive damages would serve no preventive purpose.

[26] Dalphond J.A. concluded by dismissing waiver, prescription and the absence of prejudice as grounds for refusing to grant restitution against the Group A Banks. The cardholders could not have waived their right to dispute the conversion charges by paying off their accounts because the conversion charges were not disclosed to the cardholders and waivers can only be made with full knowledge. Prescription only began to run when the

pouvoir discrétionnaire du juge de première instance, et [TRADUCTION] « Amex n’a pas démontré que le juge de première instance n’avait pas exercé judicieusement son pouvoir discrétionnaire », en « prouvant qu’il avait commis une erreur manifeste et dominante dans son appréciation de la situation » (2012 QCCA 1394, [2012] R.J.Q. 1512, par. 47 et 50).

[25] En conséquence, dans le recours contre Amex, la Cour d’appel, par ordonnance de recouvrement collectif, a condamné Amex à rembourser aux groupes définis les frais de conversion qu’elle avait perçus durant la période où elle n’avait pas indiqué ces frais. De même, dans le recours contre BMO, cette dernière, BNC et Citibanque ont été condamnées, par ordonnance de recouvrement collectif, au remboursement des frais de conversion perçus au cours des périodes pertinentes. Quant à TD, la Cour d’appel a ordonné le remboursement des frais de conversion par recouvrement individuel, parce que la preuve produite par TD ne permettait pas de déterminer le total des frais de conversion imposés au cours de la période pertinente. La Cour d’appel a annulé les dommages-intérêts auxquels Amex avait été condamnée dans le cadre du recours contre BMO, affirmant que cette réparation était déjà couverte dans les dommages-intérêts qu’Amex avait été tenue de payer dans le cadre du recours contre Amex. Seule TD a été condamnée à des dommages-intérêts punitifs, au motif qu’elle n’avait pas produit de preuve qui aurait permis d’ordonner le recouvrement collectif. La condamnation aux dommages-intérêts punitifs des autres banques du groupe A a été infirmée, car le recouvrement collectif comporte déjà un aspect punitif important, et ce type de dommages-intérêts ne servirait aucune fonction préventive.

[26] Ultiment, le juge Dalphond a rejeté les moyens soulevés par les banques du groupe A — la renonciation, la prescription et l’absence de préjudice — en opposition à la restitution. Les titulaires de cartes ne pouvaient avoir renoncé à leur droit de contester les frais de conversion en payant leurs comptes, parce que les frais de conversion ne leur avaient pas été communiqués et qu’une renonciation n’est valable que si elle est faite en

Group A Banks' failure to disclose the conversion charges was discovered. The absence of prejudice is irrelevant since the Group A Banks had no legal right to impose the conversion charges and restitution would not grant an undue advantage to the cardholders.

[27] In the BMO Action, the Group A Banks and the Plaintiffs appeal the decision of the Court of Appeal before this Court. The Banks appeal Dalphond J.A.'s conclusion that interjurisdictional immunity and paramountcy do not apply, that the conversion charges imposed by the Group A Banks should be reimbursed, and that the Plaintiffs had standing against all of the Banks. The Plaintiffs appeal Dalphond J.A.'s conclusion that the conversion charges are net capital and not credit charges. Leave was granted by this Court for both appeals on April 11, 2013, along with the appeals in the Desjardins and Amex Actions ([2013] 2 S.C.R. v, vi and x).

IV. Issues

[28] This appeal raises the following issues:

- (a) Do the representative plaintiffs have standing to bring a class action against all of the Banks, including those against which they do not have a personal right of action?
- (b) Are the conversion charges net capital or credit charges under the *CPA*?
- (c) Are ss. 12 and 272 of the *CPA* constitutionally inapplicable in respect of bank-issued credit cards by reason of the doctrine of interjurisdictional immunity?
- (d) Are ss. 12 and 272 of the *CPA* constitutionally inoperative in respect of bank-issued credit cards by reason of the doctrine of federal paramountcy?

pleine connaissance de cause. La prescription n'a commencé à courir que le jour où le défaut des banques du groupe A d'indiquer les frais de conversion a été découvert. L'absence de préjudice ne s'appliquait pas puisque les banques du groupe A n'étaient pas en droit d'imposer des frais de conversion et que la restitution ne conférerait aucun avantage indu aux titulaires de cartes.

[27] Dans le recours contre BMO, les banques du groupe A et les demandeurs interjettent appel de la décision de la Cour d'appel devant notre Cour. Les banques appellent des conclusions tirées par le juge Dalphond : les doctrines de l'exclusivité des compétences et de la prépondérance fédérale ne s'appliquent pas, les frais de conversion imposés par les banques du groupe A doivent être remboursés et les demandeurs ont le statut pour représenter le groupe à l'égard de toutes les banques. Pour leur part, les demandeurs appellent de la conclusion du juge Dalphond qui a assimilé les frais de conversion au capital net et non à des frais de crédit. Le 11 avril 2013, l'autorisation de pourvoi a été accordée par la Cour dans les deux cas ainsi que dans les recours contre Desjardins et Amex ([2013] 2 R.C.S. v, vi et x).

IV. Questions en litige

[28] Le présent pourvoi soulève les questions suivantes :

- a) Les représentants ont-ils le statut pour exercer un recours collectif à l'encontre de toutes les banques, y compris celles à l'égard desquelles ils n'ont aucun droit d'action personnel?
- b) Les frais de conversion représentent-ils du capital net ou des frais de crédit au sens de la *L.p.c.*?
- c) Les articles 12 et 272 *L.p.c.* sont-ils constitutionnellement inapplicables à l'égard des cartes de crédit émises par des banques en raison de la doctrine de l'exclusivité des compétences?
- d) Les articles 12 et 272 *L.p.c.* sont-ils constitutionnellement inopérants à l'égard des cartes de crédit émises par des banques en raison de la doctrine de la prépondérance fédérale?

(e) What remedies, if any, are owed to the class members?

V. Analysis

A. *The Representative Plaintiffs Have Standing*

[29] The five Group A Banks argue that the trial judge and Court of Appeal erred in finding that the Plaintiffs had standing to bring this class action. The Banks argue that the Court of Appeal decision conflicts with arts. 55 and 59 of the *CCP*, which respectively require plaintiffs to have a “sufficient interest” and a “common interest” in the action. The Group A Banks rely on *Bouchard v. Agropur Coopérative*, 2006 QCCA 1342, [2006] R.J.Q. 2349, for the proposition that a representative plaintiff in a class action must have a cause of action against each defendant. They submit that the Court of Appeal’s decision has replaced *Agropur*’s clear rule with “an elastic, case-by-case knowledge test” (Banks A.F., at para. 111).

[30] The Plaintiffs, Mr. Marcotte and Mr. Laparé, counter that *Agropur* does not apply for two reasons: first, it was decided at the authorization stage, and second, this case falls into an exception to *Agropur* created by the Court of Appeal in *Regroupement des CHSLD Christ-Roi (Centre hospitalier, soins longue durée) v. Comité provincial des malades*, 2007 QCCA 1068, [2007] R.J.Q. 1753. They further argue that the *CCP* allows a person to act on behalf of others, that the banks have not suffered any prejudice from the current arrangement, that the Court of Appeal’s position is shared by most Canadian jurisdictions, and finally, that the Banks’ position would lead to a waste of judicial resources.

[31] That the Banks’ position would lead to a waste of juridical resources is true, as echoed by the statement of the trial judge: [TRANSLATION] “. . . this would all have been done for nothing, and such a conclusion would have no adverse effect on the members and would not clearly benefit the

e) À quelles réparations, s’il en est, les membres du groupe ont-ils droit?

V. Analyse

A. *Les représentants ont le statut*

[29] Les cinq banques du groupe A soutiennent que le juge de première instance et la Cour d’appel ont commis une erreur en concluant que les demandeurs avaient le statut pour intenter le recours collectif. Elles font valoir que la décision de la Cour d’appel va à l’encontre des art. 55 et 59 *C.p.c.*, qui exigent respectivement des demandeurs qu’ils aient un « intérêt suffisant » et un « intérêt commun » dans le litige. Les banques du groupe A invoquent l’arrêt *Bouchard c. Agropur Coopérative*, 2006 QCCA 1342, [2006] R.J.Q. 2349, pour affirmer que, dans le cadre d’un recours collectif, le représentant doit avoir une cause d’action contre chaque défendeur. Elles prétendent que la décision de la Cour d’appel a pour effet de substituer à la règle claire énoncée dans l’arrêt *Agropur* [TRADUCTION] « un critère de connaissance élastique, fondé sur les circonstances de chaque cas » (m.a. (banques), par. 111).

[30] Les demandeurs, MM. Marcotte et Laparé, répliquent que l’arrêt *Agropur* ne s’applique pas, et ce pour deux raisons : d’une part, l’affaire a été décidée à l’étape de l’autorisation et, d’autre part, la présente affaire relève d’une exception à cet arrêt reconnue par la Cour d’appel dans l’arrêt *Regroupement des CHSLD Christ-Roi (Centre hospitalier, soins longue durée) c. Comité provincial des malades*, 2007 QCCA 1068, [2007] R.J.Q. 1753. Ils soutiennent en outre que le *C.p.c.* permet d’agir pour le compte d’autrui, que les banques n’ont subi aucun préjudice, que la plupart des tribunaux canadiens partagent l’avis de la Cour d’appel et, enfin, que la thèse avancée par les banques se traduirait par un gaspillage des ressources judiciaires.

[31] Certes, la thèse avancée par les banques se traduirait par un gaspillage des ressources judiciaires, comme en témoigne la déclaration suivante du juge du procès : « . . . on aurait fait tout cela pour rien, sans conséquence négative pour les membres et sans bénéfice clair pour les banques » (par. 200).

banks” (para. 200). But the question is not solely whether granting standing is right in terms of judicial economy, or whether to deny it at this stage of the proceedings is pointless. The question is also whether the law permits a collective action where the representative does not have a direct cause of action against, or a legal relationship with, each defendant. In our opinion it does. Article 55 of the *CCP* must be interpreted in harmony with Book IX of the *CCP* in order to achieve the outcome that is best suited to the goals of class actions. However, a few points merit further clarification: how to interpret *Agropur*, and how to apply the principle of proportionality found in art. 4.2 of the *CCP*.

[32] We will begin with the Court of Appeal judgment. In our opinion, Dalphond J.A. correctly concluded that art. 55 of the *CCP*, which requires plaintiffs to have “sufficient interest” in the action, must be adapted to the context of class actions in accordance with the principle of proportionality found in art. 4.2 of the *CCP*. We note in particular the effect of art. 1051 of the *CCP* which renders the other provisions of the *CCP*, including art. 55, applicable to class action proceedings, but in a way that respects the spirit of Book IX of the *CCP*. The nature of this “sufficient interest” has to reflect the collective and representative nature of a class action. Dalphond J.A. also correctly distinguished between the ability to adequately act as a representative and the ability to obtain a judgment against a defendant. As long as the representative plaintiff is an adequate representative of the class per art. 1003(d) of the *CCP* and the actions against each defendant involve identical, similar or related questions of law or fact per art. 1003(a), it is open to a judge to authorize the class action. This conclusion ensures the economy of judicial resources, increases access to justice, and averts the possibility of conflicting judgments on the same question of law or fact.

[33] It is an approach that is consistent with most other Canadian jurisdictions. In *MacKinnon v. National Money Mart Co.*, 2004 BCCA 472, 33

Or, il ne s’agit pas seulement de savoir s’il est judiciaire du point de vue de l’économie judiciaire de reconnaître le statut pour agir ni s’il est inutile, à cette étape de l’instance, de conclure le contraire. Il s’agit également de savoir si la loi permet le recours collectif lorsque le représentant n’a pas une cause d’action directe contre chaque défendeur ou un lien de droit avec chacun d’eux. Nous sommes d’avis que c’est le cas. Il faut interpréter l’art. 55 *C.p.c.* en harmonie avec le livre IX de sorte à favoriser le résultat qui répond le mieux aux objectifs des recours collectifs. Cependant, quelques points méritent des éclaircissements : l’interprétation de l’arrêt *Agropur* et l’application du principe de la proportionnalité mentionné à l’art. 4.2 *C.p.c.*

[32] Commençons par la décision de la Cour d’appel. À notre avis, le juge Dalphond a conclu à bon droit que l’art. 55 *C.p.c.*, qui exige du demandeur un « intérêt suffisant » dans l’action, doit être adapté au contexte des recours collectifs conformément au principe de la proportionnalité énoncé à l’art. 4.2 *C.p.c.* Soulignons en particulier l’art. 1051 *C.p.c.* qui rend les autres dispositions du *C.p.c.* — y compris l’art. 55 — applicables aux recours collectifs, mais de sorte que l’esprit du livre IX *C.p.c.* soit respecté. Il faut que la nature de l’« intérêt suffisant » soit envisagée à la lumière du caractère collectif et représentatif de ce type de recours. Le juge Dalphond a de plus établi à juste titre une distinction entre être en mesure d’assurer une représentation adéquate et être en mesure d’obtenir un jugement à l’encontre d’un défendeur. Dès lors que le représentant est en mesure d’assurer une représentation adéquate du groupe, comme le veut l’al. 1003(d) *C.p.c.* et que les recours entrepris contre chaque défendeur soulèvent des questions de droit ou de fait identiques, similaires ou connexes, comme le veut l’al. 1003(a), il est loisible au juge d’autoriser le recours collectif. Une telle conclusion favorise l’économie des ressources judiciaires et l’accès à la justice et évite le risque de jugements contradictoires sur une même question de droit ou de fait.

[33] C’est le raisonnement qu’ont adopté la plupart des autres juridictions canadiennes. Dans l’arrêt *MacKinnon c. National Money Mart Co.*, 2004

B.C.L.R. (4th) 21, the British Columbia Court of Appeal held that a cause of action against each defendant could be held by class members rather than by the representative plaintiff (para. 51). Alberta, Manitoba and Saskatchewan followed suit (see Court of Appeal reasons, at paras. 55-57).

[34] It is an approach that is also consistent with the *CCP* itself. As Dalphond J.A. notes in the Court of Appeal reasons, art. 55 requires that interest be direct and personal to be sufficient:

[TRANSLATION] This interest may result from a contractual relationship between the plaintiff and the named defendant or from an extra-contractual breach by the named person against the plaintiff. This does not mean, however, that the plaintiff must always be the one with the standing (the victim of a fault who sues the wrongdoer, for example). Indeed, Quebec law acknowledges that some people may sue on behalf of an interested person (e.g., the tutor of a minor (article 159 C.C.Q.), the *ad hoc* tutor (article 190 C.C.Q.) or the mandatary designated by mandate in anticipation of incapacity (article 2166 C.C.Q.)). This acknowledgement of a person's capacity to act on behalf of others arises from explicit statutory authorization (e.g., parents' tutorship of their minor, unemancipated children, article 192 C.C.Q.), from appointment (e.g., article 200 C.C.Q.), or from a judgment (article 205 C.C.Q.). [Emphasis added; para. 61.]

Additionally, art. 1048 of the *CCP* allows a corporate body or association to act as a representative in a class action as long as one of its members is part of the class and that member's interest against the defendant is linked to the objects for which the corporate body or association was constituted. The *CCP* therefore permits an entity or person without a direct and personal interest in the claims against some of the defendants to represent the class in various circumstances.

[35] Moreover, the malleability of the "sufficient interest" criteria is evident in art. 1015, which states that a representative plaintiff "is deemed to have a sufficient interest notwithstanding his acceptance of the defendant's offers respecting his personal

BCCA 472, 33 B.C.L.R. (4th) 21, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a conclu qu'une cause d'action contre chaque défendeur pouvait être détenue par les membres du groupe — plutôt que par le représentant (par. 51). L'Alberta, le Manitoba et la Saskatchewan ont emboîté le pas (voir les motifs de la Cour d'appel, par. 55-57).

[34] Ce raisonnement est aussi conforme à l'économie du *C.p.c.* Comme le dit le juge Dalphond, dans les motifs de la Cour d'appel, l'art. 55 exige, pour que l'intérêt soit suffisant, un intérêt direct et personnel :

Cet intérêt peut découler d'un lien contractuel entre le demandeur et le défendeur qu'il a assigné ou d'un manquement extracontractuel de la personne assignée envers le demandeur. Cela ne signifie cependant pas que le demandeur doit toujours être la personne qui possède cet intérêt, comme la victime d'une faute qui poursuit l'auteur de cette dernière. En effet, notre droit reconnaît à certains la capacité de poursuivre au nom de la personne qui a l'intérêt (par exemple : le tuteur pour le mineur (art. 159 C.C.Q.), le tuteur *ad hoc* (art. 190 C.C.Q.) ou le mandataire en vertu d'un mandat d'inaptitude (art. 2166 C.C.Q.)). Cette reconnaissance de la capacité d'agir au nom d'autrui découle soit d'une habilitation législative expresse (par exemple : la tutelle des parents à l'égard de leurs enfants mineurs et non émancipés, art. 192 C.C.Q.), soit d'une délégation (par exemple, art. 200 C.C.Q.) ou d'une décision judiciaire (art. 205 C.C.Q.). [Nous soulignons; par. 61.]

Qui plus est, l'art. 1048 *C.p.c.* autorise la personne morale de droit privé ou l'association à agir comme représentant dans un recours collectif si un de ses membres est membre du groupe représenté et si l'intérêt de ce membre opposable au défendeur est lié aux objets pour lesquels la personne morale ou l'association a été constituée. Le *C.p.c.* habilite donc une entité ou une personne dépourvue d'un intérêt direct et personnel opposable à certains défendeurs à représenter le groupe dans certaines circonstances.

[35] De plus, la malléabilité du critère de l'« intérêt suffisant » ressort de l'art. 1015, qui dispose que, « [m]algré l'acceptation des offres du défendeur relativement à sa créance personnelle, le représentant est réputé conserver un intérêt suffisant. »

claim”. In a similar vein, the Quebec Court of Appeal allowed a class action where the representative’s personal claim was prescribed, but the majority of group members’ actions were not (*Service aux marchands détaillants ltée (Household Finance) v. Option consommateurs*, 2006 QCCA 1319 (CanLII), at para. 66, leave to appeal refused, [2007] 1 S.C.R. xi).

[36] The question then becomes how to reconcile *Agropur* and *CHSLD Christ-Roi*.

[37] In *Agropur*, the Quebec Court of Appeal upheld an authorization judgment denying standing to a representative who did not have a personal cause of action against, or a legal relationship with, each defendant (paras. 110 and 112). Pelletier J.A. found that the representative plaintiff had only consumed milk from one of the producers being sued, and held:

[TRANSLATION] In class actions involving a number of respondents, this court has implicitly confirmed that the applicant must assert a cause of action against each of them. Moreover, this jurisprudence is consistent with that of the Ontario and U.S. courts. In my opinion, any ambiguity in this regard should be removed by clearly reaffirming the principle that a representative must establish a cause of action in respect of each of the parties against whom the action is to be brought. [Emphasis added; para. 110.]

[38] Although *Agropur* seems to establish a bright-line rule forbidding class actions with multiple defendants where the representative does not have a cause of action against each defendant, later judgments of the Court of Appeal do not appear to have applied such a principle. Indeed, the Court of Appeal allowed such a claim to proceed in *CHSLD Christ-Roi*. In doing so, the court held that its situation was distinct from that of *Agropur* in two ways: first, *Agropur* contested the authorization itself, whereas in *CHSLD Christ-Roi* the decision was an appeal from the trial decision on the merits; and second, unlike *Agropur*, there was one cause of action common to the class, rather than several.

Dans le même ordre d’idées, la Cour d’appel du Québec a autorisé un recours collectif même si la créance personnelle du représentant était prescrite, alors que celle de la majorité des membres du groupe ne l’était pas (*Service aux marchands détaillants ltée (Household Finance) c. Option consommateurs*, 2006 QCCA 1319 (CanLII), par. 66, autorisation d’appel refusée, [2007] 1 R.C.S. xi).

[36] Il faut donc maintenant déterminer comment concilier les arrêts *Agropur* et *CHSLD Christ-Roi*.

[37] Dans l’arrêt *Agropur*, la Cour d’appel du Québec a confirmé le jugement, rendu sur la requête en autorisation, qui ne reconnaissait pas le statut de représentant à une personne dépourvue d’une cause personnelle d’action contre tous les défendeurs ou d’un lien de droit avec chacun de ces derniers (par. 110 et 112). Le juge Pelletier a conclu que le représentant n’avait consommé que le lait d’un seul des producteurs poursuivis et s’est ainsi exprimé :

Dans les cas de recours collectifs impliquant plusieurs intimés, notre cour a confirmé implicitement la nécessité pour le requérant de faire valoir une cause d’action à l’égard de chacun d’eux. Cette jurisprudence va d’ailleurs dans le même sens que celle qui s’est établie en Ontario et aux États-Unis. Il convient à mon avis de dissiper toute ambiguïté à ce sujet et de réaffirmer clairement le principe de la nécessité pour un représentant d’établir une cause d’action contre chacune des parties visées par le recours. [Nous soulignons; par. 110.]

[38] Bien que l’arrêt *Agropur* semble établir une règle de démarcation nette interdisant le recours collectif à l’encontre de plusieurs défendeurs si le représentant n’a pas de cause d’action contre chacun d’eux, il ressort de décisions ultérieures que la Cour d’appel n’a pas appliqué ce principe. En effet, elle a autorisé le recours dans l’arrêt *CHSLD Christ-Roi*, affirmant que cette affaire se distinguait de l’affaire *Agropur* à deux égards : premièrement, dans *Agropur*, l’autorisation même était contestée, alors que dans *CHSLD Christ-Roi*, la décision sur le fond rendue en première instance était portée en appel; deuxièmement, contrairement à la situation dans l’affaire *Agropur* où intervenaient plusieurs causes d’action, une seule cause d’action était commune à l’ensemble du groupe dans *CHSLD Christ-Roi*.

[39] The court in *CHSLD Christ-Roi* reasoned that art. 1003(d) of the *CCP* focuses on the representative character of the plaintiff and his or her capacity to adequately serve as a representative of the group members, and that representative plaintiff's standing was satisfied by his or her being a part of the class that had already been authorized based on a legitimate single cause of action (para. 27). Moreover, the court then found the consequences of denying standing would be contrary to the objectives of the class action mechanism:

[TRANSLATION] The presence of multiple defendants in this case does not require that there be as many representatives as there are CHSLDs. Indeed, the issue in dispute is common to all the establishments, be they private under agreement or public, that do not offer their users the laundry services to which they argue they are legally entitled. To proceed as the appellants suggest would result in as many class actions as there are establishments, which would entail significant, maybe even very significant, fees and procedural complexity that would require more resources from the legal system than are required. To impose on the users of long-term treatment facilities the obligation to bring as many class actions as there are establishments [could] dissuade them from asserting their rights before the courts, which would be contrary to the objectives of class action lawsuits. To accept the public establishments' proposal would, in a case such as this one, [tend to] stifle the class action lawsuit and undermine its social objective. [para. 31]

[40] As the law stands, it is unclear in the province of Quebec whether it is possible to bring a class action suit against multiple defendants where the representative does not have a direct cause of action against each of them. The cases since *Agropur* that have allowed such class actions all occurred at the post-authorization stage and used this distinction to allow the class action (see *Imperial Tobacco Canada Ltd. v. Conseil québécois sur le tabac et la santé*, 2007 QCCA 694 (CanLII), at para. 22; *General Motors du Canada ltée v. Billette*, 2009 QCCA 2476, [2010] R.J.Q. 66, at paras. 50-51). In fact, in his reasons for this case, Dalphond J.A. similarly wrote that the legal link between each defendant and the members of the relevant sub-group had

[39] Dans l'arrêt *CHSLD Christ-Roi*, la Cour d'appel a jugé que l'al. 1003d) *C.p.c.* mettait l'accent sur le caractère représentatif du demandeur et sur sa capacité à s'acquitter adéquatement de son rôle de représentation des membres du groupe, et que le statut de représentant du demandeur était établi dès lors qu'il appartient à un groupe dont le recours avait déjà été autorisé sur la base d'une cause d'action unique et légitime (par. 27). Par ailleurs, la cour estimait que les conséquences du refus de reconnaître à l'appelant le statut de représentant iraient à l'encontre des objectifs visés par la procédure du recours collectif :

La présence de défendeurs multiples n'exige pas en l'espèce qu'il y ait autant de représentants qu'il y a de CHSLD. En effet, la question en litige est commune à tous les établissements, privés conventionnés ou publics, qui n'offrent pas à leurs usagers le service de buanderie auquel ils prétendent avoir droit en vertu de la loi. Procéder comme les appelants le suggèrent signifierait qu'il y aurait autant de recours collectifs qu'il y a d'établissements, ce qui se traduirait par des frais importants, sinon considérables, et une lourdeur procédurale qui exigerait du système judiciaire plus de ressources que nécessaire. Imposer aux usagers des centres de soins de longue durée la contrainte d'intenter autant de recours collectifs qu'il y a d'établissements pourrait avoir pour effet de les dissuader de faire valoir leurs droits en justice, ce qui irait à l'encontre des objectifs visés par la procédure de recours collectif. Retenir la proposition des établissements publics tendrait, dans un cas comme celui-ci, à stériliser la procédure de recours collectif et miner sa vocation sociale. [par. 31]

[40] Dans l'état actuel du droit au Québec, il n'est pas clair qu'il est possible d'exercer un recours collectif contre de multiples défendeurs lorsque le représentant n'a pas de cause d'action directe contre chacun d'eux. Depuis l'arrêt *Agropur*, dans les cas où l'exercice du recours collectif a été autorisé en semblable situation, la question du statut du représentant pour agir avait été soulevée à l'étape ultérieure à l'autorisation et les tribunaux ont appuyé leurs décisions sur cette distinction (voir *Imperial Tobacco Canada ltée c. Conseil québécois sur le tabac et la santé*, 2007 QCCA 694 (CanLII), par. 22; *General Motors du Canada ltée c. Billette*, 2009 QCCA 2476, [2010] R.J.Q. 66, par. 50-51). En fait, dans les motifs exposés dans la présente

been established at the authorization stage, thereby ensuring that there was a genuine cause of action on the part of the *class members* towards all of the defendants (para. 71).

[41] We cannot agree that representative plaintiffs for a class action who do not have a direct cause of action against each defendant do not have standing if that issue is raised at the authorization stage, but do have standing if the issue is raised once the class action is already authorized. Both lower courts justified this result by noting that once a class action has been authorized, the analysis must be done from the view of the group rather than the representative plaintiffs because at that point a class with a valid cause of action already exists. The question of whether representative plaintiffs can have standing against defendants with whom they do not have a direct cause of action must have the same answer whether or not it is raised before or after the class action is authorized.

[42] Standing in the context of class actions must be analyzed through the lens of the criteria for authorization of class actions set out in the *CCP*. That analysis must have the same outcome regardless of whether it is conducted before or after the class action is authorized. As stated above, determining whether art. 55 of the *CCP* is satisfied requires interpreting that provision harmoniously with the class action authorization criteria of art. 1003 in order to take into account the collective nature of class actions. The nature of the interest necessary to establish the standing of the representative must be understood from the perspective of the common interest of the proposed class, and not solely from the perspective of the representative plaintiffs. The legal principles that govern a challenge to standing should be the same whether the challenge occurs at the authorization stage or at the merits stage, because, at both stages, the court must look to the authorization criteria of art. 1003 to resolve the issue. The difficulty of concluding otherwise is well illustrated in this case, where, by this reasoning, the entire class action could have been halted at the

affaire, le juge Dalphond a également écrit que le lien de droit entre chaque défendeur et les membres du sous-groupe pertinent avait été établi à l'étape de l'autorisation, de sorte que les *membres du groupe* avaient une véritable cause d'action à l'égard de tous les défendeurs (par. 71).

[41] Nous ne pouvons accepter que, dans le cadre d'un recours collectif, le représentant dépourvu d'une cause d'action directe contre chaque défendeur n'a pas le statut pour agir si la question est soulevée à l'étape de l'autorisation, alors qu'il obtient ce statut si la question est débattue après l'autorisation. Les deux juridictions inférieures ont justifié ce résultat, signalant au passage que, dès lors que le recours collectif est autorisé, l'analyse est entreprise sous l'angle, non pas du représentant, mais du groupe parce qu'il existe alors un groupe doté d'une cause d'action valide. Nous sommes d'avis que la réponse à la question de savoir si le représentant a le statut pour agir contre des défendeurs à l'égard desquels il n'a pas de cause directe d'action doit être la même, peu importe si cette question est soulevée à l'étape de l'autorisation ou par la suite.

[42] En matière de recours collectif, le statut pour agir doit être analysé à la lumière des critères d'autorisation énoncés au *C.p.c.* Cette analyse doit aboutir au même résultat qu'elle soit entreprise à l'étape de l'autorisation du recours collectif ou après. Rappelons que pour déterminer s'il est satisfait à l'art. 55 *C.p.c.*, il faut interpréter cette disposition en harmonie avec les critères d'autorisation du recours collectif prévus à l'art. 1003 d'une manière qui tient compte de l'aspect collectif de ce type de recours. La nature de l'intérêt que doit établir le représentant pour avoir le statut doit être appréciée sous l'angle de l'intérêt commun du groupe proposé et non uniquement du point de vue du représentant. Les principes juridiques qui régissent la contestation du statut du représentant devraient être les mêmes, que cette dernière intervienne à l'étape de l'autorisation ou à celle de l'examen au fond, parce que, dans un cas comme dans l'autre, le tribunal tranche la question à la lumière des critères d'autorisation énoncés à l'art. 1003. Le problème qu'entraîne le raisonnement contraire est bien illustré en l'espèce : suivant

authorization stage had the Banks contested standing at that time instead of at the merits stage.

[43] Nothing in the nature of class actions or the authorization criteria of art. 1003 requires representatives to have a direct cause of action against, or a legal relationship with, each defendant in the class action. The focus under art. 1003 of the *CCP* is on whether there are identical, similar or related questions of law or fact; whether there is someone who can represent the class adequately; whether there are enough facts to justify the conclusion sought; and whether it is a situation that would be difficult to bring with a simple joinder of actions under art. 67 of the *CCP* or via mandatory under art. 59 of the *CCP*. As noted in *Infineon Technologies AG v. Option consommateurs*, 2013 SCC 59, [2013] 3 S.C.R. 600, this Court has given a broad interpretation and application to the requirements for authorization, and “the tenor of the jurisprudence clearly favours easier access to the class action as a vehicle for achieving the twin goals of deterrence and victim compensation” (para. 60). Article 1003(d) still requires the representative plaintiff to be “in a position to represent the members adequately”. Under this provision, the court has the authority to assess whether a proposed representative plaintiff could adequately represent members of a class against defendants with whom he would not otherwise have standing to sue.

[44] In addition, reading art. 55 of the *CCP* harmoniously with the requirements of art. 1003 is in line with this Court’s jurisprudence on art. 4.2 and proportionality more generally. In *Vivendi Canada Inc. v. Dell’Aniello*, 2014 SCC 1, [2014] 1 S.C.R. 3, this Court recently confirmed that the principle of proportionality is an important factor in civil procedure, one that “must be considered in the assessment with respect to each of [the] criteria” found under art. 1003 (para. 66). This principle reinforces the judicial discretion already found in the language of

pareil raisonnement, le recours collectif en entier aurait pu prendre fin à l’étape de l’autorisation si les banques avaient contesté le statut du représentant à cette étape, plutôt qu’à celle de l’examen au fond.

[43] Rien dans la nature du recours collectif ou dans les critères d’autorisation prévus à l’art. 1003 n’exige une cause d’action directe par le représentant contre chaque défendeur ou un lien de droit entre eux. L’article 1003 *C.p.c.* appelle l’analyse suivante : Les recours soulèvent-ils des questions de droit ou de fait identiques, similaires ou connexes? Quelqu’un est-il en mesure d’assurer une représentation adéquate des membres? Un nombre suffisant de faits justifient-ils la conclusion recherchée? Enfin, la situation rend-elle difficile le simple recours joint, prévu à l’art. 67 *C.p.c.*, ou le mandat, prévu à l’art. 59 *C.p.c.*? Comme elle l’indique dans l’arrêt *Infineon Technologies AG c. Option consommateurs*, 2013 CSC 59, [2013] 3 R.C.S. 600, notre Cour privilégie une interprétation et une application larges des critères d’autorisation du recours collectif et « la jurisprudence a clairement voulu faciliter l’exercice des recours collectifs comme moyen d’atteindre le double objectif de la dissuasion et de l’indemnisation des victimes » (par. 60). L’alinéa 1003d) exige cependant du représentant qu’il soit « en mesure d’assurer une représentation adéquate des membres ». Cette disposition confère donc au tribunal le pouvoir de décider si le représentant proposé pourrait assurer une représentation adéquate des membres du groupe à l’égard des défendeurs contre lesquels il n’aurait pas en d’autres circonstances le statut pour poursuivre.

[44] En outre, interpréter l’art. 55 *C.p.c.* en harmonie avec les conditions de l’art. 1003 s’inscrit dans le sens de la jurisprudence de notre Cour sur l’art. 4.2 et sur le critère de la proportionnalité en général. Dans l’arrêt *Vivendi Canada Inc. c. Dell’Aniello*, 2014 CSC 1, [2014] 1 R.C.S. 3, la Cour a confirmé récemment l’importance du principe de la proportionnalité dans la procédure civile, qui doit « être considéré dans l’appréciation de chacun de ces critères » (au sujet de l’art. 1003) (par. 66). Ce principe vient renforcer le pouvoir

art. 1003 (*Vivendi*, at paras. 33 and 68). The importance of the proportionality requirement of art. 4.2 has been underlined in *Marcotte v. Longueuil (City)*, 2009 SCC 43, [2009] 3 S.C.R. 65, in a passage that seems particularly apt in the context of the function of class actions:

Moreover, the requirement of proportionality in the conduct of proceedings reflects the nature of the civil justice system, which, while frequently called on to settle private disputes, discharges state functions and constitutes a public service. This principle means that litigation must be consistent with the principles of good faith and of balance between litigants and must not result in an abuse of the public service provided by the institutions of the civil justice system. [para. 43]

[45] In other words, the authorizing judge has an obligation to consider proportionality — the balance between litigants, good faith, etc. — when assessing whether the representative is adequate, or whether the class contains enough members with personal causes of action against each defendant.

[46] The facts of this case demonstrate the importance of granting the representative plaintiffs standing even where they do not have a personal cause of action against each defendant. As in *CHSLD Christ-Roi*, the same legal issues are present in the action of each class member against each Bank. Each Bank faces more or less the same issues regarding the interpretation and application of the *CPA*, and counters with the same arguments about its constitutional applicability. Even more tellingly, when questioned by the trial judge as to whether he should disregard the evidence heard from one Bank in his decision *vis-à-vis* the other Banks, the Banks argued that even if Mr. Marcotte and Mr. Laparé were found to not have standing for all of the Banks, this evidence was pertinent to the questions at issue for all the Banks and should not be disregarded (trial reasons, at para. 197).

d'appréciation déjà reconnu au juge par l'art. 1003 (*Vivendi*, par. 33 et 68). L'importance de la proportionnalité prévue à l'art. 4.2 a été soulignée dans l'arrêt *Marcotte c. Longueuil (Ville)*, 2009 CSC 43, [2009] 3 R.C.S. 65, dans un passage qui semble particulièrement adapté aux recours collectifs :

L'exigence de proportionnalité dans la conduite de la procédure reflète d'ailleurs la nature de la justice civile qui, souvent appelée à trancher des litiges privés, remplit des fonctions d'État et constitue un service public. Ce principe veut que le recours à la justice respecte les principes de la bonne foi et de l'équilibre entre les plaignants et n'entraîne pas une utilisation abusive du service public que forment les institutions de la justice civile. [par. 43]

[45] Autrement dit, le juge saisi de la requête en autorisation a l'obligation de tenir compte de la proportionnalité — équilibre entre les parties, bonne foi, etc. — pour déterminer si le représentant proposé peut assurer une représentation adéquate, ou si le groupe compte suffisamment de membres dotés d'une cause personnelle d'action contre chacun des défendeurs.

[46] Les faits de la présente affaire font foi de l'importance d'attribuer le statut de représentant aux demandeurs même s'ils n'ont pas de cause d'action personnelle contre chacun des défendeurs. Tout comme c'était le cas dans l'affaire *CHSLD Christ-Roi*, l'action de chaque membre du groupe à l'encontre de chaque défendeur soulève des questions de droit identiques. Chaque banque se voit opposer à peu de chose près les mêmes questions d'interprétation et d'application de la *L.p.c.* et répond par les mêmes arguments sur la constitutionnalité de son application. Qui plus est, au juge du procès qui leur a demandé s'il devait ignorer la preuve produite par une banque concernant les autres, ces dernières ont répondu que cette preuve demeurerait pertinente dans l'analyse des questions en litige au regard de chacune des banques et ne saurait être écartée, même si le tribunal concluait à l'impossibilité pour MM. Marcotte et Laparé de représenter le groupe à l'égard de toutes les banques (motifs de première instance, par. 197).

[47] We conclude that the trial judge and the Court of Appeal were correct to find that the representative plaintiffs have standing to sue all of the Banks. The class action was authorized under the criteria of art. 1003, and for the aforementioned reasons, the current challenge to the representative plaintiffs' standing must fail. This Court's flexible approach to authorization in *Infineon* and *Vivendi* supports a proportional approach to class action standing that economizes judicial resources and enhances access to justice. It is inappropriate that different outcomes might result depending on when standing is challenged. For these reasons, we find the portions of *Agropur* pertaining to standing should no longer be followed and that the Plaintiffs in the present appeals have standing to bring a class action against all of the Banks.

B. *The Conversion Charges Are Net Capital Under the CPA*

[48] On appeal, Dalphond J.A. reversed the trial judge's finding that the conversion charges constitute credit charges under the *CPA*. Before this Court, the parties largely reprise their arguments before the lower courts. The Banks and Desjardins argue that characterizing the conversion charges as credit charges would result in absurd outcomes that are counter to the purposes of the *CPA*. The Plaintiffs argue that characterizing the conversion charges as net capital would undermine the standardized disclosure regime of the *CPA* that permits consumers to meaningfully compare credit options.

[49] The *CPA* defines "net capital" and "credit charges" for the purpose of contracts extending variable credit (which include credit card contracts) as follows:

[47] Nous sommes d'avis que le juge de première instance et la Cour d'appel ont eu raison de conclure que les représentants ont le statut pour poursuivre toutes les banques défenderesses. Le recours collectif a été autorisé conformément aux critères énumérés à l'art. 1003, et, pour les motifs susmentionnés, la contestation du statut des représentants doit être rejetée. L'approche souple préconisée par la Cour dans les arrêts *Infineon* et *Vivendi* sur la procédure d'autorisation appuie une approche proportionnée du statut pour agir dans le cadre du recours collectif qui entraîne l'économie des ressources judiciaires et favorise l'accès à la justice. La contestation du statut ne devrait pas aboutir à des résultats différents selon qu'elle intervient à l'étape de l'autorisation ou du fond. Pour ces motifs, nous estimons que les passages de l'arrêt *Agropur* qui traitent du statut du représentant ne doivent plus être retenus et en l'espèce reconnaissons le statut des demandeurs pour exercer un recours collectif contre toutes les banques.

B. *Les frais de conversion représentent du capital net au sens de la L.p.c.*

[48] En appel, le juge Dalphond a infirmé la conclusion du juge de première instance selon laquelle les frais de conversion représentent des frais de crédit au sens de la *L.p.c.* Devant la Cour, les parties reprennent pour l'essentiel les arguments qu'elles ont avancés devant les juridictions inférieures. Les banques et Desjardins soutiennent qu'assimiler les frais de conversion à des frais de crédit conduirait à un résultat absurde qui irait à l'encontre des objectifs de la *L.p.c.* Pour leur part, les demandeurs font valoir qu'assimiler les frais de conversion au capital net aurait pour effet de compromettre le régime normalisé établi par la *L.p.c.* qui prévoit ce qui doit être indiqué au consommateur pour lui permettre de comparer efficacement les options de crédit.

[49] La *L.p.c.* définit ainsi les termes « capital net » et « frais de crédit » dans le cadre des contrats de crédit variable (dont les contrats de carte de crédit) :

68. The net capital is

. . .

(b) in the case of a contract involving credit or a contract extending variable credit, the sum for which credit is actually extended.

Every component of the credit charges is excluded from this sum.

69. “Credit charges” means the amount the consumer must pay under the contract in addition to

(a) the net capital in the case of a contract for the loan of money or a contract extending variable credit;

. . .

70. The credit charges shall be determined as the sum of their components, particularly the following:

(a) the amount claimed as interest;

(b) the premium for insurance subscribed for, except any automobile insurance premium;

(c) the rebate;

(d) administration charges, brokerage fees, appraiser’s fees, contract fees and the cost incurred for obtaining a credit report;

(e) membership or renewal fees;

(f) the commission;

(g) the value of the rebate or of the discount to which the consumer is entitled if he pays cash;

(h) the duties chargeable, under a federal or provincial Act, on the credit.

The categories of net capital and credit charges are exhaustive: all fees or charges that consumers pay by reason of a credit card contract must be one or the other.

[50] All credit charges other than membership fees and cash rebates are used to calculate the credit rate (s. 72 of the *CPA*). The credit rate is applied to any outstanding amount owed after a 21-day grace

68. Le capital net est :

. . .

b) dans le cas d’un contrat assorti d’un crédit ou d’un contrat de crédit variable, la somme pour laquelle le crédit est effectivement consenti.

Toute composante des frais de crédit est exclue de ces sommes.

69. On entend par « frais de crédit » la somme que le consommateur doit payer en vertu du contrat, en plus :

a) du capital net, dans le cas d’un contrat de prêt d’argent ou d’un contrat de crédit variable;

. . .

70. Les frais de crédit doivent être déterminés en incluant leurs composantes dont, notamment :

a) la somme réclamée à titre d’intérêt;

b) la prime d’une assurance souscrite, à l’exception de la prime d’assurance-automobile;

c) la ristourne;

d) les frais d’administration, de courtage, d’expertise, d’acte ainsi que les frais engagés pour l’obtention d’un rapport de solvabilité;

e) les frais d’adhésion ou de renouvellement;

f) la commission;

g) la valeur du rabais ou de l’escompte auquel le consommateur a droit s’il paye comptant;

h) les droits exigibles en vertu d’une loi fédérale ou provinciale, imposés en raison du crédit.

Les catégories que sont le capital net et les frais de crédit sont exhaustives : tous droits ou frais que le consommateur est tenu de payer en vertu d’un contrat de carte de crédit doivent appartenir à l’une ou à l’autre.

[50] Tous les frais de crédit autres que les frais d’adhésion et la valeur des rabais pour paiement comptant entrent dans le calcul du taux de crédit (art. 72 *L.p.c.*). Le taux de crédit est appliqué sur

period (ss. 126 and 127). If the conversion charge qualifies as a credit charge, then according to the *CPA* it would have to be disclosed on its own, included in the disclosed credit rate, and be subject to the 21-day grace period. If the conversion charge qualifies as net capital, it would not be included in the credit rate or be subject to the 21-day grace period, but would still have to be disclosed under the general s. 12 disclosure provision of the *CPA*.

[51] There are two steps to determine whether a fee is a credit charge or net capital. The first step is to determine whether the fee or charge falls under one of the enumerated credit charge categories in s. 70. If it does, it is a credit charge. If it does not, the second step is to determine whether the fee or charge constitutes a “sum for which credit is actually extended” (s. 68). If it does, it is net capital. If it does not, it is a non-enumerated credit charge (s. 69).

[52] Conversion charges do not fall under any of the s. 70 categories. At trial, they were characterized in the Desjardins Action as either administration charges or commissions, which are enumerated credit charges (s. 70(d) and (f)). However, the trial judge based this characterization on an assumption that the legislature did not intend for consumers to have to distinguish administration charges or commissions related to services ancillary to the contract from administration charges or commissions related to the actual granting of credit. According to this reasoning, having to distinguish between ancillary and directly related charges would create ambiguity and uncertainty and would therefore be contrary to the *CPA*'s goals of consumer protection and information.

[53] The result of this reasoning would be that any administration charges or commissions disclosed in the credit card contract, not just those related directly to the granting of credit, would be considered credit

tout solde impayé à l'expiration d'un délai de grâce de 21 jours (art. 126 et 127). Si les frais de conversion sont des frais de crédit, ils doivent être mentionnés à part et entrer dans le calcul du taux de crédit indiqué, et le délai de grâce de 21 jours s'applique. En revanche, si les frais de conversion sont du capital net, ils n'entrent pas dans le calcul du taux de crédit, et le délai de grâce de 21 jours ne s'applique pas, mais ils doivent quand même être mentionnés conformément à l'art. 12 *L.p.c.*, qui prévoit généralement ce qui doit l'être.

[51] L'examen qui permet de déterminer si des frais sont des frais de crédit ou du capital net se fait en deux étapes. La première étape consiste à déterminer si les droits ou frais en cause entrent dans l'une des catégories de frais de crédit énumérées à l'art. 70. Dans l'affirmative, ce sont des frais de crédit. Dans le cas contraire, il faut passer à la deuxième étape et se demander si les droits ou frais représentent « la somme pour laquelle le crédit est effectivement consenti » (art. 68). Si c'est le cas, il s'agit de capital net. Sinon, il s'agit de frais de crédit appartenant à une catégorie non énumérée (art. 69).

[52] Les frais de conversion n'entrent dans aucune des catégories énumérées à l'art. 70. Dans le cadre du recours contre Desjardins, le juge du procès les a assimilés à des frais d'administration ou à des commissions, qui constituent des catégories énumérées de frais de crédit (al. 70d) et f)). Toutefois, cette caractérisation est fondée sur la présomption que le législateur voulait éviter au consommateur de distinguer entre les frais d'administration ou les commissions liés à un service accessoire au contrat de crédit variable et les frais d'administration ou les commissions liés à l'octroi même du crédit. Selon ce raisonnement, la distinction entre les frais accessoires et les frais directs créerait de l'ambiguïté et de l'incertitude et contreviendrait alors aux objectifs de protection du consommateur et d'information de la *L.p.c.*

[53] Il découle de ce raisonnement que tous les frais d'administration ou commissions mentionnés dans le contrat de carte de crédit, et non seulement ceux directement liés à l'octroi du crédit, seraient

charges. The Amex trial judgment notes that the FCAC classifies the conversion charge as “similar to the fee for making copies, the cash advances fee, the over the limit fee, the wire transfer or money orders fees, or the annulled or dishonoured cheques fees” (2009 QCCS 2695, [2009] R.J.Q. 1746, at para. 136). In the Desjardins Court of Appeal decision, Dalphond J.A. similarly pointed out such charges would include the fee for obtaining an extra copy of a monthly statement or an additional card, stopping payment on a cheque drawn on a credit card account, and ATM fees. Similar to conversion charges, these fees are incurred when a cardholder chooses to use a service connected to the use of a credit card.

[54] If all of these fees were credit charges, they would have to be included in the credit rate. Card issuers could do this in one of two ways. They could impose the charges on a transaction basis, in which case they would have to disclose a wide range for the credit rate (in the Desjardins Court of Appeal decision, at para. 55, Dalphond J.A. gave between 18% and 900% as an example of the credit rate that Desjardins would have to disclose to its Visa cardholders if the credit rate included conversion charges). Charges imposed on a transaction basis would benefit from the 21-day grace period, meaning cardholders who pay the balance of their account before the end of the grace period would not pay any of those charges at all. Alternatively, card issuers could choose not to charge for such services on a transactional basis. The result of this option would inevitably be the cross-subsidization of the cost of these services by cardholders who do not utilize the services. This option would conceal the existence of the costs of these services and their imposition on other cardholders as they would not be disclosed separately.

[55] Neither option achieves the objectives of the CPA. As explained recently by this Court, the

assimilés à des frais de crédit. Les motifs du jugement rendu en première instance dans le recours contre Amex indiquent que selon l’ACFC les frais de conversion sont [TRADUCTION] « semblables aux frais de réimpression, aux frais d’avance de fonds, aux frais de dépassement de limite de crédit, aux frais de virement télégraphique ou de mandat ou aux frais pour paiements refusés » (2009 QCCS 2695, [2009] R.J.Q. 1746, par. 136). Dans l’arrêt rendu par la Cour d’appel dans le recours contre Desjardins, le juge Dalphond a également souligné que ce type de frais comprendrait les frais de réimpression d’un relevé mensuel ou de carte supplémentaire, d’arrêt du paiement d’un chèque tiré sur une carte de crédit et d’utilisation d’un guichet automatique. Ces frais s’apparentent aux frais de conversion, en ce sens qu’ils s’appliquent lorsque le titulaire de la carte utilise un service lié au recours à la carte de crédit.

[54] Si tous ces frais étaient des frais de crédit, ils devraient entrer dans le calcul du taux de crédit. L’émettrice pourrait procéder de l’une ou l’autre de deux façons. D’une part, elle pourrait les imposer à chaque transaction, auquel cas il lui faudrait indiquer une large fourchette de taux de crédit (dans la décision de la Cour d’appel dans le recours contre Desjardins, au par. 55, le juge Dalphond donne l’exemple de cette institution financière qui devrait mentionner aux titulaires de cartes Visa une fourchette de 18 % à 900 % si le taux de crédit englobait les frais de conversion). Selon cette formule, le délai de grâce de 21 jours s’appliquerait, c’est-à-dire que le titulaire de carte qui aurait payé le solde de son compte avant la fin du délai ne paierait pas les frais. D’autre part, l’émettrice pourrait ne pas facturer ces services à chaque transaction. Il s’en suivrait nécessairement que le coût de ce service serait financé par tous les titulaires de cartes, dont ceux qui ne se prévalent pas de ce service. Suivant cette formule, l’existence des frais de service et le fait qu’ils seraient imposés aux titulaires qui ne s’en prévalent pas seraient dissimulés, puisque ces frais ne seraient pas indiqués séparément.

[55] Aucune de ces formules ne permet d’atteindre les objectifs de la *L.p.c.* Comme notre Cour

CPA's objectives are "to restore the balance in the contractual relationship between merchants and consumers" and "to eliminate unfair and misleading practices that may distort the information available to consumers and prevent them from making informed choices" (*Richard v. Time Inc.*, 2012 SCC 8, [2012] 1 S.C.R. 265, at paras. 160-61). Neither option for treating conversion charges as credit charges would restore the balance between merchants and consumers or improve consumers' abilities to make informed choices. Disclosing a wide range for the credit rate, the result of imposing such charges on a transactional basis, would confuse consumers. Requiring cardholders to unknowingly subsidize ancillary services that other cardholders choose to use reduces the ability of consumers to make informed choices while only benefitting some consumers at the cost of others. Because neither option benefits consumers, s. 17 of the *CPA* and art. 1432 of the *CCQ* — both of which require contracts to be interpreted so as to favour consumers in cases of doubt or ambiguity — do not require classifying these charges as credit charges.

[56] Section 69 of the *CPA* defines "credit charges" as fees that consumers "must pay under the contract" other than net capital. Conversion charges are not fees that consumers "must pay" in order to access credit. Rather, they are additional fees for an optional service that is not necessary for consumers to access the credit. In addition, unlike obtaining an additional card or copy of a monthly statement, consumers can choose to obtain conversion services from third parties. The conversion charge is even less connected to gaining access to credit than the other fees for ancillary services listed by the Court of Appeal. For these reasons, it is appropriate to distinguish administration charges or commissions related to services ancillary to the contract from administration charges or commissions related to the actual granting of credit.

l'a expliqué dans un arrêt récent, les objectifs de la *L.p.c.* visent « le rétablissement d'un équilibre dans les relations contractuelles entre les commerçants et le consommateur » et « l'élimination des pratiques déloyales et trompeuses susceptibles de fausser l'information dont dispose le consommateur et de l'empêcher de faire des choix éclairés » (*Richard c. Time Inc.*, 2012 CSC 8, [2012] 1 R.C.S. 265, par. 160-161). Ni l'un ni l'autre moyen d'assimiler les frais de conversion à des frais de crédit ne permettrait de rétablir l'équilibre entre les commerçants et le consommateur ou d'améliorer la capacité du consommateur à faire des choix éclairés. En mentionnant une large fourchette de taux de crédit — si les frais s'appliquaient à chaque transaction —, on ne ferait qu'ajouter à la confusion du consommateur. En faisant payer à tous les titulaires de cartes, à leur insu, les services accessoires que seuls certains utilisent, on empêcherait le consommateur de faire des choix éclairés et on avantagerait ainsi certains consommateurs au détriment d'autres. Comme aucune de ces formules ne bénéficie au consommateur et que l'art. 17 *L.p.c.* et l'art. 1432 *C.c.Q.* disposent qu'en cas de doute ou d'ambiguïté le contrat doit être interprété en faveur du consommateur, les frais de conversion ne sauraient être assimilés à des frais de crédit.

[56] L'article 69 de la *L.p.c.* définit les « frais de crédit » comme la somme que le consommateur « doit payer en vertu du contrat » en plus du capital net. Les frais de conversion ne constituent pas une somme que le consommateur « doit payer » pour avoir accès au crédit. En fait, il s'agit de frais additionnels pour un service optionnel auquel l'accès au crédit n'est pas subordonné. En outre, à la différence d'une carte supplémentaire ou de la réimpression d'un relevé mensuel, les services de conversion peuvent être obtenus auprès d'un tiers. Les frais de conversion sont encore moins liés à l'accès au crédit que les autres frais applicables aux services accessoires énumérés par la Cour d'appel. Pour ces motifs, il convient de distinguer entre les frais d'administration ou les commissions qui sont liés aux services accessoires au contrat et les frais d'administration ou les commissions qui sont liés à l'octroi même du crédit.

[57] In contrast with the problems created by classifying conversion charges as credit charges, classifying them as net capital fits with the text of the *CPA* and is easy to implement. Any purchaser who chooses to buy something in a foreign currency must first convert their Canadian dollars into the foreign currency. Common conversion methods other than that provided through a credit card include exchanging cash, buying traveller's cheques, withdrawing money at a foreign ATM, or using a conversion service provided by the merchant (referred to as "dynamic currency conversion"). Generally, all of these methods involve a conversion charge. It is not usually possible for ordinary purchasers to convert currency without paying a fee or an exchange rate higher than the interbank rate, the rate used by credit card companies to convert purchases in foreign currencies into the local currency. Only large financial institutions trading in \$1 million blocks have direct access to the interbank rate.

[58] Section 68 of the *CPA* defines "net capital" (in the context of credit cards) as "the sum for which credit is actually extended". Professor Claude Masse expands on this definition, stating that it must be [TRANSLATION] "sums or values that benefit the consumer" (*Loi sur la protection du consommateur: analyse et commentaires* (1999), at p. 418). Whether a sum or value benefits a consumer must be considered from the point of view of the consumer, not the merchant. For this reason, the trial judge erred in holding that conversion charges do not benefit consumers because they are not received by the foreign merchant (Desjardins trial reasons, 2009 QCCS 2743 (CanLII), at para. 246). In the case of conversion charges, consumers benefit from having their currency converted to the foreign currency. If a consumer chooses to use a foreign merchant's dynamic currency conversion and pays by credit card, the conversion charge would clearly be considered net capital. It would make little sense to reclassify conversion charges as credit charges for the sole reason that they are imposed by the card issuer. For

[57] Si l'assimilation des frais de conversion à des frais de crédit pose problème, un tel lien avec le capital net respecte le libellé de la *L.p.c.*, et cette formule est d'application facile. L'acheteur qui fait un achat en devises étrangères doit d'abord convertir sa monnaie canadienne dans l'autre devise. Les méthodes courantes de conversion, outre celles que permet une carte de crédit, sont le change, l'achat de chèques de voyage, le retrait à un guichet automatique à l'étranger ou le recours à un service de conversion offert par le commerçant (appelé « conversion dynamique de devises »). En général, ces méthodes supposent toutes des frais de conversion. Il n'est pas possible la plupart du temps pour le consommateur ordinaire de convertir des devises sans payer des frais ou un taux de change supérieur au taux interbancaire (appliqué par les sociétés de cartes de crédit à la conversion du montant des achats de la devise étrangère à la devise locale). Seules les grandes institutions financières négociant en millions de dollars peuvent se prévaloir directement du taux interbancaire.

[58] L'article 68 *L.p.c.* définit le « capital net » (dans le contexte des cartes de crédit) comme « la somme pour laquelle le crédit est effectivement consenti ». Le professeur Claude Masse précise cette définition, affirmant que le capital net ne peut comprendre que des « sommes ou des valeurs dont le consommateur profite » (*Loi sur la protection du consommateur: analyse et commentaires* (1999), p. 418). C'est du point de vue du consommateur, et non du commerçant, qu'il faut déterminer si la somme ou la valeur profite au consommateur. Ainsi, le juge de première instance a commis une erreur en concluant que les frais de conversion ne profitent pas au consommateur parce qu'ils ne sont pas remis au commerçant étranger (Desjardins, motifs de première instance, 2009 QCCS 2743 (CanLII), par. 246). Dans le cas des frais de conversion, le consommateur profite de la conversion de sa monnaie dans une devise étrangère. Si le consommateur recourait au service de conversion dynamique de devises offert par un commerçant étranger et payait par carte de crédit,

that reason, conversion charges constitute sums for which credit is actually extended and are best classified as net capital.

[59] Additional support for classifying conversion charges as net capital comes from considering the fact that instead of imposing a separate conversion charge, card issuers could choose to define the exchange rate as the interbank rate plus some percentage markup. In that case, there would be no doubt that the exchange rate in its entirety constitutes net capital. The result would be identical from the point of view of the cardholder and the card issuer. The only difference would be that the wording of the disclosure of the exchange rate would be slightly different. The trial judge was correct to conclude that the conversion charge at issue in the present appeals cannot be considered part of the exchange rate. However, it would make little sense to classify an exchange rate plus a conversion charge as part credit charge and part net capital, but an exchange rate that includes a percentage markup as purely net capital. Doing so would neither protect nor benefit consumers.

[60] It is irrelevant that the card issuers do not perform the actual conversion of the currency. Card issuers contract with the entity that actually performs the conversion, then in turn contract with the cardholders that benefit from the service. From the point of view of cardholders, they benefit from the conversion service as a result of their contract with the card issuers. It makes no difference to them who actually converts their currency.

[61] To summarize, conversion charges do not fall under any of the enumerated credit charge categories in s. 70 and do qualify as net capital under s. 68. As the Court of Appeal correctly concluded, classifying conversion charges as credit charges would lead to numerous problems, both practical

les frais de conversion seraient manifestement assimilés au capital net. Il ne serait guère logique de les qualifier de frais de crédit pour la simple raison qu'ils sont imposés par l'émettrice. C'est pourquoi nous estimons que les frais de conversion sont une somme pour laquelle le crédit est effectivement consenti et qu'il vaut mieux les assimiler au capital net.

[59] Il existe une autre raison justifiant l'assimilation des frais de conversion au capital net. En effet, plutôt que d'imposer des frais de conversion distincts, l'émettrice pourrait définir le taux de change comme le taux interbancaire auquel s'ajouterait une majoration exprimée en pourcentage. Dans un tel cas, il ne fait aucun doute que le taux de change représenterait intégralement du capital net. Le résultat serait le même tant du point de vue du titulaire que de celui de l'émettrice. Seul le libellé de la clause mentionnant le taux de change serait légèrement différent. Le juge du procès a tiré la conclusion correcte selon laquelle les frais de conversion en litige en l'espèce ne pouvaient entrer dans le taux de change. Toutefois, il ne serait guère logique de considérer qu'un taux de change assorti de frais de conversion appartient en partie aux frais de crédit et en partie au capital net, mais qu'un taux de change qui inclut une majoration constitue du capital net seulement. Cette interprétation ne protège pas le consommateur et ne lui est pas bénéfique.

[60] Il importe peu que la conversion des devises ne soit pas effectuée par l'émettrice elle-même. D'une part cette dernière contracte avec l'entreprise qui procède dans les faits à la conversion et d'autre part elle contracte avec le titulaire de la carte, qui bénéficie du service de conversion. Du point de vue du titulaire, ce service découle de son contrat avec l'émettrice. L'identité de l'entreprise qui convertit son argent n'est pas pertinente.

[61] En résumé, les frais de conversion n'entrent dans aucune des catégories de frais de crédit énumérées à l'art. 70 et représentent bel et bien du capital net au sens de l'art. 68. Comme l'a conclu à juste titre la Cour d'appel, assimiler les frais de conversion aux frais de crédit poserait de nombreux

and conceptual, that would hinder the objectives of the CPA. This conclusion is not based on whether classifying conversion charges as net capital is *preferable*, as the Plaintiffs argue it was, but rather on a proper interpretation of the provisions at issue.

C. *The Doctrine of Interjurisdictional Immunity Does Not Apply*

[62] The Banks argue that the doctrine of interjurisdictional immunity renders the CPA inapplicable to their credit card activities. Interjurisdictional immunity operates to prevent laws enacted by one level of government from impermissibly trenching on the “unassailable core” of jurisdiction reserved for the other level of government. Under s. 91(15) of the *Constitution Act, 1867*, Parliament enjoys exclusive jurisdiction over banking. The Banks submit that the applicability of the relevant provisions of the CPA to banks would impair the core federal banking power. We disagree.

[63] While interjurisdictional immunity remains an extant constitutional doctrine, this Court has cautioned against excessive reliance on it. A broad application of the doctrine is in tension with the modern cooperative approach to federalism which favours, where possible, the application of statutes enacted by both levels of government. As such, this Court in *Canadian Western Bank v. Alberta*, 2007 SCC 22, [2007] 2 S.C.R. 3, held that the doctrine must be applied “with restraint” and “should in general be reserved for situations already covered by precedent” (paras. 67 and 77). We note that there is no precedent for the doctrine’s application to the credit card activities of banks.

[64] In the rare circumstances in which interjurisdictional immunity applies, a provincial law will be inapplicable to the extent that its application would “impair” the core of a federal power. Impairment

problèmes, tant pratiques que conceptuels, et entraverait la réalisation des objectifs de la *L.p.c.* Cette conclusion n’est pas le résultat d’une analyse visant à déterminer s’il est *préférable* de qualifier les frais de conversion de capital net, ce que font valoir les demandeurs, mais repose plutôt sur l’interprétation qu’il convient de donner aux dispositions en litige.

C. *La doctrine de l’exclusivité des compétences ne s’applique pas*

[62] Les banques soutiennent qu’en raison de la doctrine de l’exclusivité des compétences la *L.p.c.* ne s’applique pas à leurs activités relatives aux cartes de crédit. L’exclusivité des compétences a pour effet d’empêcher que les lois adoptées par un ordre de gouvernement empiètent indûment sur le « contenu essentiel irréductible » de la compétence exclusive réservée à l’autre ordre de gouvernement. Le paragraphe 91(15) de la *Loi constitutionnelle de 1867* confère au Parlement une compétence exclusive sur les banques. L’applicabilité à ces dernières des dispositions pertinentes de la *L.p.c.* entraverait, de l’avis des banques, le contenu essentiel ou le cœur de la compétence fédérale en la matière. Nous ne sommes pas d’accord.

[63] Quoique l’exclusivité des compétences demeure une doctrine constitutionnelle valide, la Cour a dénoncé le recours exagéré à celle-ci. Une application élargie de cette doctrine est à contre-courant de la conception moderne du fédéralisme coopératif qui préconise l’application, dans la mesure du possible, des lois adoptées par les deux ordres de gouvernement. Ainsi, dans l’arrêt *Banque canadienne de l’Ouest c. Alberta*, 2007 CSC 22, [2007] 2 R.C.S. 3, la Cour conclut que cette doctrine devrait être appliquée « avec retenue » et « être limitée aux situations déjà traitées dans la jurisprudence » (par. 67 et 77). Mentionnons d’ailleurs qu’il n’existe aucune jurisprudence sur l’application de cette doctrine aux activités bancaires liées aux cartes de crédit.

[64] Dans les rares circonstances où la doctrine de l’exclusivité des compétences s’applique, la loi provinciale sera inapplicable dans la mesure où son application « entraverait » le contenu essentiel

occurs where the federal power is “seriously or significantly trammel[ed]”, particularly in our “era of cooperative, flexible federalism”: *Quebec (Attorney General) v. Canadian Owners and Pilots Association*, 2010 SCC 39, [2010] 2 S.C.R. 536 (“COPA”), at para. 45. Therefore two related questions must be asked: First, does the power to regulate disclosure of conversion charges lie at the core of federal jurisdiction over banking? Second, if so, do the provisions of the CPA at issue significantly trammel or impair the manner in which the federal power can be exercised?

[65] To answer these questions, the only provisions that need be considered are ss. 12 and 272 of the CPA, which deal with the disclosure of charges requirement and the remedies for breach of same. The overall regulatory regime established by the CPA, namely the enforcement role granted to the Office de la protection du consommateur, is not at issue. All that need be considered is whether the provisions that found a civil suit brought directly by consumers are applicable under the interjurisdictional immunity doctrine.

[66] Setting aside the first question for the moment, whether either of these provisions touches on the core of the federal banking power, the answer to the second question is clear: neither provision can be said to impair that federal power. Even if the provisions are characterized broadly as regulating bank lending or foreign currency conversion, they still fail to satisfy the impairment step of the COPA test. While lending, broadly defined, is central to banking and has been recognized as such by this Court in previous decisions, it cannot plausibly be said that a disclosure requirement for certain charges ancillary to one type of consumer credit “impairs” or “significantly trammels” the manner in which Parliament’s legislative jurisdiction over bank lending can be exercised. Although the s. 12 disclosure obligation and the s. 272 civil remedies relate to bank lending, these provisions do not in any

d’une compétence fédérale. Il y a entrave lorsqu’il y a « atteinte grave ou importante » à la compétence fédérale, particulièrement à notre « époque de fédéralisme coopératif souple » (*Québec (Procureur général) c. Canadian Owners and Pilots Association*, 2010 CSC 39, [2010] 2 R.C.S. 536 (« COPA »), par. 45). Se posent alors deux questions connexes : D’une part, le pouvoir de réglementer la mention des frais de conversion relève-t-il du contenu essentiel de la compétence fédérale sur les banques? D’autre part, si tel est le cas, les dispositions en cause de la *L.p.c.* entravent-elles l’exercice du pouvoir fédéral ou y portent-elles une atteinte importante?

[65] Pour répondre à ces questions, il faut considérer seulement les art. 12 et 272 *L.p.c.*, qui concernent la mention des frais et les recours possibles en cas de manquement aux obligations. Le régime général de réglementation établi par la *L.p.c.*, c’est-à-dire le rôle que joue l’Office de la protection du consommateur en matière d’application de la loi, n’est pas en cause. La seule question qui nous concerne est celle de savoir si les dispositions en vertu desquelles le consommateur peut entreprendre directement une poursuite civile sont applicables compte tenu de la doctrine de l’exclusivité des compétences.

[66] Si l’on oublie pour l’instant la première question, à savoir si l’une ou l’autre de ces dispositions touche au contenu essentiel de la compétence fédérale sur les banques, la réponse à la deuxième question est claire : ni l’une ni l’autre des dispositions n’entrave la compétence fédérale. Même si l’on considère de façon générale qu’elles réglementent le prêt bancaire ou la conversion de devises étrangères, il n’en reste pas moins qu’elles ne satisfont pas au volet du critère de l’arrêt COPA qui exige qu’il y ait une entrave. Bien que le prêt d’argent, au sens large, appartienne au contenu essentiel des activités bancaires et ait été reconnu comme tel par la Cour dans des arrêts antérieurs, on ne peut prétendre que l’obligation de mentionner certains frais accessoires à un type de crédit à la consommation porte une « atteinte importante » à l’exercice de la compétence fédérale qui permet de légiférer en matière de

way impair any activities that are “vital or essential to banking” such that Parliament might be forced to specifically legislate to override the provincial law (*Canadian Western Bank*, at para. 86). Requiring banks to inform customers of how their relationship will be governed or be subject to certain remedies does not limit banks’ abilities to dictate the terms of that relationship or otherwise limit their activities. Similarly, even if foreign currency conversion is accepted as being part of the core of the federal banking power, imposing a broad disclosure requirement for charges relating to currency conversion in no way impairs that power. As such, the CPA does not impair the federal banking power and the doctrine of interjurisdictional immunity is not engaged.

[67] This conclusion fits with prior decisions of this Court that have dealt with interjurisdictional immunity in the context of the federal banking power. The following comments of this Court in *Canadian Western Bank* are particularly applicable to the principle that s. 91(15) of the *Constitution Act, 1867* does not give Parliament exclusive jurisdiction over all aspects of lending or currency conversion by banks:

However, it must be repeated that just because Parliament *can* create innovative forms for financing does not mean that s. 91(15) grants Parliament *exclusive* authority to regulate their promotion. . . . The rigid demarcation sought by the banks between federal and provincial regulations would not only risk a legal vacuum, but deny to lawmakers at both levels of government the flexibility to carry out their respective responsibilities. [Emphasis in original; para. 89.]

prêt bancaire ou l’« entrave ». Même si l’obligation imposée par l’art. 12 quant aux éléments devant être mentionnés et les recours civils énumérés à l’art. 272 s’appliquent au prêt bancaire, ces dispositions n’entravent d’aucune façon toute activité « vitale ou essentielle à l’entreprise bancaire », de sorte que le législateur pourrait devoir légiférer expressément de manière à écarter la loi provinciale (*Banque canadienne de l’Ouest*, par. 86). Exiger des banques qu’elles informent les consommateurs du cadre qui régit leurs rapports, faute de quoi elles feront l’objet de recours prévus à la loi, ne limite en rien leur capacité de définir les modalités de ces rapports, ni ne restreint par ailleurs leurs activités. Dans le même ordre d’idées, même s’il était reconnu que la conversion de devises étrangères appartient au contenu essentiel de la compétence fédérale sur les banques, l’obligation générale de mentionner les frais associés à ce service n’entrave aucunement l’exercice de cette compétence. En conséquence, la *L.p.c.* n’entrave pas l’exercice de la compétence fédérale sur les banques, et la doctrine de l’exclusivité des compétences n’entre pas en jeu.

[67] Cette conclusion s’inscrit dans l’historique des arrêts antérieurs de la Cour sur l’application de la doctrine de l’exclusivité des compétences dans le contexte du pouvoir fédéral sur les banques. Les observations suivantes formulées par la Cour dans l’arrêt *Banque canadienne de l’Ouest* illustrent particulièrement bien le principe suivant lequel le par. 91(15) de la *Loi constitutionnelle de 1867* ne confère pas au Parlement une compétence exclusive sur tous les aspects du prêt bancaire ou de la conversion de monnaie par les banques :

Toutefois, il nous faut réitérer que le simple fait pour le Parlement de *pouvoir* établir de nouvelles formes de financement ne signifie pas que le par. 91(15) attribue au Parlement la compétence *exclusive* d’en réglementer la promotion. [. . .] La démarcation tranchée que les banques cherchent à obtenir entre les règlements fédéraux et provinciaux risque non seulement de créer un vide juridique, mais de priver les législateurs des deux ordres de gouvernement de la souplesse nécessaire pour qu’ils s’acquittent de leurs responsabilités respectives. [En italique dans l’original; par. 89.]

[68] The Banks argue for exactly the type of amorphous, sweeping immunity that was rejected in *Canadian Western Bank*. Banks cannot avoid the application of all provincial statutes that in any way touch on their operations, including lending and currency conversion. Provincial regulation of mortgages, securities and contracts can all be said to relate to lending in some general sense, and will at times have a significant impact on banks' operations. However, as this Court concluded in *Canadian Western Bank*, this is not enough to trigger interjurisdictional immunity. The provisions of the *CPA* do not prevent banks from lending money or converting currency, but only require that conversion fees be disclosed to consumers.

[69] The present appeals are distinguishable from *COPA*. In addition to the directly relevant precedent on the federal aeronautics power, *COPA* also involved provincial statutory provisions that amounted to a blanket ban, under certain conditions, on an activity that fell within the core of the federal aeronautics power. As the Court pointed out, applying these provincial provisions would force Parliament to pass legislation to countermand the provincial rules, failing which the activity could not occur at all. The same is not true for the *CPA* provisions at issue here. The disclosure and remedy provisions do affect how banks carry out a certain aspect of their activities, but as discussed above that effect does not amount to impairment. It is hard to imagine how these provisions would force Parliament to pass legislation to countermand them, failing which it would be impaired in its ability to achieve the purpose for which exclusive jurisdiction over banking was conferred. For these reasons, we conclude that the Court of Appeal was correct in holding that interjurisdictional immunity is not engaged.

[68] Les banques recherchent le même type d'immunité floue qui a été rejetée dans l'arrêt *Banque canadienne de l'Ouest*. Elles ne peuvent éviter l'application de toutes les lois provinciales qui touchent de près ou de loin à leurs activités, dont le prêt et la conversion de devises. L'ensemble de la réglementation provinciale en matière d'hypothèques, de sûretés et de contrats peut porter sur le prêt en général et aura parfois une incidence importante sur les activités bancaires. Or, ainsi que la Cour le souligne dans l'arrêt *Banque canadienne de l'Ouest*, cela ne suffit pas pour déclencher l'application de la doctrine de l'exclusivité des compétences. Les dispositions de la *L.p.c.* n'empêchent pas les banques de prêter de l'argent ou de convertir des devises; elles exigent seulement que les frais de conversion soient mentionnés aux consommateurs.

[69] Les présents pourvois se distinguent de l'affaire *COPA*. Dans cette cause, outre l'existence de précédents qui se rapportaient directement à la compétence fédérale en matière d'aéronautique, des dispositions législatives provinciales avaient pour effet d'interdire complètement, dans certaines circonstances, l'exercice d'une activité qui relevait du contenu essentiel de la compétence fédérale en semblable matière. Comme la Cour le souligne, l'application de ces dispositions provinciales obligerait le Parlement à légiférer de manière à les écarter, à défaut de quoi l'activité ne pourrait être exercée. Il en va autrement des dispositions de la *L.p.c.* en cause en l'espèce. Les dispositions qui prévoient la mention des frais et les recours possibles ont effectivement une incidence sur la façon dont les banques exercent un certain aspect de leurs activités, mais, comme nous l'avons vu précédemment, cette incidence ne saurait être assimilée à une entrave. Il est difficile d'imaginer comment ces dispositions pourraient forcer le Parlement à légiférer de manière à les écarter, à défaut de quoi sa capacité de réaliser l'objectif pour lequel la compétence exclusive sur les banques lui a été attribuée serait entravée. Pour ces motifs, nous sommes d'avis que la Cour d'appel a eu raison de conclure que la doctrine de l'exclusivité des compétences n'était pas applicable.

D. *The Doctrine of Paramourcy Does Not Apply*

[70] The Banks additionally argue that ss. 12 and 272 of the *CPA* are inoperative with respect to banks as a result of the doctrine of federal paramourcy. Paramourcy is engaged where there is a conflict between valid provincial and federal law. In such cases, the federal law prevails, and the provincial law is rendered inoperative to the extent of the conflict. Conflict can be established by impossibility of dual compliance or by frustration of a federal purpose (*Canadian Western Bank*, at para. 73). The Banks argue that the provisions of the *CPA* frustrate the purpose of the federal banking scheme.

[71] Even where it is possible to simultaneously comply with both federal and provincial laws, situations will arise where requiring compliance with a provincial law will frustrate the purpose of a federal law. An example of this is *Law Society of British Columbia v. Mangat*, 2001 SCC 67, [2001] 3 S.C.R. 113. *Mangat* dealt with a federal scheme that empowered non-lawyers to appear for a fee before immigration tribunals for the purpose of promoting informal, accessible and expeditious hearings. By contrast, a provincial law prohibited such paid appearances by non-lawyers. Even though forced compliance with the provincial law would not result in a *breach* of the federal law (as appearances by non-lawyers were not *mandatory* under the federal scheme), it would nonetheless clearly frustrate the federal purpose.

[72] In *Mangat*, it was clear that the provincial law frustrated the purpose of the federal law as it precluded people from ever using the federal scheme for paid non-lawyers. However, care must be taken not to give too broad a scope to paramourcy on the basis of frustration of federal purpose. The mere fact that Parliament has legislated in an area does not preclude provincial legislation from operating in

D. *La doctrine de la prépondérance fédérale ne s'applique pas*

[70] Les banques font en outre valoir que les art. 12 et 272 *L.p.c.* sont inopérants à l'égard des banques en raison de la doctrine de la prépondérance fédérale. Celle-ci entre en jeu lorsqu'il y a conflit entre une loi provinciale et une loi fédérale validement adoptées. En pareil cas, la loi fédérale l'emporte, et la loi provinciale devient inopérante dans la mesure du conflit. L'existence d'un conflit peut être établie lorsqu'il est impossible de se conformer aux deux textes de loi ou que la réalisation de l'objectif de la loi fédérale est empêchée (*Banque canadienne de l'Ouest*, par. 73). Les banques soutiennent que les dispositions de la *L.p.c.* empêchent la réalisation de l'objectif visé par le régime bancaire fédéral.

[71] Même lorsque l'application simultanée de la loi fédérale et de la loi provinciale est possible, il arrivera dans certains cas que le respect de la loi provinciale empêche la réalisation de l'objectif de la loi fédérale. L'arrêt *Law Society of British Columbia c. Mangat*, 2001 CSC 67, [2001] 3 R.C.S. 113, nous en donne un bon exemple. Il y était question d'un régime législatif fédéral qui autorisait les non-avocats à comparaître devant les tribunaux administratifs de l'immigration en contrepartie d'une rémunération, et ce afin de favoriser le caractère informel, l'accessibilité et la célérité du processus d'audience. Par contre, une loi provinciale interdisait aux non-avocats de comparaître en leur qualité de procureur rémunéré. Même si l'obligation de respecter la loi provinciale n'aboutissait pas à un *manquement* à la loi fédérale (le régime fédéral n'*exigeant* pas la comparution par des non-avocats), elle empêchait néanmoins clairement la réalisation de l'objectif fédéral.

[72] Dans l'affaire *Mangat*, la loi provinciale empêchait de toute évidence la réalisation de l'objectif de la loi fédérale en ce qu'elle contrecarrait le régime fédéral qui permettait la représentation par un non-avocat rémunéré. Toutefois, il faut prendre garde de ne pas conférer à cette doctrine une portée trop large dès qu'il y a entrave à l'objectif fédéral. Le simple fait que le Parlement

the same area, as stated by this Court in *Canadian Western Bank*, at para. 74:

The fact that Parliament has legislated in respect of a matter does not lead to the presumption that in so doing it intended to rule out any possible provincial action in respect of that subject. As this Court recently stated, “to impute to Parliament such an intention to ‘occup[y] the field’ in the absence of very clear statutory language to that effect would be to stray from the path of judicial restraint in questions of paramountcy that this Court has taken since at least *O’Grady*” (*Rothmans*, at para. 21).

[73] As the party seeking to invoke paramountcy, the Banks bear the burden of proof and “must first establish the purpose of the relevant federal statute, and then prove that the provincial legislation is incompatible with this purpose” (*COPA*, at para. 66). The Banks allege frustration of two federal purposes. The broader federal purpose, they say, is to provide for exclusive federal banking standards. The second, narrower, purpose is to ensure that bank contracts are not nullified even if a bank breaches its disclosure obligations.

[74] Before dealing substantively with the arguments, it is worth providing a brief overview of the relevant federal and provincial regimes. Consumer banking products are federally regulated under the *Bank Act*, the *Cost of Borrowing (Banks) Regulations*, SOR/2001-101, and the *Financial Consumer Agency of Canada Act*, S.C. 2001, c. 9, the latter creating the FCAC, the federal regulator. Consumer protection is provincially regulated in Quebec under the *CPA* by the Office de la protection du consommateur. The *CPA* sets out general rules governing all consumer contracts, but also sets out rules relating to contracts of credit specifically in Division III of Chapter III of Title I of the Act (“Division III”).

ait légiféré sur une matière n’empêche pas les provinces de légiférer sur la même matière, comme la Cour l’affirme au par. 74 dans l’arrêt *Banque canadienne de l’Ouest* :

Le fait que le législateur fédéral ait légiféré sur une matière n’entraîne pas la présomption qu’il a voulu, par là, exclure toute possibilité d’intervention provinciale sur le sujet. Comme l’affirmait récemment notre Cour, « on ne peut prêter au Parlement l’intention de vouloir [TRADUCTION] “occuper tout le champ”, en l’absence d’un texte de loi clair à cet effet, sans s’écarter de l’attitude de retenue judiciaire pour les questions de prépondérance des lois fédérales que respecte la Cour depuis au moins l’arrêt *O’Grady* » (*Rothmans*, par. 21).

[73] C’est à la partie qui cherche à invoquer la prépondérance fédérale, en l’occurrence les banques, qu’incombe le fardeau de la preuve : elle « doit d’abord établir l’objet de la loi fédérale pertinente et ensuite prouver que la loi provinciale est incompatible avec cet objet » (*COPA*, par. 66). Les banques font valoir qu’il y a empêchement à la réalisation de deux objectifs fédéraux. L’objectif fédéral général, affirment-elles, consiste à établir des normes bancaires exclusivement fédérales. Le deuxième objectif, plus limité, vise à éviter l’annulation du contrat bancaire même si une banque contrevient à l’obligation de mentionner les frais.

[74] Avant de nous pencher sur le fond des arguments, un bref rappel des régimes fédéral et provincial applicables s’impose. Les produits bancaires liés à la consommation relèvent du fédéral et sont assujettis à la *Loi sur les banques*, au *Règlement sur le coût d’emprunt (banques)*, DORS/2001-101, et à la *Loi sur l’Agence de la consommation en matière financière du Canada*, L.C. 2001, ch. 9, qui a constitué l’ACFC, l’organisme de réglementation fédéral. La protection du consommateur est un domaine de compétence provinciale et elle est régie au Québec par la *L.p.c.* dont l’application relève de l’Office de la protection du consommateur. La *L.p.c.* énonce non seulement les règles générales qui régissent les contrats à la consommation, mais aussi les règles applicables aux contrats de crédit, lesquelles se trouvent au titre I, chapitre III, section III de la Loi (« section III »).

[75] Both Division III of the *CPA*, and the federal *Bank Act* and *Cost of Borrowing (Banks) Regulations*, provide detailed rules relating to the manner in which credit card charges must be computed, claimed, and disclosed. The two sets of rules are consistent with one another. Both regimes provide that “credit charges” (or “cost of borrowing” under the federal scheme) must be disclosed as part of the “credit rate” (or “interest rate” under the federal scheme). The FCAC has held that conversion charges are “non-interest charges” under the federal scheme which is consistent with their being “net capital” for the purposes of the *CPA*. The provisions regulating the grace period and the date on which interest begins to accrue are likewise consistent.

[76] In light of our conclusion above that the conversion charge is net capital, none of these specific provisions in Division III of the *CPA* need be considered in the context of the paramountcy issue. The Group B Banks complied with both the provincial requirements found in the *CPA* and the federal requirements. The Group A Banks complied with the disclosure requirements of Division III of the *CPA*, but, as will be discussed below, failed to disclose the conversion charges at all in breach of s. 12, the *CPA*’s general disclosure provision that applies to all consumer contracts. The consumers claim redress against the Group A Banks under s. 272 of the *CPA* for their breach of s. 12. Both rules are applicable to consumer contracts generally. Under s. 12, “[n]o costs may be claimed from a consumer unless the amount thereof is precisely indicated in the contract.” Section 272 provides consumers with various civil remedies for breaches of the Act, including specific performance, reduction of the consumer’s obligation and rescission or annulment of the contract, as well as for punitive damages.

[77] We now consider the two federal purposes put forward by the Banks.

[78] First, the Banks say that a purpose of the federal scheme is to provide for “clear, comprehensive,

[75] Tant la section III de la *L.p.c.* que la *Loi sur les banques* et le *Règlement sur le coût d’emprunt (banques)* établissent des règles détaillées sur le calcul, la réclamation et la mention des frais de cartes de crédit. Les deux ensembles de règles sont compatibles. Chaque régime prévoit l’obligation de mentionner les « frais de crédit » (ou le « coût d’emprunt » dans le régime fédéral) sous la rubrique du « taux de crédit » (ou du « taux d’intérêt » dans le régime fédéral). L’ACFC qualifie les frais de conversion de « frais non liés aux intérêts » dans le régime fédéral, ce qui s’accorde avec la conception qui assimile ces frais au « capital net » pour l’application de la *L.p.c.* Les dispositions régissant le délai de grâce et la date à laquelle l’intérêt commence à courir sont également compatibles.

[76] Comme nous avons conclu que les frais de conversion relèvent du capital net, point n’est besoin d’examiner les dispositions pertinentes de la section III de la *L.p.c.* dans l’analyse de la question de la prépondérance fédérale. Les banques du groupe B ont respecté aussi bien les exigences provinciales de la *L.p.c.* que les exigences fédérales. Quant aux banques du groupe A, elles ont accompli les mentions qu’exige la section III de la *L.p.c.*, mais, comme nous le verrons plus loin, elles n’ont pas indiqué les frais de conversion, ce qui contrevient à l’art. 12 *L.p.c.*, qui s’applique à tous les contrats à la consommation. Les consommateurs poursuivent les banques du groupe A, sur la base de l’art. 272 *L.p.c.*, pour contravention à l’art. 12. Les deux dispositions s’appliquent aux contrats à la consommation en général. Aux termes de l’art. 12, « [a]ucuns frais ne peuvent être réclamés d’un consommateur, à moins que le contrat n’en mentionne de façon précise le montant. » L’article 272 prévoit les différents recours civils pour manquement à la Loi dont peut se prévaloir le consommateur, notamment l’exécution de l’obligation, la réduction de son obligation et la résiliation ou la nullité du contrat, ainsi que les dommages-intérêts punitifs.

[77] Passons maintenant aux deux objectifs fédéraux invoqués par les banques.

[78] Premièrement, les banques avancent que l’un des objectifs du régime fédéral est d’établir des

exclusive, national standards applicable to banking products and banking services offered by banks”, citing the preamble to the *Bank Act*. The preamble was enacted in 2012 (S.C. 2012, c. 19, s. 525), shortly before the Court of Appeal rendered its decision in this matter, meaning the proposition that it can be used retroactively as an interpretive aid is dubious (see e.g. *United States of America v. Dynar*, [1997] 2 S.C.R. 462, at paras. 45-46). However, even if we assume that a purpose of the *Bank Act* is to provide for exclusive national standards, such a purpose would still not be frustrated by ss. 12 and 272.

[79] Sections 12 and 272 do not provide for “standards applicable to banking products and banking services offered by banks”, but rather articulate a contractual norm in Quebec. Merchants must bring costs to the attention of consumers and, failing to do so, cannot claim them. This requirement does not amount to setting a standard applicable to banking products. Rather, it is analogous to the substantive rules of contract found in the *CCQ*, the operation of which the Banks do not dispute. If the Banks’ argument amounts to claiming that the federal scheme was intended to be a complete code to which no other rules at all can be applied, that argument must also fail as the federal scheme is dependent on fundamental provincial rules such as the basic rules of contract. Just as the basic rules of contract cannot be said to frustrate the federal purpose of comprehensive and exclusive standards, if indeed such purpose exists, so too do general rules regarding disclosure and accompanying remedies support rather than frustrate the federal scheme.

[80] It is arguable that a provincial requirement that conversion charges be calculated or disclosed in a different manner than that required by federal law would engage paramountcy. If the province provided for a different grace period, or a different method of interest computation or disclosure, it

« normes nationales claires, complètes et exclusives applicables aux produits et services bancaires offerts par les banques », citant le préambule de la *Loi sur les banques*. Ce texte a été adopté en 2012 (L.C. 2012, ch. 19, art. 525), soit peu avant que la Cour d’appel ne rende sa décision en l’espèce, de sorte qu’il est permis de douter de l’affirmation suivant laquelle il peut servir rétroactivement d’aide à l’interprétation législative (voir p. ex. *États-Unis d’Amérique c. Dynar*, [1997] 2 R.C.S. 462, par. 45-46). Or, même si nous présumons que l’un des objectifs de la *Loi sur les banques* est l’établissement de normes nationales exclusives, il n’en demeure pas moins que les art. 12 et 272 n’en empêcheraient pas la réalisation.

[79] Les articles 12 et 272 n’établissent pas de « normes [. . .] applicables aux produits et services bancaires offerts par les banques »; ils établissent plutôt une norme contractuelle pour le Québec. Les commerçants sont tenus de porter à l’attention des consommateurs les frais qu’ils imposent, faute de quoi ils ne peuvent les réclamer. Cette obligation n’équivaut pas à l’établissement d’une norme applicable aux produits bancaires. Elle est plutôt assimilée aux règles de fond en matière de contrat établies par le *C.c.Q.*, dont l’application n’est pas contestée par les banques. S’il faut comprendre de l’argument des banques que le régime fédéral est censé constituer un code complet excluant l’application de toute autre disposition, alors cet argument doit également être rejeté puisque le régime fédéral est assujéti aux règles fondamentales provinciales, telles celles en matière contractuelle. Ces dernières n’empêchent pas la réalisation de l’objectif fédéral qui consiste à établir des normes complètes et exclusives, si tant est qu’un tel objectif existe; il en va de même des règles générales sur la mention des frais et les recours qui s’y rattachent : elles appuient le régime fédéral; elles ne lui nuisent pas.

[80] Il est possible de soutenir que l’exigence provinciale selon laquelle les frais de conversion doivent être calculés ou mentionnés de manière différente de ce que prévoit la loi fédérale commande l’application de la doctrine de la prépondérance fédérale. Si la province avait prescrit un

could perhaps be said to either result in an operational conflict or undermine a federal purpose of exclusive national standards (assuming, without deciding, that such a purpose could be made out). Currently, however, the federal and provincial standards are the same. Duplication is not, on its own, enough to trigger paramountcy. In *Bank of Montreal v. Hall*, [1990] 1 S.C.R. 121, La Forest J., at p. 151, quoted with approval the following passage from *Multiple Access Ltd. v. McCutcheon*, [1982] 2 S.C.R. 161, at p. 190, written by Dickson J. (as he then was) on the concurrent application of duplicative federal and provincial legislation:

... there is no true repugnancy in the case of merely duplicative provisions since it does not matter which statute is applied; the legislative purpose of Parliament will be fulfilled regardless of which statute is invoked by a remedy-seeker; application of the provincial law does not displace the legislative purpose of Parliament.

[81] For these reasons, even if a purpose of exclusive federal standards could be made out, it cannot be said to be frustrated in this case. Sections 12 and 272 cannot be said to frustrate or undermine a goal of exclusive national standards. This conclusion finds additional support in the conclusion reached in the companion case *Amex* regarding non-consumer cardholders, whereby those cardholders were awarded restitution under the receipt of a payment not due provisions found in the *CCQ*.

[82] The Banks also assert a second, narrower, purpose of the *Bank Act*: to ensure that bank contracts are not nullified even if a bank breaches its disclosure obligations. Sections 16 and 988 of the *Bank Act* provide that a contract is not invalid solely by reason of being contrary to a provision of the Act. The *Bank Act* instead provides for criminal sanctions against banks that breach their disclosure obligations. This, say the Banks, evinces a federal intention to preserve banks' contracts and to provide for criminal sanctions *instead of* civil remedies such as punitive damages against banks that breach their

délai de grâce ou un mode de calcul de l'intérêt différent ou un autre régime régissant les éléments devant être indiqués, il pourrait y avoir un conflit d'application ou une atteinte à l'objectif fédéral d'établissement de normes nationales exclusives (à supposer, sans en décider, qu'un tel objectif puisse être démontré). À l'heure actuelle, cependant, les normes fédérales et provinciales sont identiques. Les chevauchements ne suffisent pas à faire jouer la doctrine de la prépondérance fédérale. Dans l'arrêt *Banque de Montréal c. Hall*, [1990] 1 R.C.S. 121, le juge La Forest cite avec approbation, à la p. 151, le passage suivant de l'arrêt *Multiple Access Ltd. c. McCutcheon*, [1982] 2 R.C.S. 161, p. 190, rédigé par le juge Dickson (plus tard Juge en chef) à propos de l'application concurrente de lois fédérale et provinciale qui se chevauchent :

Il n'y a pas vraiment incompatibilité dans le cas de dispositions qui se répètent simplement, puisqu'il n'importe pas de savoir quelle loi est appliquée; le but visé par le Parlement sera atteint, peu importe la loi sur laquelle se fonde le recours; l'application de la loi provinciale n'a pas pour effet d'écarter l'intention du Parlement.

[81] Pour ces motifs, il est impossible d'affirmer que la réalisation de l'objectif d'établissement de normes fédérales exclusives, même si pareil objectif était établi, serait empêchée en l'espèce. Les articles 12 et 272 ne sauraient l'entraver ou lui nuire. Cette conclusion trouve également appui dans l'arrêt connexe *Amex*, où nous ordonnons la restitution en faveur des non-consommateurs titulaires de cartes, sur la base des dispositions relatives à la réception de l'indu prévues au *C.c.Q.*

[82] Les banques évoquent également un deuxième objectif, plus limité, de la *Loi sur les banques* : éviter l'annulation du contrat bancaire même si une banque contrevient à l'obligation de mentionner les frais. Les articles 16 et 988 de cette loi prévoient que le contrat conclu en contravention d'une disposition de la Loi n'est pas nul pour autant. La Loi prévoit plutôt la possibilité de sanctions pénales infligées aux banques qui contreviennent à leurs obligations de communication. Selon les banques, cela démontre l'intention du fédéral de protéger les contrats bancaires et d'imposer des

disclosure obligations. This argument must also fail.

[83] With respect to ss. 16 and 988, it is enough to note that the remedy sought by the Plaintiffs is a reduction of how much they paid to the Banks, not the nullification of their contracts or even of the specific clauses at issue in these appeals. A clause or contract that is nullified is deemed to have never existed, requiring both parties to restore to the other any prestations received (art. 1422 of the *CCQ*). However, in the case of the Group A Banks, the conversion charge was never disclosed in their contracts, meaning it was not imposed pursuant to any clause in those contracts. As a result, reimbursement of the conversion charges cannot be said to result from or be indicative of nullification. Rather, it was chosen by the trial judge as an appropriate remedy for the Banks' breach of the *CPA*. In other cases, paramountcy might indeed render s. 272 inoperative to the extent it is applied to nullify a contract on the basis of a breach of a *CPA* provision that is similar to a provision of the *Bank Act*. However, that is not the issue before the Court. At this time, we need only consider whether paramountcy prevents s. 272 from being applied so as to order restitution of the conversion charges and punitive damages.

[84] With respect to the Banks' broader argument that provinces cannot provide for additional sanctions on top of federal sanctions, in our view this argument is similar to their argument respecting interjurisdictional immunity, whereby they seek a sweeping immunity for banks from provincial laws of general application. There are many provincial laws providing for a variety of civil causes of action that can potentially be raised against banks. The silence of the *Bank Act* on civil remedies cannot be taken to mean that civil remedies are inconsistent with the *Bank Act*, absent a conflict with ss. 16 and 988. In the present appeals there is no such conflict as the Plaintiffs are not seeking to invalidate their

sanctions de nature pénale *plutôt que* civile aux banques qui contreviennent à leurs obligations de communication. Cet argument doit également être rejeté.

[83] S'agissant des art. 16 et 988, il suffit de dire que la réparation recherchée par les demandeurs est la réduction de la somme versée aux banques, et non l'annulation de leurs contrats ou même des clauses précises en litige. La clause ou le contrat frappé de nullité est réputé n'avoir jamais existé, ce qui oblige chaque partie à restituer à l'autre les prestations qu'elle a reçues (art. 1422 *C.c.Q.*). Cependant, comme les contrats des banques du groupe A ne mentionnaient pas les frais de conversion, ces frais n'étaient pas imposés en vertu de quelque clause contractuelle que ce soit. En conséquence, le remboursement de ces frais ne saurait découler de la nullité des contrats ni en signaler la nullité. Il a plutôt été retenu par le juge du procès à titre de réparation adéquate pour l'infraction à la *L.p.c.* Dans d'autres cas, la doctrine de la prépondérance fédérale pourrait en fait rendre l'art. 272 inopérant dans la mesure où il permet d'annuler un contrat à la suite d'une contravention à une disposition de la *L.p.c.* qui est semblable à une disposition de la *Loi sur les banques*. Or, il ne s'agit pas de la question dont la Cour est saisie. Pour le moment, nous sommes seulement appelés à déterminer si cette doctrine a pour effet d'écarter l'application de l'art. 272, de sorte que le remboursement des frais de conversion et le versement de dommages-intérêts punitifs ne pourraient être ordonnés.

[84] L'argument général soulevé par les banques, à savoir que les provinces ne peuvent ajouter aux sanctions fédérales, nous paraît semblable à celui de l'exclusivité des compétences qu'elles invoquent à l'appui d'une immunité absolue les soustrayant à l'effet des lois provinciales d'application générale. De nombreuses lois provinciales prévoient différentes causes d'action susceptibles d'être opposées aux banques. Ce n'est pas parce que la *Loi sur les banques* est muette sur ce point que les recours civils sont incompatibles avec elle, en l'absence de conflit avec les art. 16 et 988. En l'espèce, il n'y a pas de conflit, les demandeurs ne cherchant pas à faire annuler leur contrat. Comme la Cour l'affirme

contracts. As this Court stated in *Canadian Western Bank*, at para. 24: “. . . constitutional doctrine must facilitate, not undermine what this Court has called ‘co-operative federalism’”. We conclude that ss. 12 and 272 of the *CPA* are not inconsistent with ss. 16 and 988 of the *Bank Act* and do not frustrate any federal purpose. As such, paramountcy is not engaged.

E. *The Group A Banks Must Reimburse the Conversion Charges and Pay Punitive Damages*

(1) Reimbursement of the Conversion Charges

(a) *The Group A Banks Failed to Disclose the Conversion Charge*

[85] Gascon J. made detailed findings of fact that the Group A Banks had failed to disclose the conversion charge in their cardholder agreements. He examined cardholder agreements for each Bank, concluding that the “conversion rate”, “exchange rate” or “administration charge” disclosed in their cardholder agreements could not be read as including the conversion charge or were not sufficiently precise for the requirements of s. 12 of the *CPA*.

[86] The Banks have demonstrated no palpable and overriding error for Gascon J.’s conclusions of fact that the Group A Banks breached s. 12 of the *CPA* by failing to disclose the conversion charge. His finding must therefore stand.

(b) *The Appropriate Remedy Is Reimbursement Under Section 272*

[87] At trial, reimbursement of the conversion charges to the cardholders was ordered under s. 272(c) of the *CPA*. Section 272 provides for the following civil remedies:

272. If the merchant or the manufacturer fails to fulfil an obligation imposed on him by this Act, by the regulations or by a voluntary undertaking made under section 314 or whose application has been extended by an order

au par. 24 de l’arrêt *Banque canadienne de l’Ouest*, « [les doctrines constitutionnelles] doivent faciliter et non miner ce que notre Cour a appelé un “fédéralisme coopératif” ». Nous concluons que les art. 12 et 272 *L.p.c.* ne sont pas incompatibles avec les art. 16 et 988 de la *Loi sur les banques* et qu’ils n’empêchent aucunement la réalisation d’un objectif fédéral. Ainsi, la doctrine de la prépondérance fédérale n’entre pas en jeu.

E. *Les banques du groupe A sont tenues de rembourser les frais de conversion et de verser des dommages-intérêts punitifs*

(1) Remboursement des frais de conversion

a) *Les banques du groupe A n’ont pas mentionné les frais de conversion*

[85] Le juge Gascon a tiré des conclusions de fait détaillées au sujet de l’absence des frais de conversion dans les conventions des banques du groupe A régissant l’utilisation de la carte. À la lumière des conventions de chacune de ces banques, il a conclu que le « taux de conversion », le « taux de change » ou les « frais d’administration » qui y figurent ne pouvaient englober les frais de conversion ou que ces mentions n’étaient pas assez précises pour être conformes à l’art. 12 *L.p.c.*

[86] Les banques n’ont pas démontré que le juge Gascon avait commis une erreur manifeste et dominante en tirant la conclusion de fait que les banques du groupe A avaient contrevenu à l’art. 12 *L.p.c.* en ne mentionnant pas les frais de conversion. Cette conclusion doit donc être maintenue.

b) *La réparation appropriée est le remboursement prévu à l’art. 272*

[87] Au procès, le remboursement des frais de conversion aux titulaires de cartes a été ordonné sur le fondement de l’al. 272(c) *L.p.c.* L’article 272 prévoit les recours civils suivants :

272. Si le commerçant ou le fabricant manque à une obligation que lui impose la présente loi, un règlement ou un engagement volontaire souscrit en vertu de l’article 314 ou dont l’application a été étendue par un décret

under section 315.1, the consumer may demand, as the case may be, subject to the other recourses provided by this Act,

- (a) the specific performance of the obligation;
- (b) the authorization to execute it at the merchant's or manufacturer's expense;
- (c) that his obligations be reduced;
- (d) that the contract be rescinded;
- (e) that the contract be set aside; or
- (f) that the contract be annulled,

without prejudice to his claim in damages, in all cases. He may also claim punitive damages.

[88] The Banks argue that s. 271 of the *CPA*, not s. 272, should apply to their breach of s. 12 of the *CPA*. Section 271 provides the additional civil remedies of nullity of contract or the restoration of improperly imposed credit charges. These remedies are available if the merchant fails to conform to certain of the Act's rules, unless the merchant can prove that the consumer suffered no prejudice as a result of its failure:

271. If any rule provided in sections 25 to 28 governing the making of contracts is not observed or if a contract does not conform to the requirements of this Act or the regulations, the consumer may demand the nullity of the contract.

In the case of a contract of credit, if any of the terms and conditions of payment, or the computation or any indication of the credit charges or the credit rate does not conform to this Act or the regulations, the consumer may at his option demand the nullity of the contract or demand that the credit charges be cancelled and that any part of them already paid be restored.

The court shall grant the demand of the consumer unless the merchant shows that the consumer suffered no prejudice from the fact that one of the above mentioned rules or requirements was not respected.

[89] In *Household Finance*, the Quebec Court of Appeal had held that ss. 271 and 272 are mutually

pris en vertu de l'article 315.1, le consommateur, sous réserve des autres recours prévus par la présente loi, peut demander, selon le cas :

- a) l'exécution de l'obligation;
- b) l'autorisation de la faire exécuter aux frais du commerçant ou du fabricant;
- c) la réduction de son obligation;
- d) la résiliation du contrat;
- e) la résolution du contrat; ou
- f) la nullité du contrat,

sans préjudice de sa demande en dommages-intérêts dans tous les cas. Il peut également demander des dommages-intérêts punitifs.

[88] Les banques soutiennent que c'est l'art. 271 *L.p.c.*, et non l'art. 272, qui s'applique au manquement à l'art. 12 *L.p.c.* qui leur est reproché. L'article 271 prévoit d'autres recours civils, soit la nullité du contrat et la restitution des frais de crédit illégalement imposés. Ces recours peuvent être exercés si le commerçant ne respecte pas certaines dispositions, à moins que celui-ci ne prouve que le consommateur n'a subi aucun préjudice par suite de son manquement :

271. Si l'une des règles de formation prévues par les articles 25 à 28 n'a pas été respectée, ou si un contrat ne respecte pas une exigence de forme prescrite par la présente loi ou un règlement, le consommateur peut demander la nullité du contrat.

Dans le cas d'un contrat de crédit, lorsqu'une modalité de paiement ou encore le calcul ou une indication des frais de crédit ou du taux de crédit n'est pas conforme à la présente loi ou à un règlement, le consommateur peut demander, à son choix, soit la nullité du contrat, soit la suppression des frais de crédit et la restitution de la partie des frais de crédit déjà payée.

Le tribunal accueille la demande du consommateur sauf si le commerçant démontre que le consommateur n'a subi aucun préjudice du fait qu'une des règles ou des exigences susmentionnées n'a pas été respectée.

[89] Dans l'arrêt *Household Finance*, la Cour d'appel du Québec a conclu que les art. 271 et 272

exclusive. If we were to accept the Banks' argument that s. 271 applies to their breach of s. 12, then punitive damages are not available and the Banks would have the chance to prove that reimbursement is not warranted because the cardholders suffered no prejudice.

[90] This Court discussed the scope of ss. 271 and 272 in *Richard*. It noted that “[s]ection 271 *C.P.A.* sanctions the violation of certain rules governing the formation of consumer contracts, whereas the purpose of s. 272 *C.P.A.* is not simply to sanction violations of formal requirements of the Act, but to sanction all violations that are prejudicial to the consumer” (para. 112). Section 271 applies only when the merchant fails to conform to the rules regarding the formal requirements of the formation of consumer contracts, including the terms and conditions of payment and the computation and disclosure of credit charges and the credit rate. In contrast, s. 272 applies to substantial breaches of the Act that result in prejudice to consumers.

[91] The Court laid out guidelines in *Richard* for determining which violations of the *CPA* can give rise to s. 272 remedies. In the context of awarding punitive damages, the Court stated that “violations by merchants on manufacturers that are intentional, malicious or vexatious, and conduct on their part in which they display ignorance, carelessness or serious negligence with respect to their obligations and consumers' rights under the *C.P.A.* may result in awards of punitive damages [under s. 272]” (para. 180 (emphasis added)). Consumers do not “have to prove that the merchant intended to mislead” for s. 272 to apply (para. 128).

[92] The violation at issue in the present appeals is the failure by the Group A Banks to disclose the conversion charge in breach of s. 12 of the *CPA*. It is a substantive violation that goes against the Act's objective of permitting consumers to make

s'excluent mutuellement. Si nous devons retenir l'argument des banques selon lequel leur manquement à l'art. 12 entraîne l'application de l'art. 271, l'action en dommages-intérêts punitifs ne pourrait être intentée et elles auraient la possibilité de démontrer que le remboursement n'est pas justifié parce que les titulaires de cartes n'ont subi aucun préjudice.

[90] La Cour a analysé la portée des art. 271 et 272 dans l'arrêt *Richard*. Elle a souligné que « [l'art. 271 *L.p.c.*] sanctionne la transgression de certaines règles de formation du contrat de consommation. Par contraste, l'art. 272 *L.p.c.* ne vise pas simplement à sanctionner les manquements à des exigences formelles de la loi, mais toutes les violations préjudiciables au consommateur » (par. 112). L'article 271 s'applique seulement lorsque le commerçant ne respecte pas les exigences formelles prescrites en matière de contrat à la consommation, y compris les modalités de paiement ainsi que le calcul et la mention des frais et du taux de crédit. En revanche, l'art. 272 s'applique lorsqu'un manquement à une règle de fond prévue à la Loi cause un préjudice aux consommateurs.

[91] Dans l'arrêt *Richard*, la Cour énonce des lignes directrices permettant de déterminer les situations dans lesquelles une contravention à la *L.p.c.* ouvre la porte aux recours prévus à l'art. 272. Quant aux dommages-intérêts punitifs, la Cour affirme que « les violations intentionnelles, malveillantes ou vexatoires, ainsi que la conduite marquée d'ignorance, d'insouciance ou de négligence sérieuse de la part des commerçants ou fabricants à l'égard de leurs obligations et des droits du consommateur sous le régime de la *L.p.c.* peuvent entraîner l'octroi de dommages-intérêts punitifs [en vertu de l'art. 272] » (par. 180 (nous soulignons)). Les consommateurs n'ont pas à « prouver l'intention de tromper du commerçant » pour que l'art. 272 s'applique (par. 128).

[92] La violation en cause dans les présents pourvois consiste, dans le cas des banques du groupe A, à n'avoir pas mentionné les frais de conversion, soit une contravention à l'art. 12 *L.p.c.* Il s'agit d'une violation de fond qui va à l'encontre de l'objectif

informed choices. The violation is unrelated to the formation of the consumer contract at issue. In this case, the breach of s. 12 surpasses a violation of the formal requirements of the *CPA*. It is not related to the terms and conditions of payment or the computation or indication of the credit charges or the credit rate, which are specifically covered by s. 271. At the very least, this violation results from ignorant or careless conduct as required by the test in *Richard*. As a result, s. 272 and not s. 271 applies.

[93] In light of the complete failure by the Group A Banks to disclose the conversion charge in the cardholder agreements, the appropriate remedy under s. 272 is a reduction of the cardholders' obligations in the amount of all conversion charges imposed during the non-disclosing periods. As there is an "absolute presumption of prejudice" for violations that give rise to s. 272 remedies (*Richard*, at para. 112), the commercial competitiveness of the conversion charges imposed by the Group A Banks is of no consequence.

[94] Because only s. 272 applies to the breach of the *CPA* at issue in these appeals, the issue of whether ss. 271 and 272 are mutually exclusive need not be addressed.

(2) Punitive Damages Are Owed by the Group A Banks

[95] The parties did not make extensive arguments on the issue of punitive damages. The Banks briefly supported the Court of Appeal overturning the punitive damages awarded at trial against BMO, NBC, Citibank and Amex, and argued the punitive damages awarded against TD should be overturned because there was no finding that TD's conduct was "reprehensible, malicious, or vexatious" (Banks A.F., at para. 105). The Plaintiffs' arguments do not address the issue of punitive damages directly. However, as the Plaintiffs have asked this Court to reinstate the trial judgment, the issue of the punitive damages

de la Loi qui doit permettre aux consommateurs de faire des choix éclairés. Elle ne concerne pas la formation du contrat de consommation. En l'espèce, la contravention à l'art. 12 surpasse le manquement aux exigences de forme prescrites par la *L.p.c.* Elle n'est pas liée aux modalités de paiement ni au calcul ou à l'indication des frais de crédit ou du taux de crédit, qui sont expressément visés par l'art. 271. Elle résulte, à tout le moins, d'un comportement d'ignorance ou d'insouciance, selon le critère établi dans l'arrêt *Richard*. Partant, c'est l'art. 272, et non l'art. 271, qui s'applique.

[93] Comme les banques du groupe A ont complètement omis de mentionner les frais de conversion dans leurs conventions régissant l'utilisation de la carte, il convient d'accorder, en vertu de l'art. 272, la réduction des obligations des titulaires de cartes correspondant au montant des frais de conversion imposés pendant les périodes où ils n'étaient pas indiqués. Vu la « présomption absolue de préjudice » applicable aux cas de violation ouvrant droit aux réparations prévues à l'art. 272 (*Richard*, par. 112), la compétitivité des frais de conversion imposés par les banques du groupe A n'a aucune importance.

[94] Puisque seul l'art. 272 s'applique au manquement à la *L.p.c.* en cause en l'espèce, point n'est besoin de déterminer si les art. 271 et 272 s'excluent mutuellement.

(2) Les banques du groupe A sont condamnées aux dommages-intérêts punitifs

[95] Les parties ont peu débattu de la question des dommages-intérêts punitifs. Les banques ont brièvement fait valoir qu'elles appuyaient la décision de la Cour d'appel d'annuler les dommages-intérêts punitifs auxquels BMO, BNC, Citibank et Amex avaient été condamnées en première instance et ont soutenu qu'il fallait annuler ceux octroyés dans le cas de TD parce que les actes de cette dernière n'avaient pas été jugés [TRADUCTION] « répréhensibles, malveillants ou vexatoires » (m.a. (banques), par. 105). Les demandeurs n'abordent pas directement la question des dommages-intérêts punitifs.

awarded against all Group A Banks at trial must be addressed.

[96] At trial, Gascon J. awarded punitive damages on an individual recovery basis in light of the failure of the Group A Banks to disclose the conversion charge. His conclusion was not based on the conversion charges being credit charges. Gascon J. concluded that their failure to disclose the conversion charge was serious and contrary to a fundamental objective of the *CPA*: permitting consumers to make informed choices. He noted that there was no legitimate basis for failing to disclose the conversion charge. As a result, he characterized the Group A Banks' behaviour as [TRANSLATION] "reprehensible and unacceptable", justifying punitive damages (para. 1260). Similarly, in the Amex Action, Gascon J. awarded punitive damages in light of Amex's "blunt disregard of its obligations" and its failure to provide a "reasonable explanation or legitimate excuse", which supports the conclusion that "Amex may well have chosen to wilfully hide the [conversion charge] within the exchange rate" (paras. 425 and 427).

[97] The Court of Appeal overturned the punitive damages imposed on all of the Group A Banks other than TD on the basis that no additional damages need be awarded to fulfil a preventive purpose (para. 124; see also Amex Court of Appeal reasons, at para. 61). It noted the punitive aspect of collective recovery, the fact that the Group A Banks had corrected their violation of s. 12 and the lack of evidence of "antisocial or reprehensible conduct . . . requiring some form of punishment in addition to an award of restitution of all the fees collected" (*ibid.*, at para. 59).

[98] In *Cinar Corporation v. Robinson*, 2013 SCC 73, [2013] 3 S.C.R. 1168, this Court confirmed that

Toutefois, puisqu'ils demandent à la Cour de rétablir la décision de première instance, la question des dommages-intérêts punitifs auxquels les banques du groupe A avaient été condamnées à l'issue du procès doit être examinée.

[96] Au procès, le juge Gascon a accordé des dommages-intérêts punitifs et en a ordonné la liquidation par réclamation individuelle au motif que les banques du groupe A n'avaient pas indiqué les frais de conversion. Sa conclusion ne reposait pas sur l'assimilation de ces frais aux frais de crédit. Il a conclu que le défaut d'indiquer les frais de conversion était un acte grave et contraire à un objectif fondamental de la *L.p.c.* : permettre aux consommateurs de faire des choix éclairés. Selon lui, aucun fondement légitime ne justifiait pareille omission. C'est pourquoi il a qualifié le comportement des banques du groupe A de « répréhensible et inacceptable » justifiant l'octroi de dommages-intérêts punitifs (par. 1260). De même, dans le recours contre Amex, le juge Gascon a accordé des dommages-intérêts punitifs compte tenu [TRADUCTION] « du mépris flagrant [qu'Amex] a démontré à l'égard de ses obligations » et de son incapacité à justifier son comportement par une « explication raisonnable ou une excuse légitime », ce qui vient étayer la conclusion qu'« Amex peut fort bien avoir voulu dissimuler délibérément les [frais de conversion] dans le taux de change » (par. 425 et 427).

[97] La Cour d'appel a annulé la condamnation aux dommages-intérêts punitifs qui avait été prononcée contre toutes les banques du groupe A, sauf TD, au motif que l'octroi de dommages-intérêts supplémentaires dans un but préventif n'était pas justifié (par. 124; voir également les motifs de la Cour d'appel (Amex), par. 61). Elle a souligné l'aspect punitif du recouvrement collectif, le fait que les banques du groupe A s'étaient conformées à l'art. 12 et l'absence de preuve d'un [TRADUCTION] « comportement antisocial ou répréhensible [. . .] nécessitant une certaine sanction, outre la restitution de tous les frais perçus » (*ibid.*, par. 59).

[98] Dans l'arrêt *Cinar Corporation c. Robinson*, 2013 CSC 73, [2013] 3 R.C.S. 1168, notre Cour

there are only two grounds for an appellate court to interfere with a trial court's assessment of punitive damages:

(1) if there is an error of law; or (2) if the amount is not rationally connected to the purposes for which the damages are awarded, namely prevention, deterrence (both specific and general), and denunciation . . . [para. 134]

[99] In our opinion neither of the criteria were met in this case. Furthermore, there are identifiable errors in the Court of Appeal's analysis. Given the law on punitive damages in the *CCQ* and the criteria set out by this Court we conclude that with regards to punitive damages, the trial judgment should be restored.

(a) *Error of Law*

[100] Article 1621 of the *CCQ* governs awards of punitive damages under Quebec law, and only permits courts to award punitive damages if they are "provided for by law", in which case they "may not exceed what is sufficient to fulfil their preventive purpose". The only basis for awarding punitive damages in the present appeals is s. 272 of the *CPA*, which states that consumers "may also claim punitive damages" if the merchant "fails to fulfil an obligation imposed on him by [the *CPA*]".

[101] This Court dealt with punitive damages awards under s. 272 of the *CPA* in *Richard*. It concluded that such damages must have a preventive objective, meaning their purpose must be "to discourage the repetition of undesirable conduct" (para. 180). They may only be awarded in light of "intentional, malicious or vexatious" violations of the *CPA* or conduct that displays "ignorance, carelessness or serious negligence with respect to consumers' rights and to the obligations they have to consumers under the *C.P.A.*", assessed in light of "not only the merchant's conduct prior to the

confirme qu'il n'existe que deux motifs autorisant une cour d'appel à modifier le montant des dommages-intérêts punitifs établi par le tribunal de première instance :

(1) en présence d'une erreur de droit; ou [. . .] (2) lorsque ce montant n'a pas de lien rationnel avec les objectifs de l'attribution de dommages-intérêts punitifs, soit la prévention, la dissuasion (particulière et générale) et la dénonciation . . . [par. 134]

[99] À notre avis, il n'a été satisfait à aucun de ces critères en l'espèce. De plus, on peut relever des erreurs significatives dans l'analyse de la Cour d'appel. À la lumière des règles établies dans le *C.c.Q.* en matière de dommages-intérêts punitifs et des critères formulés par notre Cour, nous concluons qu'il y a lieu de rétablir le jugement de première instance en ce qui concerne les dommages-intérêts punitifs.

a) *Erreur de droit*

[100] L'article 1621 *C.c.Q.* régit l'octroi de dommages-intérêts punitifs en droit québécois, et il ne permet au tribunal d'en attribuer que « [l]orsque la loi [le] prévoit », auquel cas ceux-ci « ne peuvent excéder, en valeur, ce qui est suffisant pour assurer leur fonction préventive ». En l'espèce, la seule disposition applicable qui prévoit l'octroi de dommages-intérêts punitifs est l'art. 272 *L.p.c.*, qui indique que le consommateur « peut également demander des dommages-intérêts punitifs » si le commerçant « manque à une obligation que lui impose la [*L.p.c.*] ».

[101] Notre Cour s'est penchée sur la question des dommages-intérêts punitifs accordés en vertu de l'art. 272 *L.p.c.* dans l'arrêt *Richard*. Elle conclut qu'ils doivent être accordés dans un contexte de prévention, c'est-à-dire « pour décourager la répétition de comportements indésirables » (par. 180). Ils doivent être réservés aux actes « intentionnels, malveillants ou vexatoires » qui contreviennent à la *L.p.c.* ou aux comportements « d'ignorance, d'insouciance ou de négligence sérieuse à l'égard des droits du consommateur et de leurs obligations envers lui sous le régime de la *L.p.c.* », le tribunal

violation, but also how (if at all) the merchant's attitude toward the consumer . . . changed after the violation" (*ibid.*, at paras. 177-78).

[102] As discussed above, s. 272 imposes an absolute presumption of prejudice to the consumer. The Court in *Richard* set out the analytical approach to claims for punitive damages under s. 272 of the *CPA* as follows:

The punitive damages provided for in s. 272 *C.P.A.* must be awarded in accordance with art. 1621 *C.C.Q.* and must have a preventive objective, that is, to discourage the repetition of undesirable conduct;

Having regard to this objective and the objectives of the *C.P.A.*, violations by merchants or manufacturers that are intentional, malicious or vexatious, and conduct on their part in which they display ignorance, carelessness or serious negligence with respect to their obligations and consumers' rights under the *C.P.A.* may result in awards of punitive damages. However, before awarding such damages, the court must consider the whole of the merchant's conduct at the time of and after the violation. [Emphasis added; para. 180.]

[103] While the trial judge did not have the benefit of this Court's decision in *Richard*, we do not find that he made an error in law. The focus in *Richard* is the preventive function of punitive damages per art. 1621 of the *CCQ* and the need to consider the objectives of the legislation authorizing the punitive damages (paras. 155-56). The trial judge uses this standard at paras. 1231 and 1234 of the trial judgment. While the law was expanded and clarified — in particular with regards to the objectives of the *CPA* relevant to the assessment of punitive damages and the need to consider the merchant's conduct after the violation — we conclude that the trial judge used the appropriate guidelines.

[104] The Court of Appeal, on the other hand, found that the trial judge erred in failing to consider

devant apprécier « non seulement le comportement du commerçant avant la violation, mais également le changement (s'il en est) de son attitude envers le consommateur [. . .] après cette violation » (*ibid.*, par. 177-178).

[102] Comme nous l'avons vu, l'art. 272 crée une présomption absolue de préjudice subi par le consommateur. Dans l'arrêt *Richard*, la Cour expose la méthode d'analyse à adopter à l'égard des actions en dommages-intérêts punitifs fondées sur l'art. 272 *L.p.c.* :

Les dommages-intérêts punitifs prévus par l'art. 272 *L.p.c.* seront octroyés en conformité avec l'art. 1621 *C.c.Q.*, dans un objectif de prévention pour décourager la répétition de comportements indésirables;

Compte tenu de cet objectif et des objectifs de la *L.p.c.*, les violations intentionnelles, malveillantes ou vexatoires, ainsi que la conduite marquée d'ignorance, d'insouciance ou de négligence sérieuse de la part des commerçants ou fabricants à l'égard de leurs obligations et des droits du consommateur sous le régime de la *L.p.c.* peuvent entraîner l'octroi de dommages-intérêts punitifs. Le tribunal doit toutefois étudier l'ensemble du comportement du commerçant lors de la violation et après celle-ci avant d'accorder des dommages-intérêts punitifs. [Nous soulignons; par. 180.]

[103] Même si le juge du procès ne disposait pas de l'arrêt *Richard* de notre Cour, nous estimons qu'il n'a pas commis d'erreur de droit. Cet arrêt porte principalement sur la fonction préventive des dommages-intérêts punitifs énoncée à l'art. 1621 *C.c.Q.* et la nécessité de prendre en compte les objectifs de la loi autorisant l'octroi de dommages-intérêts punitifs (par. 155-156). Le juge du procès renvoie à cette norme aux par. 1231 et 1234 de ses motifs. Bien que les règles aient été élargies et précisées — particulièrement à l'égard des objectifs de la *L.p.c.* qui se rapportent à l'évaluation des dommages-intérêts punitifs et à la nécessité de tenir compte de la conduite du commerçant postérieure à la violation — nous concluons que le juge du procès a appliqué les bonnes lignes directrices.

[104] La Cour d'appel, pour sa part, a conclu que le juge du procès avait omis à tort de prendre en

the fact that collective recovery “often comprises an important punitive aspect as compared to individual recovery” (Amex Court of Appeal reasons, at para. 57; the Court of Appeal’s reasons in the Amex Action were said to apply to punitive damages for the Group A Banks in the BMO Action as well (see BMO Court of Appeal reasons, at para. 124)). We respectfully disagree that this was a factor that the trial judge should have considered. There is no case law to support using collective recovery as a basis for not awarding punitive damages. The Court of Appeal supports its argument by citing a treatise on class actions by Lafond that highlights the corrective, preventive and deterrent aspects inherent to collective recovery. While there may be some truth to the idea that the aims and effects of collective recovery overlap with those of punitive damages, this overlap cannot be a factor in the legal test for the determination of punitive damages. By the Court of Appeal’s reasoning, the threshold for awarding punitive damages would be higher in a class action where the plaintiffs were awarded collective recovery as opposed to individual recovery. We see no valid reason to so conclude. After all, collective recovery is nothing more than the full extent of a defendant’s obligation if the plaintiffs make their case. The mode of recovery is not a factor set out by this Court’s jurisprudence for assessing punitive damages under the *CCQ* nor would it be reasonable to include it as one.

- (b) *The Amount Is Rationally Connected to the Purposes for Which the Damages Are Awarded*

[105] The trial judge made findings of fact relevant to the award of punitive damages in both the

considération le fait que le recouvrement collectif [TRADUCTION] « comporte souvent un aspect punitif important comparativement à la formule des réclamations individuelles » (motifs de la Cour d’appel (Amex), par. 57; les motifs de la Cour d’appel dans le recours contre Amex étaient censés s’appliquer également aux dommages-intérêts punitifs auxquels ont été condamnées les banques du groupe A dans le recours contre BMO (voir les motifs de la Cour d’appel (BMO), par. 124)). Avec égard, nous ne croyons pas que le juge du procès devait tenir compte de ce facteur. Aucun arrêt ne permet d’affirmer que le tribunal peut considérer la nature du recouvrement collectif pour refuser d’accorder des dommages-intérêts punitifs. La Cour d’appel étaye sa conclusion sur la base de la seule opinion du professeur Lafond qui souligne les aspects correctif, préventif et dissuasif du recouvrement collectif. Bien qu’il puisse y avoir une part de vérité dans la thèse selon laquelle les objectifs et les effets du recouvrement collectif et ceux des dommages-intérêts punitifs se recoupent, ce recoupement ne saurait jouer dans l’analyse juridique servant à déterminer s’il y a lieu d’accorder des dommages-intérêts punitifs et leur montant. Selon le raisonnement de la Cour d’appel, le seuil d’octroi de dommages-intérêts punitifs serait plus élevé dans le cas d’un recours collectif où le tribunal aurait ordonné qu’il soit procédé par recouvrement collectif plutôt que par voie de réclamations individuelles. À notre avis, il n’y a aucune raison valable de tirer pareille conclusion. Après tout, le recouvrement collectif n’est rien de plus que la pleine mesure de l’obligation du défendeur si les demandeurs établissent le bien-fondé de leur réclamation. Le mode de recouvrement ne fait pas partie des facteurs énoncés dans la jurisprudence de la Cour sur l’analyse servant à déterminer l’opportunité d’une condamnation aux dommages-intérêts punitifs fondée sur le *C.c.Q.*, et il ne serait pas non plus raisonnable de l’inclure dans cette analyse.

- b) *Le montant des dommages-intérêts a un lien rationnel avec les objectifs de leur octroi*

[105] Le juge du procès a tiré des conclusions de fait concernant l’octroi de dommages-intérêts

BMO and Amex Actions. In the BMO Action, the trial judge discussed the breach of s. 12 of the *CPA* by the Group A Banks:

[TRANSLATION] This violation is a serious one that disregards a fundamental objective of protection of the *CPA*, namely that consumers must be clearly informed of all the conditions of their contracts so that they can make considered choices knowing exactly what they are agreeing to.

But none of the five banks in question have provided explanations or justifications for the failure to disclose these conversion fees. This is surprising. Unlike for the violations of sections 72, 83, 91 and 92 of the *CPA* discussed above, it is impossible to identify a legitimate basis for the practice whether from a business point of view or otherwise.

Under this head, the impugned conduct of the five banks remains reprehensible and unacceptable. Their want of concern for consumers is serious. The additional sanction of punitive damages is justified to this extent. [paras. 1258-60]

[106] The trial judge discussed Amex's lack of disclosure in similarly strong terms:

While it is true that under the circumstances, the conduct of Amex can hardly be qualified as antisocial or particularly reprehensible or intolerable, it still remains that for an interval of 10 years, it clearly disregarded its obligations under the *CPA*.

At the very least, it showed a rather blunt disregard of its obligations. To the extent that of the various chartered banks operating in Canada in 2002, the FCAC found that Amex was the only one then failing to disclose the [conversion charge].

Moreover, no legitimate excuse for Amex's behaviour has been offered or given. One can indeed hardly understand why Amex elected to disclose the [conversion charge] up to 1993 and yet stopped doing so for 10 years, until the FCAC advised it that this was improper.

In the absence of any reasonable explanation or legitimate excuse, a logical inference remains. Amex may well have chosen to wilfully hide the [conversion charge]

punitifs dans le recours contre BMO et dans celui contre Amex. Dans le premier cas, le juge a tenu les propos suivants sur l'infraction à l'art. 12 *L.p.c.* par les banques du groupe A :

Cette violation est sérieuse et fait fi d'un objectif de protection fondamentale de la *LPC*. Celui que le consommateur soit bien informé de toutes les conditions de son contrat pour qu'il puisse faire un choix éclairé en connaissant précisément ce à quoi il s'engage.

Or, aucune des cinq banques concernées ne fournit d'explications ou de justifications à cette absence de divulgation de ces frais de conversion. Voilà qui étonne. À la différence des violations des articles 72, 83, 91 et 92 *LPC* déjà traitées, l'on cherche en vain un fondement légitime à la pratique, que ce soit d'un point de vue d'affaires ou autrement.

À ce chapitre, le comportement décrié des cinq banques demeure répréhensible et inacceptable. L'insouciance à l'endroit des consommateurs est sérieuse. La sanction supplémentaire des dommages punitifs se justifie dans cette mesure. [par. 1258-1260]

[106] Le juge du procès a tenu des propos tout aussi durs à l'égard d'Amex pour n'avoir pas mentionné les frais :

[TRADUCTION] Certes, dans les circonstances, on ne peut guère qualifier la conduite d'Amex d'antisociale ou de particulièrement répréhensible ou intolérable, mais il n'en demeure pas moins que, pendant 10 ans, elle a manifestement fait fi des obligations que lui impose la *L.p.c.*

À tout le moins, elle a fait preuve d'un mépris flagrant à l'égard de ses obligations. À un point tel que l'ACFC a conclu qu'Amex était la seule banque à charte faisant affaire au Canada en 2002 qui n'indiquait pas [les frais de conversion].

En outre, on n'a fourni ou donné aucune excuse légitime au comportement d'Amex. Il est en effet difficile de comprendre pourquoi elle indiquait [les frais de conversion] jusqu'en 1993, mais a cessé pendant 10 ans, jusqu'à ce que l'ACFC l'avise de cette irrégularité.

En l'absence d'explication raisonnable ou d'excuse légitime, une inférence logique s'impose. Amex peut fort bien avoir voulu dissimuler délibérément [les frais

within the exchange rate, leaving the consumer unable to ascertain its existence, let alone its extent. This would be quite disturbing. [paras. 424-27]

[107] The Court of Appeal found that “in June 2009 there was no need to impose punitive damages to discourage a practice that had been discontinued six years earlier by Amex and even before that by other banks” (Amex Court of Appeal reasons, at para. 58). Furthermore, the Court of Appeal found that the plaintiff did not discharge his burden “to adduce evidence of antisocial or reprehensible conduct” (*ibid.*, at para. 59).

[108] With respect, based on the findings of fact by the trial judge, we arrive at a different conclusion. The *CPA* is a statute of public order whose obligations and objectives will inform any order of punitive damages stemming from a breach of the Act. These obligations and objectives were discussed at length in *Richard*:

In establishing the criteria for awarding punitive damages under s. 272 *C.P.A.*, it must be borne in mind that the *C.P.A.* is a statute of public order. No consumer may waive in advance his or her rights under the Act (s. 262 *C.P.A.*), nor may any merchant or manufacturer derogate from the Act, except to offer more advantageous warranties (s. 261 *C.P.A.*). The provisions on prohibited practices are also of public order (*L'Heureux and Lacoursière*, at pp. 443 *et seq.*).

The fact that the consumer-merchant relationship is subject to rules of public order highlights the importance of those rules and the need for the courts to ensure that they are strictly applied. Therefore, merchants and manufacturers cannot be lax, passive or ignorant with respect to consumers' rights and to their own obligations under the *C.P.A.* On the contrary, the approach taken by the legislature suggests that they must be highly diligent in fulfilling their obligations. They must therefore make an effort to find out what obligations they have and take reasonable steps to fulfil them.

de conversion] dans le taux de change, ce qui empêche le consommateur d'en découvrir l'existence, et encore moins le montant. Cette éventualité serait assez troublante. [par. 424-427]

[107] Selon la Cour d'appel, [TRADUCTION] « en juin 2009, il était inutile d'accorder des dommages-intérêts punitifs pour décourager une pratique à laquelle Amex avait cessé de se livrer six ans auparavant et à laquelle avaient renoncé les autres banques même avant cela » (motifs de la Cour d'appel (Amex), par. 58). Elle a aussi conclu que le demandeur ne s'était pas acquitté du fardeau « de prouver une conduite antisociale ou répréhensible » (*ibid.*, par. 59).

[108] Avec égard, nous arrivons à une autre conclusion à la lumière des constats de fait tirés par le juge du procès. La *L.p.c.* est une loi d'ordre public; les obligations et les objectifs qui y sont prévus doivent entrer en ligne de compte dans la décision qui condamne une partie aux dommages-intérêts punitifs pour manquement à cette loi. Ces obligations et objectifs ont été examinés en détail dans l'arrêt *Richard* :

Dans la détermination des critères d'octroi de dommages-intérêts punitifs en vertu de l'art. 272 *L.p.c.*, il est important de rappeler que la *L.p.c.* est une loi d'ordre public. Le consommateur ne peut renoncer à l'avance aux droits que lui accorde la loi (art. 262 *L.p.c.*). Les commerçants et fabricants ne peuvent non plus y déroger, sauf pour offrir des garanties plus avantageuses (art. 261 *L.p.c.*). De même, les dispositions relatives aux pratiques interdites ont un caractère d'ordre public (*L'Heureux et Lacoursière*, p. 443 *et suiv.*).

L'assujettissement des relations consommateurs-commerçants à des règles d'ordre public met en évidence l'importance de ces dernières et la nécessité pour les tribunaux de veiller à leur application stricte. Les commerçants et fabricants ne peuvent donc adopter une attitude laxiste, passive ou ignorante à l'égard des droits du consommateur et des obligations que leur impose la *L.p.c.* Au contraire, l'approche adoptée par le législateur suggère qu'ils doivent faire preuve d'une grande diligence dans l'exécution de leurs obligations. Ils doivent donc manifester le souci de s'informer de leurs obligations et de mettre en place des mesures raisonnables pour en assurer le respect.

In our opinion, therefore, the purpose of the *C.P.A.* is to prevent conduct on the part of merchants and manufacturers in which they display ignorance, carelessness or serious negligence with respect to consumers' rights and to the obligations they have to consumers under the *C.P.A.* Obviously, the recourse in punitive damages provided for in s. 272 *C.P.A.* also applies, for example, to acts that are intentional, malicious or vexatious.

The mere fact that a provision of the *C.P.A.* has been violated is not enough to justify an award of punitive damages, however. Thus, where a merchant realizes that an error has been made and tries diligently to solve the problems caused to the consumer, this should be taken into account. Neither the *C.P.A.* nor art. 1621 *C.C.Q.* requires a court to be inflexible or to ignore attempts by a merchant or manufacturer to correct a problem. A court that has to decide whether to award punitive damages should thus consider not only the merchant's conduct prior to the violation, but also how (if at all) the merchant's attitude toward the consumer, and toward consumers in general, changed after the violation. It is only by analysing the whole of the merchant's conduct that the court will be able to determine whether the imperatives of prevention justify an award of punitive damages in the case before it. [paras. 175-78]

[109] Therefore, with respect for the Court of Appeal, neither evidence of antisocial behaviour nor reprehensible conduct is *required* to award punitive damages under the *CPA*. Rather, what is necessary is an examination of the overall conduct of the merchant, before, during and after the violation, for behaviour that was "lax, passive or ignorant with respect to consumers' rights and to their own obligations", or conduct that displays "ignorance, carelessness or serious negligence".

[110] In the BMO Action, the trial judge found that the Group A Banks' breach was serious and even contemptuous of a fundamental objective of the *CPA* — that the consumer have knowledge of the conditions of her or his contract. The trial judge found those Banks' failure to explain this breach showed a serious lack of concern or care towards the consumers that was reprehensible and unacceptable. In the Amex Action, the trial judge found that

Ainsi, selon nous, la *L.p.c.* cherche à réprimer chez les commerçants et fabricants des comportements d'ignorance, d'insouciance ou de négligence sérieuse à l'égard des droits du consommateur et de leurs obligations envers lui sous le régime de la *L.p.c.* Évidemment, le recours en dommages-intérêts punitifs prévu à l'art. 272 *L.p.c.* s'applique aussi aux actes intentionnels, malveillants ou vexatoires, par exemple.

Cependant, le simple fait d'une violation d'une disposition de la *L.p.c.* ne suffirait pas à justifier une condamnation à des dommages-intérêts punitifs. Par exemple, on devrait prendre en compte l'attitude du commerçant qui, constatant une erreur, aurait tenté avec diligence de régler les problèmes causés au consommateur. Ni la *L.p.c.*, ni l'art. 1621 *C.c.Q.* n'exigent une attitude rigoriste et aveugle devant les efforts d'un commerçant ou d'un fabricant pour corriger le problème survenu. Ainsi, le tribunal appelé à décider s'il y a lieu d'octroyer des dommages-intérêts punitifs devrait apprécier non seulement le comportement du commerçant avant la violation, mais également le changement (s'il en est) de son attitude envers le consommateur, et les consommateurs en général, après cette violation. Seule cette analyse globale du comportement du commerçant permettra au tribunal de déterminer si les impératifs de prévention justifient une condamnation à des dommages-intérêts punitifs dans une affaire donnée. [par. 175-178]

[109] En conséquence, avec égard, il n'est pas *nécessaire* d'établir un comportement antisocial ou répréhensible pour que des dommages-intérêts punitifs soient attribués en vertu de la *L.p.c.* Il faut plutôt examiner le comportement global du commerçant avant, pendant et après la violation, pour déterminer s'il a adopté une attitude « laxiste, passive ou ignorante à l'égard des droits du consommateur et [de leurs propres] obligations », ou un comportement « d'ignorance, d'insouciance ou de négligence sérieuse ».

[110] Dans le recours contre BMO, le juge du procès a conclu que le manquement des banques du groupe A était grave, voire méprisait un objectif fondamental de la *L.p.c.*, à savoir que le consommateur doit connaître les conditions de son contrat. Selon le juge, en n'expliquant pas les raisons de ce manquement, les banques ont fait preuve d'un sérieux manque de préoccupation ou de diligence envers les consommateurs. Cela était répréhensible

the Bank disregarded its obligations under the CPA, and inferred that in removing references to the rate available to the consumer, Amex may have wilfully hidden its conversion rate for 10 years.

[111] There is no palpable or overriding error in these findings of fact, or in the trial judge's use of them to support an order of punitive damages. It was open to the trial judge to conclude that the conduct of the Banks amounted to ignorance, carelessness or both. In the case of the Group A Banks, there was non-compliance with the CPA without any explanation for a period of years. What prompted each Bank to start disclosing the conversion charge is unclear. Their cooperation with this lawsuit — namely, providing the information to permit collective recovery — is not enough to amount to evidence of diligence in solving the problem caused to the consumers or of a positive attitude towards consumers in general. Their negligence during the period of non-disclosure overwhelms their unexplained decision to start disclosing a fee they were charging consumers without their knowledge. The facts are worse for Amex, who in disclosing the fee until 1993, and then hiding it for 10 years until the FCAC decision, exhibited the opposite of diligence and demonstrated an undesirable attitude towards the consumers.

[112] As noted in *Richard*, the CPA has two main objectives: restoring the balance between merchants and consumers in their contractual relationships, and eliminating unfair and misleading practices that may distort the information available to consumers and prevent them from making informed choices (paras. 160-61). Both of these objectives are important in this context where consumers are often powerless in the face of changes to their credit card contracts, particularly when refusing payment can result in additional costs in the form of interest. In our opinion it was open to the trial judge to conclude that the Group A Banks breached their

et inacceptable. Dans le recours contre Amex, il était d'avis que la banque avait fait fi des obligations que lui impose la *L.p.c.* et il a inféré qu'en supprimant les mentions du taux de conversion offert au consommateur, Amex avait peut-être délibérément dissimulé son taux pendant 10 ans.

[111] Ni ces constatations de fait ni l'octroi de dommages-intérêts punitifs sur la base de ces dernières ne sont entachés d'une erreur manifeste ou dominante. Il était loisible au juge de première instance de conclure que la conduite des banques constituait de l'ignorance ou de l'insouciance ou les deux. Pour ce qui est des banques du groupe A, elles ont enfreint la *L.p.c.* sans explication pendant des années. On ignore ce qui a incité chaque banque à indiquer finalement les frais de conversion. Leur collaboration dans le cadre de la poursuite — soit le fait d'avoir fourni l'information permettant le recouvrement collectif — ne suffit pas pour prouver la diligence dans la résolution du problème causé à ces consommateurs ou une attitude positive envers les consommateurs en général. Leur négligence au cours des années où les frais n'étaient pas mentionnés prévaut sur leur décision inexplicquée de mentionner aux consommateurs des frais qui leur étaient auparavant imposés à leur insu. Les faits sont beaucoup plus accablants pour Amex. En mentionnant les frais jusqu'en 1993 pour ensuite les dissimuler au cours de la décennie qui a précédé la décision de l'ACFC, elle a démontré le contraire de la diligence et manifesté une attitude désobligeante et condescendante envers les consommateurs.

[112] Comme l'indique notre Cour dans l'arrêt *Richard*, la *L.p.c.* vise deux objectifs : rétablir l'équilibre dans les relations contractuelles entre les commerçants et les consommateurs et éliminer les pratiques déloyales et trompeuses susceptibles de fausser l'information dont dispose le consommateur et de l'empêcher de faire des choix éclairés (par. 160-161). Ces deux objectifs revêtent une grande importance dans le présent contexte où les consommateurs sont souvent impuissants face à la modification de leur contrat de carte de crédit, d'autant plus que refuser de payer risque de se traduire par des frais supplémentaires imposés sous

responsibilities in contravention of the *CPA* and its objectives. The clarifications made in *Richard* do not change the fact that there is a rational connection between the amount of punitive damages and the purpose for which they were awarded. The trial judge did not make a palpable and overriding error in awarding punitive damages as a preventive measure, not only to deter the Banks, but all merchants, from this kind of careless behaviour.

[113] The trial judge's award of punitive damages is rationally connected to the purposes of the punitive damages. The trial judgment with regards to punitive damages should be restored for all the Group A Banks.

(3) The Case of Amex

[114] The above conclusions apply to all Group A Banks, including Amex in its position as a defendant in the BMO Action. Contrary to the conclusion of the Court of Appeal in the BMO Action, the classes in the BMO and Amex Actions were carefully described so as not to overlap. As noted by Gascon J. in his judgment in the Amex Action, in 2007 the Amex Action class description was modified "to avoid duplication between the group descriptions of the [BMO Action] and those of this file" (para. 7, fn. 6). Indeed, the class in the BMO Action covered conversion charges imposed on consumer credit card holders from April 17, 2000 onward, while the class in the Amex Action only covered conversion charges imposed on consumer credit card holders prior to April 17, 2000. The trial orders in the BMO and Amex Actions did not overlap.

la forme d'intérêts additionnels. À notre avis, le juge du procès pouvait conclure que les banques du groupe A avaient manqué à leurs obligations et n'avaient pas respecté la *L.p.c.* et ses objectifs. Les précisions apportées dans l'arrêt *Richard* ne changent rien au fait qu'il existe un lien rationnel entre le montant des dommages-intérêts punitifs et l'objet de leur attribution. Le juge du procès n'a fait aucune erreur manifeste et dominante en accordant des dommages-intérêts punitifs comme mesure de prévention pour dissuader non seulement les banques mais aussi tous les commerçants de démontrer pareille insouciance.

[113] Les dommages-intérêts punitifs accordés par le juge du procès témoignent d'un lien rationnel avec les objectifs de ce type d'indemnisation. Il y a lieu de rétablir le jugement de première instance condamnant toutes les banques du groupe A à des dommages-intérêts punitifs.

(3) Le cas d'Amex

[114] Les conclusions précédentes s'appliquent à toutes les banques du groupe A, y compris Amex à titre de défenderesse dans le recours contre BMO. Contrairement à l'affirmation de la Cour d'appel dans le recours entrepris contre BMO, les groupes impliqués dans ce recours et dans celui entrepris contre Amex ont été décrits soigneusement pour éviter tout chevauchement. Comme le signale le juge Gascon dans le jugement rendu dans le recours contre Amex, la description du groupe dans cette action a été modifiée en 2007 [TRADUCTION] « pour éviter les recoupements entre la description du groupe dans le [recours contre BMO] et celle du groupe en l'espèce » (par. 7, note 6). En effet, la définition du groupe dans le recours contre BMO vise les frais de conversion imposés à compter du 17 avril 2000 aux titulaires de cartes de crédit à la consommation; tandis que celle du groupe dans le recours contre Amex ne vise que les frais de conversion imposés avant cette date aux titulaires de cartes de crédit à la consommation. Il n'y avait aucun chevauchement des ordonnances rendues à l'issue des deux recours.

[115] This issue was not argued before our Court. However, the Plaintiffs have asked this Court to reinstate the trial judgment. Further, the Plaintiffs applied to the Court of Appeal to correct its order on the basis that the classes in the BMO and Amex Actions do not overlap. The Banks did not dispute that the classes in the two actions do not overlap, arguing only that there was no evidence in the record of the conversion charges charged by Amex for the month of January 2003 and, therefore, that collective recovery for that month should be denied. The Court of Appeal denied the application without giving reasons.

[116] We are of the opinion that the award at trial against Amex in the BMO Action should be restored to the extent that it accords with our conclusion that the conversion charges are net capital. Amex must repay all conversion charges imposed between April 17, 2000 and January 31, 2003, which is when it began disclosing the conversion charge. For the period of April 17, 2000 to December 31, 2002, Gascon J.'s order of individual recovery is restored. For January 2003, consistent with how the Court of Appeal calculated collective recovery for the other Group A Banks, an award of \$87,078.33 is ordered (1/12 of \$1,044,940, the total amount of conversion charges imposed by Amex in 2003 reduced by Amex's average rate of bad debts). Punitive damages awarded against Amex are also restored.

VI. Conclusion

[117] All relevant provisions of the *CPA* are constitutionally applicable and operative and the Plaintiffs have standing to bring this class action. The conversion charges are net capital in the sense of the *CPA* and were properly disclosed by the Group B Banks. The Group A Banks failed to disclose the conversion charges and must therefore refund the

[115] Cette question n'a pas été soulevée devant la Cour. Or, les demandeurs sollicitent le rétablissement du jugement rendu à l'issue du procès. De plus, les demandeurs ont prié la Cour d'appel de rectifier, à la lumière de l'absence de chevauchement entre les deux groupes formés dans les recours contre BMO et Amex, l'ordonnance qu'elle avait irrégulièrement rendue. Les banques ne contestent pas l'absence de chevauchement, mais font seulement valoir qu'il n'y a aucune preuve au dossier sur les frais de conversion imposés par Amex au mois de janvier 2003 et, partant, qu'il convient de refuser le recouvrement collectif des sommes perçues pendant ce mois. La Cour d'appel a rejeté la demande sans motiver sa décision.

[116] Nous sommes d'avis qu'il y a lieu de rétablir la condamnation prononcée en première instance contre Amex dans le recours entrepris contre BMO dans la mesure où ce jugement respecte la conclusion selon laquelle les frais de conversion appartiennent au capital net. Amex doit rembourser les frais de conversion imposés entre le 17 avril 2000 et le 31 janvier 2003, date à laquelle elle s'est mise à indiquer les frais de conversion. La décision du juge Gascon d'ordonner le recouvrement individuel à l'égard de la période comprise entre le 17 avril 2000 et le 31 décembre 2002 est rétablie. En ce qui concerne le mois de janvier 2003, suivant le calcul employé par la Cour d'appel dans le cas des autres banques du groupe A pour le recouvrement collectif, des dommages-intérêts d'un montant de 87 078,33 \$ sont ordonnés (soit le douzième du total des frais de conversion imposés par Amex en 2003 moins le taux moyen de mauvaises créances pour Amex (1 044 940 \$)). Nous rétablissons la condamnation aux dommages-intérêts punitifs qui avait été prononcée contre Amex.

VI. Conclusion

[117] Toutes les dispositions pertinentes de la *L.p.c.* sont, du point de vue constitutionnel, applicables et opérantes, et les demandeurs ont le statut pour entreprendre le présent recours collectif. Les frais de conversion appartiennent au capital net au sens de la *L.p.c.*, et les banques du groupe B les ont légalement indiqués. Les banques du groupe A

collected conversion charges to their cardholders. They are additionally liable for punitive damages. For these reasons, the appeals by the Banks are dismissed with costs before our Court. The appeal by the Plaintiffs is allowed in part without costs before our Court in light of the divided success. Costs for the courts below remain as ordered by Dalphond J.A. at paras. 151-54 of his judgment in the BMO Action, except in the case of Amex, against which the costs award made by the trial judge should be restored.

ont omis de les indiquer et doivent en conséquence rembourser ceux qu'elles ont perçus des titulaires de leurs cartes. Elles sont en outre condamnées à des dommages-intérêts punitifs. Pour ces motifs, les appels interjetés par les banques sont rejetés avec dépens devant la Cour. L'appel interjeté par les demandeurs est accueilli en partie sans dépens devant la Cour en raison du succès mitigé. Les dépens devant les juridictions inférieures adjugés par le juge Dalphond aux par. 151-154 de ses motifs dans le recours contre BMO sont confirmés, sauf dans le cas d'Amex, à l'égard de laquelle l'ordonnance du juge de première instance quant aux dépens est rétablie.

APPENDIX

Glossary of Terms

card issuer: the institution, typically a bank, credit union, or store, that issues the credit card to the cardholder; collects the interchange fee; pays the network access fee to the credit card company in return for using their card.

cardholder: party to the cardholder agreement with the card issuer; uses the credit card to make payments to merchants, repays the card issuer at a later date.

cardholder agreement: the contract between cardholders and card issuers for the use of the credit card.

conversion charge: percentage added to purchases made in foreign currencies after the original amount is converted to Canadian dollars.

CPA: *Consumer Protection Act*, CQLR, c. P-40.1.

credit card company: Visa, MasterCard and American Express; charges the network access fee and sets the rate for the interchange fee collected by card issuers.

credit charge (*CPA*): one of two types of charges permitted by the *CPA* under cardholder agreements; all amounts owed under the agreement other than net capital.

ANNEXE

Glossaire

capital net (*L.p.c.*) : somme pour laquelle le crédit est effectivement consenti au titulaire de carte, par l'entremise de sa carte de crédit; sont exclus les frais expressément qualifiés de frais de crédit. (*net capital (CPA)*)

commerçant : fournit des biens ou des services au titulaire de carte en contrepartie d'un paiement fait par carte de crédit. (*merchant*)

convention régissant l'utilisation de la carte : contrat régissant l'utilisation de la carte intervenu entre le titulaire de la carte et l'émetteur. (*cardholder agreement*)

émetteur : institution, en général une banque, une coopérative de crédit ou un magasin, qui fournit la carte de crédit au titulaire, perçoit les frais d'interchange, paie les frais de réseau à la société de carte de crédit pour l'utilisation de la carte. (*card issuer*)

frais d'interchange : taux fixé par les sociétés de carte de crédit, mais qui est perçu par les émetteurs. (*interchange fee*)

frais de réseau : frais dont le montant est fixé par les sociétés de cartes de crédit et que celles-ci perçoivent des émetteurs. (*network access fee*)

- credit rate (*CPA*): all credit charges owed under a cardholder agreement, with certain exceptions, expressed as an annual percentage.
- interbank rate: an exchange rate only available to large financial institutions trading in \$1 million blocks.
- interchange fee: a rate set by credit card companies but collected by card issuers.
- merchant: provides goods or services to cardholders in exchange for payment through the credit card.
- net capital (*CPA*): the sum of money for which credit is actually extended to cardholders through their credit card other than sums specifically categorized as credit charges.
- network access fee: fee set and collected by credit card companies from card issuers.
- frais de conversion : pourcentage ajouté au montant des achats faits en devises étrangères une fois la somme originale convertie en dollars canadiens. (*conversion charge*)
- frais de crédit (*L.p.c.*) : l'un des deux types de frais dont l'imposition dans les conventions régissant l'utilisation de la carte de crédit est autorisée par la *L.p.c.*; toute somme que le consommateur doit payer en vertu de la convention, en plus du capital net. (*credit charge (CPA)*)
- L.p.c.* : *Loi sur la protection du consommateur*, RLRQ, ch. P-40.1. (*CPA*)
- société de carte de crédit : Visa, MasterCard et American Express; la société facture les frais de réseau et fixe le taux des frais d'interchange que perçoit l'émetteur. (*credit card company*)
- taux de crédit (*L.p.c.*) : tous les frais de crédit exigibles en vertu d'une convention régissant l'utilisation de la carte de crédit, sauf exception, exprimés sous la forme d'un pourcentage annuel. (*credit rate (CPA)*)
- taux interbancaire : taux de change exclusivement offert aux grandes institutions financières négociant en millions de dollars. (*interbank rate*)
- titulaire de carte : partie à la convention régissant l'utilisation de la carte conclue avec l'émetteur; le titulaire utilise la carte de crédit pour payer le commerçant et rembourse l'émetteur à une date ultérieure. (*cardholder*)

Appeals by the Bank of Montreal, Citibank Canada, the Toronto-Dominion Bank and the National Bank of Canada dismissed and appeal by Réal Marcotte and Bernard Laparé allowed in part.

Solicitors for the appellants/respondents the Bank of Montreal, Citibank Canada, the Toronto-Dominion Bank and the National Bank of Canada, and for the respondents the Amex Bank of Canada, the Royal Bank of Canada, the Canadian Imperial

Pourvois de la Banque de Montréal, Citibanque Canada, la Banque Toronto-Dominion et la Banque Nationale du Canada rejetés et pourvoi de Réal Marcotte et Bernard Laparé accueilli en partie.

Procureurs des appelantes/intimées la Banque de Montréal, Citibanque Canada, la Banque Toronto-Dominion et la Banque Nationale du Canada, et des intimées la Banque Amex du Canada, la Banque Royale du Canada, la Banque Canadienne Impériale

Bank of Commerce, the Bank of Nova Scotia and the Laurentian Bank of Canada: Osler, Hoskin & Harcourt, Montréal and Toronto; Deslauriers & Cie, Montréal.

Solicitors for the respondents/appellants Réal Marcotte and Bernard Laparé: Trudel & Johnston, Montréal; Lauzon Bélanger Lespérance inc., Montréal.

Solicitors for the respondent/intervener the Attorney General of Quebec: Bernard, Roy & Associés, Montréal.

Solicitors for the respondent/intervener the President of the Office de la protection du consommateur: Allard, Renaud et Associés, Trois-Rivières; Office de la protection du consommateur, Trois-Rivières.

Solicitor for the respondent/intervener the Attorney General of Canada: Attorney General of Canada, Montréal.

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

Solicitor for the intervener the Attorney General of Alberta: Attorney General of Alberta, Edmonton.

Solicitors for the intervener the Canadian Bankers Association: Torys, Toronto.

de Commerce, la Banque de Nouvelle-Écosse et la Banque Laurentienne du Canada: Osler, Hoskin & Harcourt, Montréal et Toronto; Deslauriers & Cie, Montréal.

Procureurs des intimés/appellants Réal Marcotte et Bernard Laparé: Trudel & Johnston, Montréal; Lauzon Bélanger Lespérance inc., Montréal.

Procureurs de l'intimé/intervenant le procureur général du Québec: Bernard, Roy & Associés, Montréal.

Procureurs de l'intimé/intervenant le président de l'Office de la protection du consommateur: Allard, Renaud et Associés, Trois-Rivières; Office de la protection du consommateur, Trois-Rivières.

Procureur de l'intimé/intervenant le procureur général du Canada: Procureur général du Canada, Montréal.

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

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Alberta: Procureur général de l'Alberta, Edmonton.

Procureurs de l'intervenante l'Association des banquiers canadiens: Torys, Toronto.

Amex Bank of Canada *Appellant*

v.

**Sylvan Adams, Attorney General of Quebec
and President of the Office de la protection
du consommateur** *Respondents*

and

**Attorney General of Canada,
Attorney General of Ontario,
Attorney General of Alberta and
Canadian Bankers Association** *Intervenors*

INDEXED AS: AMEX BANK OF CANADA v. ADAMS

2014 SCC 56

File No.: 35033.

2014: February 13; 2014: September 19.

Present: McLachlin C.J. and LeBel, Abella, Rothstein,
Cromwell, Moldaver and Wagner JJ.

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
QUEBEC**

Consumer protection — Contracts of credit — Contracts extending variable credit — Credit and charge cards — Obligation to disclose costs in contract — Appropriate remedy for failing to disclose — Conversion charges imposed by financial institutions on cardholders for transactions in foreign currencies — Class actions — Whether Amex failed to disclose conversion charges to cardholders — Whether reimbursement of conversion charges collected from consumer class members should be ordered — Consumer Protection Act, CQLR, c. P-40.1, ss. 12, 272.

Receipt of a payment not due — Contracts of credit — Credit and charge cards — Payment made in error — Class actions — Whether cardholder agreements imposed obligation to pay conversion charges — Whether Amex owes restitution of conversion charges to non-consumer class members — Whether restitution would have the effect of according adhering parties with undue

Banque Amex du Canada *Appelante*

c.

**Sylvan Adams, procureur général du Québec
et président de l'Office de la protection
du consommateur** *Intimés*

et

**Procureur général du Canada,
procureur général de l'Ontario,
procureur général de l'Alberta et
Association des banquiers
canadiens** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : BANQUE AMEX DU CANADA c. ADAMS

2014 CSC 56

N° du greffe : 35033.

2014 : 13 février; 2014 : 19 septembre.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges LeBel,
Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver et Wagner.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Protection du consommateur — Contrats de crédit — Contrats de crédit variable — Cartes de crédit et cartes de paiement — Obligation d'indiquer les frais applicables dans un contrat — Réparation appropriée en cas de manquement à cette obligation — Frais de conversion sur les opérations en devises étrangères imposés par des institutions financières aux titulaires de cartes — Recours collectifs — Amex a-t-elle omis d'indiquer les frais de conversion aux titulaires de cartes? — Le remboursement des frais de conversion perçus des membres du groupe qui sont des consommateurs doit-il être ordonné? — Loi sur la protection du consommateur, RLRQ, ch. P-40.1, art. 12, 272.

Réception de l'indu — Contrats de crédit — Cartes de crédit et cartes de paiement — Paiement fait par erreur — Recours collectifs — Les conventions régissant l'utilisation des cartes prévoient-elles l'obligation de payer des frais de conversion? — Amex doit-elle restituer aux membres du groupe qui ne sont pas des consommateurs les frais de conversion payés? — La restitution aurait-elle

avantage — Civil Code of Québec, arts. 1491, 1492, 1554, 1699.

Constitutional law — Division of powers — Banking — Interjurisdictional immunity — Federal paramountcy — Quebec’s consumer protection legislation regulating disclosure of conversion charges with respect to contracts of credit — Whether provincial legislation constitutionally inapplicable or inoperative in respect of bank-issued credit and charge cards by virtue of doctrine of interjurisdictional immunity or federal paramountcy — Constitution Act, 1867, s. 91(15) — Consumer Protection Act, CQLR, c. P-40.1, ss. 12, 272.

Amex’s credit and charge cards offer the ability to make purchases in foreign currencies. Such purchases are subject to a conversion charge, whereby a percentage of the converted amount is charged as a fee for the conversion service. Quebec’s *Consumer Protection Act* (“CPA”) imposes various rules on the content and disclosure of charges and fees in contracts extending variable credit. The conversion charge was not disclosed in Amex’s cardholder agreements between 1993 and 2003. A, the representative plaintiff, filed a class action against Amex to seek repayment of the conversion charges imposed by Amex on credit or charge card purchases made in foreign currencies on the basis that the conversion charges violated the CPA and the *Civil Code of Québec* provisions. The class at issue in this action includes both consumer and non-consumer cardholders of both credit and charge cards. Amex argued that the CPA is constitutionally inapplicable to a bank such as Amex and that no repayment of the conversion charges is owed. The Superior Court maintained the class action and condemned Amex to reimburse the conversion charges collected from all cardholders between 1993 and 2003. The Court of Appeal allowed the appeal but only to the extent of overturning the trial judge’s decision to award punitive damages.

Held: The appeal should be dismissed.

For the reasons given in the companion case of *Bank of Montreal v. Marcotte*, 2014 SCC 55, [2014] 2 S.C.R. 725, the relevant CPA provisions are neither inapplicable nor inoperative under the doctrine of interjurisdictional immunity or federal paramountcy.

pour effet d’accorder un avantage indu aux adhérents? — Code civil du Québec, art. 1491, 1492, 1554, 1699.

Droit constitutionnel — Partage des compétences — Banques — Doctrine de l’exclusivité des compétences — Prépondérance fédérale — Loi québécoise sur la protection du consommateur régissant la mention des frais de conversion applicables dans les contrats de crédit — La loi provinciale est-elle constitutionnellement inapplicable ou inopérante à l’égard des cartes de crédit et des cartes de paiement émises par des banques en raison des doctrines de l’exclusivité des compétences et de la prépondérance fédérale? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(15) — Loi sur la protection du consommateur, RLRQ, ch. P-40.1, art. 12, 272.

Les cartes de crédit et les cartes de paiement d’Amex permettent à leurs titulaires de faire des achats en devises étrangères. Des frais de conversion s’appliquent à ces opérations, c’est-à-dire qu’un pourcentage de la somme convertie est exigé en sus pour ce service de conversion. La *Loi sur la protection du consommateur* du Québec (« *L.p.c.* ») impose différentes règles sur la teneur et la mention des frais et droits dans les contrats de crédit variable. Les frais de conversion n’étaient pas indiqués dans les conventions régissant l’utilisation des cartes émises par Amex entre 1993 et 2003. A, le représentant des demandeurs, a intenté un recours collectif contre Amex pour obtenir le remboursement des frais de conversion imposés par cette institution sur les opérations par carte de crédit ou par carte de paiement en devises étrangères au motif que ces frais contrevenaient aux dispositions de la *L.p.c.* et du *Code civil du Québec*. Le groupe en cause est composé de consommateurs et de non-consommateurs qui sont titulaires de cartes de crédit ou de cartes de paiement. Amex a fait valoir que la *L.p.c.* était constitutionnellement inapplicable à une banque comme Amex et qu’elle n’était pas tenue au remboursement des frais de conversion. La Cour supérieure a accueilli le recours collectif et a condamné Amex à rembourser les frais de conversion perçus de tous les titulaires de carte entre 1993 et 2003. La Cour d’appel a accueilli l’appel, mais seulement pour annuler les dommages-intérêts punitifs accordés en première instance.

Arrêt : L’appel est rejeté.

Pour les motifs exposés dans l’arrêt connexe *Banque de Montréal c. Marcotte*, 2014 CSC 55, [2014] 2 R.C.S. 725, les dispositions pertinentes de la *L.p.c.* ne sont ni inapplicables ni inopérantes en raison de la doctrine de l’exclusivité des compétences ou de celle de la prépondérance fédérale.

The trial judge's finding that the conversion charge was a separate fee rather than a component of the exchange rate was a determination of fact, or at most of mixed fact and law, and should therefore not be disturbed given the lack of any palpable and overriding error. As a result, Amex violated s. 12 of the *CPA* and must, under s. 272(c) of that Act, reimburse the conversion charges collected from the consumer class members between 1993 and 2003 as described by the trial judge.

With respect to the non-consumer class members, the *CPA* does not apply. Amex must instead restore the conversion charges under the *Civil Code of Québec*. The receipt of a payment not due provisions allow someone to recover an amount paid in excess by creating an obligation on the part of the party who received the amount paid without debt, to return that amount. Here, the evidence was clear that from 1993 to 2003 there was no reference in the cardholder agreement to the conversion charge because an "exchange rate determined by Amex" could not be understood as including such a charge, and therefore there was no obligation for cardholders to pay the conversion charge. All payments of the conversion charge by cardholders were therefore made in error and accordingly, Amex owes restitution of the conversion charges to the non-consumer class members. The power to refuse to grant restitution under art. 1699 para. 2 of the *Code civil* if restitution would confer an undue advantage on one party is quite exceptional and must be exercised sparingly. In this case, nothing indicates that the trial judge acted improperly in refusing to exercise his discretion to not grant restitution.

Cases Cited

Applied: *Bank of Montreal v. Marcotte*, 2014 SCC 55, [2014] 2 S.C.R. 725; **referred to:** *Marcotte v. Fédération des caisses Desjardins du Québec*, 2014 SCC 57, [2014] 2 S.C.R. 805; *Service aux marchands détaillants ltée (Household Finance) v. Option consommateurs*, 2006 QCCA 1319 (CanLII), leave to appeal refused, [2007] 1 S.C.R. xi; *International Paper Co. v. Valeurs Trimont Ltée*, [1989] R.J.Q. 1187.

La conclusion du juge de première instance suivant laquelle les frais de conversion étaient distincts du taux de change, et n'en faisaient pas partie, était une conclusion de fait ou, au mieux, une question mixte de fait et de droit, et ne devrait donc pas être modifiée en l'absence d'une erreur manifeste et dominante. En conséquence, Amex a manqué aux obligations mentionnées à l'art. 12 *L.p.c.* et elle est tenue, en application de l'al. 272c), de rembourser les frais de conversion qu'elle a perçus entre 1993 et 2003 des membres du groupe qui sont des consommateurs, suivant la description qu'en a fait le juge du procès.

La *L.p.c.* ne s'applique pas aux membres du groupe qui ne sont pas des consommateurs. Dans leur cas, Amex est plutôt tenue à la restitution des frais de conversion en application du *Code civil du Québec*. Les dispositions relatives à la réception de l'indu permettent à quiconque de recouvrer un paiement effectué en trop en imposant à la partie qui l'a reçu indûment l'obligation de le restituer. En l'espèce, la preuve établissait clairement que, de 1993 à 2003, les conventions régissant l'utilisation des cartes ne faisaient aucune mention des frais de conversion parce qu'on ne peut prétendre que de tels frais étaient inclus dans le « taux de change déterminé par Amex ». Ainsi, aucune obligation de payer ces frais n'incombait aux titulaires. Tous les paiements des frais de conversion faits par les titulaires de cartes l'ont donc été par erreur et, en conséquence, Amex doit restituer aux membres du groupe qui ne sont pas des consommateurs les frais de conversion qu'ils ont payés. Le pouvoir de ne pas ordonner la restitution que confère le deuxième paragraphe de l'art. 1699 du *Code civil* dans le cas où celle-ci aurait pour effet d'accorder à l'une des parties un avantage indu est un pouvoir tout à fait exceptionnel qui doit être exercé avec circonspection. En l'espèce, rien ne permet de croire que le juge du procès a eu tort de décliner d'exercer le pouvoir discrétionnaire qui l'habilite à refuser d'ordonner la restitution.

Jurisprudence

Arrêt appliqué : *Banque de Montréal c. Marcotte*, 2014 CSC 55, [2014] 2 R.C.S. 725; **arrêts mentionnés :** *Marcotte c. Fédération des caisses Desjardins du Québec*, 2014 CSC 57, [2014] 2 R.C.S. 805; *Service aux marchands détaillants ltée (Household Finance) c. Option consommateurs*, 2006 QCCA 1319 (CanLII), autorisation d'appel refusée, [2007] 1 R.C.S. xi; *International Paper Co. c. Valeurs Trimont Ltée*, [1989] R.J.Q. 1187.

Statutes and Regulations Cited

Bank Act, S.C. 1991, c. 46, s. 452(2)(c), Schedule II.
Civil Code of Québec, arts. 1422, 1491, 1492, 1554, 1699.
Consumer Protection Act, CQLR, c. P-40.1, ss. 12, 219, 271, 272.

Authors Cited

Baudouin, Jean-Louis, et Pierre-Gabriel Jobin. *Les obligations*, 7^e éd. par Pierre-Gabriel Jobin et Nathalie Vézina. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2013.
 Lluelles, Didier, et Benoît Moore. *Droit des obligations*, 2^e éd. Montréal: Thémis, 2012.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Forget, Dalphond and Bich JJ.A.), 2012 QCCA 1394, [2012] R.J.Q. 1512, 353 D.L.R. (4th) 296, [2012] AZ-50881447, [2012] Q.J. No. 7426 (QL), 2012 CarswellQue 7779, setting aside in part a decision of Gascon J., 2009 QCCS 2695, [2009] R.J.Q. 1746, [2009] AZ-50560798, [2009] Q.J. No. 5769 (QL), 2009 CarswellQue 6873. Appeal dismissed.

Mahmud Jamal, Sylvain Deslauriers, Silvana Conte, Alberto Martinez, W. David Rankin, Anne-Marie Lizotte and Alexandre Fallon, for the appellant.

Peter Kalichman, Catherine McKenzie and Mathieu Bouchard, for the respondent Sylvan Adams.

Jean-François Jobin, Francis Demers and Samuel Chayer, for the respondent the Attorney General of Quebec.

Marc Migneault and Joël Simard, for the respondent the President of the Office de la protection du consommateur.

Bernard Letarte and Pierre Salois, for the intervener the Attorney General of Canada.

Janet E. Minor and Robert A. Donato, for the intervener the Attorney General of Ontario.

Robert J. Normey, for the intervener the Attorney General of Alberta.

Lois et règlements cités

Code civil du Québec, art. 1422, 1491, 1492, 1554, 1699.
Loi sur la protection du consommateur, RLRQ, ch. P-40.1, art. 12, 219, 271, 272.
Loi sur les banques, L.C. 1991, ch. 46, art. 452(2)c, annexe II.

Doctrine et autres documents cités

Baudouin, Jean-Louis, et Pierre-Gabriel Jobin. *Les obligations*, 7^e éd. par Pierre-Gabriel Jobin et Nathalie Vézina. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2013.
 Lluelles, Didier, et Benoît Moore. *Droit des obligations*, 2^e éd. Montréal : Thémis, 2012.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (les juges Forget, Dalphond et Bich), 2012 QCCA 1394, [2012] R.J.Q. 1512, 353 D.L.R. (4th) 296, [2012] AZ-50881447, [2012] Q.J. No. 7426 (QL), 2012 CarswellQue 7779, qui a infirmé en partie une décision du juge Gascon, 2009 QCCS 2695, [2009] R.J.Q. 1746, [2009] AZ-50560798, [2009] Q.J. No. 5769 (QL), 2009 CarswellQue 6873. Pourvoi rejeté.

Mahmud Jamal, Sylvain Deslauriers, Silvana Conte, Alberto Martinez, W. David Rankin, Anne-Marie Lizotte et Alexandre Fallon, pour l'appelante.

Peter Kalichman, Catherine McKenzie et Mathieu Bouchard, pour l'intimé Sylvan Adams.

Jean-François Jobin, Francis Demers et Samuel Chayer, pour l'intimé le procureur général du Québec.

Marc Migneault et Joël Simard, pour l'intimé le président de l'Office de la protection du consommateur.

Bernard Letarte et Pierre Salois, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Janet E. Minor et Robert A. Donato, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Robert J. Normey, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

John B. Laskin and Myriam M. Seers, for the interveners the Canadian Bankers Association.

The judgment of the Court was delivered by

ROTHSTEIN AND WAGNER JJ. —

I. Introduction

[1] Amex Bank of Canada (“Amex”) is a Schedule II bank under the *Bank Act*, S.C. 1991, c. 46. Its primary function is to issue credit cards and charge cards, which comprise approximately 98 percent of its activities. One service offered through its credit and charge cards is the ability to make purchases in foreign currencies. Such purchases are subject to a conversion charge, whereby a percentage of the converted amount is charged as a fee for the conversion service. Quebec’s *Consumer Protection Act*, CQLR, c. P-40.1 (“CPA”), imposes various rules on the content and disclosure of charges and fees in contracts extending variable credit, such as credit card and charge card contracts. Similar to the companion cases of *Bank of Montreal v. Marcotte*, 2014 SCC 55, [2014] 2 S.C.R. 725 (“BMO Decision”), and *Marcotte v. Fédération des caisses Desjardins du Québec*, 2014 SCC 57, [2014] 2 S.C.R. 805 (“Desjardins Decision”), this appeal raises the issue of whether the manner in which the conversion charge was disclosed and imposed by Amex complied with the CPA.

[2] Most of the issues raised in this appeal are addressed in the BMO Decision. These reasons will apply the principles of law discussed in that case to the Amex cardholder agreements at issue in this appeal.

II. Facts

Amex Cardholder Agreements

[3] An overview of credit cards and conversion charges, and the procedural history of the class

John B. Laskin et Myriam M. Seers, pour l’intervenante l’Association des banquiers canadiens.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LES JUGES ROTHSTEIN ET WAGNER —

I. Introduction

[1] La Banque Amex du Canada (« Amex ») est une banque énumérée à l’annexe II de la *Loi sur les banques*, L.C. 1991, ch. 46. Sa principale fonction consiste à émettre des cartes de crédit et des cartes de paiement, ce qui représente environ 98 pour 100 de ses activités. Ces cartes permettent entre autres à leurs titulaires de faire des achats en devises étrangères. Des frais de conversion s’appliquent à ces opérations, c’est-à-dire qu’un pourcentage de la somme convertie est exigé en sus pour ce service de conversion. La *Loi sur la protection du consommateur* du Québec, RLRQ, ch. P-40.1 (« *L.p.c.* »), impose différentes règles sur la teneur et la mention des frais et droits dans les contrats de crédit variable, tels que les contrats de cartes de crédit et de cartes de paiement. À l’instar des pourvois connexes *Banque de Montréal c. Marcotte*, 2014 CSC 55, [2014] 2 R.C.S. 725 (« arrêt BMO »), et *Marcotte c. Fédération des caisses Desjardins du Québec*, 2014 CSC 57, [2014] 2 R.C.S. 805 (« arrêt Desjardins »), le présent pourvoi soulève la question de savoir si les frais de conversion ont été mentionnés et imposés par Amex en conformité avec la *L.p.c.*

[2] La plupart des questions que soulève le présent pourvoi sont abordées dans l’arrêt BMO. En l’espèce, nous appliquons les principes de droit examinés dans cet arrêt aux conventions régissant l’utilisation des cartes émises par Amex.

II. Les faits

Conventions régissant l’utilisation des cartes émises par Amex

[3] L’arrêt BMO présente un survol du mécanisme des cartes de crédit et des frais de conversion

actions against the nine banks, Desjardins, and Amex (respectively, the “BMO Action”, the “Desjardins Action” and the “Amex Action”), are provided in the BMO Decision. Charge cards, which are not discussed in the BMO or Desjardins Decisions, are similar to credit cards except that the balance due at the end of the delay provided must be repaid in full; no balance can be carried forward to the next month.

[4] From 1990 to March 1993, Amex cardholder agreements included the following clause:

CHARGES MADE IN FOREIGN COUNTRIES

If you incur a Charge in a foreign currency, it will be converted into Canadian Dollars. The conversion rate used will be at least as favourable to you as the interbank rate, tourist rate or, where required by law, official rate, in effect within 24 hours of the time that the Charge is processed by us or by our authorized agents, plus 1% of the converted amount. Amounts converted by establishments — such as airlines — will be billed at the rates such establishments use. [Emphasis added.]

[5] Effective March 1993, this clause was changed to the following:

If you incur a Charge in a foreign currency, it will be converted into Canadian dollars at the exchange rate determined by us on the date when the Charge is processed by us or by our authorized agents. This rate may differ from the rate in effect on the date of your Charge. Amounts converted by establishments — such as airlines — will be billed at the rates such establishments charge. [Emphasis added.]

[6] In December 2002, the Financial Consumer Agency of Canada (“FCAC”) held that Amex had failed to comply with s. 452(2)(c) of the *Bank Act*, which requires that all non-interest charges “for which the person becomes responsible by accepting or using the card” be disclosed in accordance with the regulations, with respect to Amex’s disclosure of the conversion charge.

ainsi que l’historique procédural des recours collectifs entrepris contre les neuf banques, Desjardins et Amex (respectivement, le « recours contre BMO », le « recours contre Desjardins » et le « recours contre Amex »). Les cartes de paiement, dont le mécanisme n’est pas analysé dans les arrêts BMO et Desjardins, sont semblables aux cartes de crédit, à l’exception du solde à payer à l’expiration du délai qui doit être acquitté en totalité; aucun découvert ne peut être reporté au mois suivant.

[4] De 1990 à mars 1993, la clause suivante figurait dans les conventions régissant l’utilisation des cartes Amex :

FRAIS ENGAGÉS À L’ÉTRANGER

Les frais engagés en monnaies étrangères seront convertis en dollars canadiens. Le taux de conversion vous sera au moins aussi favorable que le taux interbancaire, le taux exigé des touristes ou, lorsque la loi l’oblige, le taux officiel en vigueur dans les 24 heures du traitement des frais par nous-mêmes ou par nos agents autorisés, plus 1 % du montant converti. Les montants convertis par des établissements, comme des lignes aériennes, vous seront facturés au taux utilisé par l’établissement. [Nous soulignons.]

[5] À compter de mars 1993, cette clause a été remplacée par la suivante :

Si vous portez à la Carte des frais en devises étrangères, ceux-ci seront convertis en dollars canadiens au taux de change que nous aurons déterminé à la date où nous ou nos représentants autorisés traitons l’opération. Ce taux peut différer de celui qui était en vigueur à la date où vous avez porté les frais à la Carte. Les montants convertis par des établissements — comme des sociétés aériennes — vous seront facturés au taux utilisé par ces établissements. [Nous soulignons.]

[6] En décembre 2002, l’Agence de la consommation en matière financière du Canada (« ACFC ») a conclu qu’Amex n’avait pas respecté, pour ce qui est de la communication à la personne physique des frais de conversion, l’al. 452(2)(c) de la *Loi sur les banques*, qui exige que tous les frais autres que ceux relatifs aux intérêts « qui lui incombent pour l’acceptation ou l’utilisation de la carte » soient communiqués conformément aux règlements.

[7] In February 2003, Amex changed the “Charges Made in Foreign Countries” clause to the following:

If you incur a Charge in a foreign currency, it will be converted into Canadian dollars at an exchange rate determined by us on the date processed by us or our authorized agents. This rate may differ from the rate in effect on the date of your Charge. This exchange rate includes a conversion rate adjustment as shown in the Disclosure Statement or as otherwise disclosed by us. Amounts converted by establishments — such as airlines — will be billed at the rates such establishments charge. The conversion rate adjustment is 2.2%. [Emphasis added.]

[8] In September 2003, Amex changed the clause to the following:

CHARGES MADE IN FOREIGN CURRENCIES

If you make a charge in a currency other than Canadian dollars that charge will be converted into Canadian dollars. The conversion will take place on the date the charge is processed by us, which may not be the same date on which you made your charge as it depends on when the charge was submitted to us. If the charge is not in U.S. dollars, the conversion will be made through U.S. dollars, by converting the charge amount into U.S. dollars and then by converting the U.S. dollar amount into Canadian dollars. If the charge is in U.S. dollars, it will be converted directly into Canadian dollars.

Unless a specific rate is required by applicable law, you understand and agree that the American Express treasury system will use conversion rates based on interbank rates that it selects from customary industry sources on the business day prior to the processing date, increased by a single conversion commission as specified on your Disclosure Statement or as otherwise disclosed by us. [Emphasis added.]

[9] The monthly account statements sent to Amex’s cardholders only began to include the rate for the conversion charge in December 2003.

[10] Sylvan Adams, the representative plaintiff in the Amex Action, first found out about the conversion charge in 2004 when he was asked to be the

[7] En février 2003, Amex a modifié ainsi la clause « Frais engagés à l’étranger » :

... si vous effectuez des opérations en devises étrangères avec la Carte, elles seront converties en dollars canadiens au taux de change que nous déterminons à la date où nous ou nos agents autorisés traitons l’opération. Ce taux peut différer de celui qui était en vigueur à la date où vous avez porté l’opération à la Carte. Ce taux de change inclut un rajustement du taux de conversion, comme nous l’indiquons sur la fiche d’information ou autrement. Les montants convertis par des établissements — comme les sociétés aériennes — seront facturés au taux utilisé par ces établissements. Le rajustement est de 2,2%. [Nous soulignons.]

[8] En septembre 2003, Amex a substitué à cette clause la suivante :

OPÉRATIONS EN DEVICES

Les opérations effectuées dans une autre monnaie que le dollar canadien sont converties en dollars canadiens. La conversion s’effectue à la date à laquelle nous traitons l’opération, qui peut différer de celle à laquelle vous avez effectué l’opération, car celle-ci peut nous avoir été présentée à une autre date. Les opérations effectuées dans une autre monnaie que le dollar américain sont d’abord converties en dollars américains, puis en dollars canadiens. Les opérations effectuées en dollars américains sont converties directement en dollars canadiens.

À moins qu’une loi applicable exige un taux particulier, vous comprenez et convenez que le système de trésorerie d’American Express utilisera les taux de conversion établis d’après un taux interbancaire qu’il choisit parmi les sources financières usuelles le jour ouvrable précédant la date du traitement de l’opération, majoré d’une commission unique de conversion, comme nous vous l’expliquons dans la fiche d’information ou autrement. [Nous soulignons.]

[9] Ce n’est qu’en décembre 2003 que le taux de conversion a commencé à figurer sur le relevé mensuel envoyé aux titulaires de cartes Amex.

[10] Sylvan Adams, le représentant des demandeurs dans l’affaire Amex, a appris l’existence des frais de conversion en 2004, lorsqu’on lui a demandé

class representative. The class at issue in the Amex Action includes both consumer and non-consumer cardholders of both credit and charge cards. The class action was authorized on November 1, 2006, and the hearing on the merits occurred after the hearing for the BMO and Desjardins Actions.

III. Judicial History

[11] As explained in the BMO Decision, although separate trial and appeal judgments were rendered for the BMO, Desjardins and Amex Actions, the judgments overlap and therefore refer to each other as necessary. The summaries below will focus on the portions of the lower court judgments in the Amex Action that were not summarized in the BMO Decision.

A. *Quebec Superior Court, 2009 QCCS 2695, [2009] R.J.Q. 1746*

[12] Gascon J., as he then was, rejected Amex's argument that Mr. Adams lacked standing to bring the class action. It is irrelevant whether Mr. Adams knew about the conversion charge during the class period or whether a third party — Mr. Adams' company — paid his monthly account. These issues might affect Mr. Adams' chance of succeeding in his personal claim, but they do not affect his legal interest or standing in the matter.

[13] Gascon J. also rejected Amex's argument that conversion charges were part of the "exchange rate" disclosed to and imposed on cardholders. Conversion of foreign purchases occurs in two steps: first, the amount is converted using the daily exchange rate, which is based on the interbank rate; second, the conversion charge is imposed on the converted amount. The cardholder agreements prior to March 1993 and after March 2003 disclosed the conversion charge separately from the exchange rate in recognition of the two-step process. The FCAC also viewed conversion charges as being akin to fees

de représenter le groupe. Ce groupe est composé de consommateurs et de non-consommateurs qui sont titulaires de cartes de crédit ou de cartes de paiement. Le recours collectif a été autorisé le 1^{er} novembre 2006, et l'instruction sur le fond a eu lieu après celle des recours contre BMO et Desjardins.

III. Historique judiciaire

[11] Comme nous l'expliquons dans l'arrêt BMO, des décisions distinctes ont été rendues en première instance et en appel dans les recours contre BMO, Desjardins et Amex. Cependant, ces décisions se recoupent et renvoient donc les unes aux autres au besoin. Nous nous attarderons ci-après aux parties des décisions des juridictions inférieures qui ne sont pas résumées dans l'arrêt BMO.

A. *Cour supérieure du Québec, 2009 QCCS 2695, [2009] R.J.Q. 1746*

[12] Le juge Gascon, maintenant juge de notre Cour, a rejeté l'argument d'Amex, qui prétendait que M. Adams n'avait pas qualité pour intenter le recours collectif. Il importe peu que M. Adams connût ou non l'existence des frais de conversion au cours de la période visée par le recours collectif ou qu'une tierce partie — en l'occurrence son entreprise — ait réglé son compte mensuel. Certes, ces questions pourraient compromettre ses chances d'avoir gain de cause dans sa réclamation personnelle, mais elles ne diminuent en rien son intérêt juridique ou sa qualité pour agir dans la présente affaire.

[13] Le juge Gascon a également rejeté l'argument d'Amex selon lequel les frais de conversion étaient compris dans le « taux de change » mentionné et imposé aux titulaires de cartes. La conversion des achats en devises étrangères se fait en deux étapes : premièrement, le montant de l'achat est converti en fonction du taux de change du jour, qui est fondé sur le taux interbancaire; deuxièmement, les frais de conversion sont appliqués à la somme ainsi convertie. Avant mars 1993 et après mars 2003, compte tenu du processus en deux étapes, les conventions régissant l'utilisation des cartes indiquaient

for cash advances, money orders, or annulled/dishonoured cheques and separate from the exchange rate.

[14] As a result, Gascon J. concluded that Amex violated the general disclosure requirement imposed by s. 12 of the *CPA*. Amex was also held to have violated s. 219 of the *CPA*, which forbids the making of “false or misleading representations to a consumer”, because of Amex’s “deliberate and conscientious” removal of any reference to the conversion charge from the cardholder agreements, rendering those agreements misleading to credulous and inexperienced consumers (para. 181). Gascon J. noted that “Amex ended up charging the [conversion charge] with no entitlement in view of its lack of prior disclosure” (para. 197). However, conversion charges imposed after March 2003 were in compliance with ss. 12 and 219, even if the monthly statements did not mention the conversion charge until December 2003, because the existence of the conversion charge was disclosed by Amex in a notice to all cardholders in February 2003.

[15] Repayment of all conversion charges collected from consumer cardholders from March 1, 1993, to March 1, 2003, was ordered by Gascon J. under s. 272 of the *CPA*. In *Service aux marchands détaillants ltée (Household Finance) v. Option consommateurs*, 2006 QCCA 1319 (CanLII), leave to appeal refused, [2007] 1 S.C.R. xi, the Quebec Court of Appeal held that ss. 271 and 272 are mutually exclusive. While the remedies under s. 271 are for “violations of the rules governing the making or the form of the contract”, s. 272 remedies are for “violations of the general obligations imposed by the *CPA*” (trial reasons, at para. 211). Gascon J. concluded that Amex’s violation of s. 12 of the *CPA* was “more a question of substance than a mere question of form”, meaning s. 272 applies (para. 215). With respect to s. 219, the Quebec Court of Appeal has previously held that the appropriate sanctions

le taux de conversion et le taux de change séparément. L’ACFC a également conclu que les frais de conversion s’apparentaient aux frais appliqués aux avances de fonds, aux mandats ou aux chèques annulés ou sans provision et qu’ils se distinguaient du taux de change.

[14] En conséquence, le juge Gascon a conclu qu’Amex contrevenait à l’obligation générale qu’impose l’art. 12 *L.p.c.* quant à la mention des frais. Il a également conclu qu’Amex avait contrevenu à l’art. 219 *L.p.c.*, qui interdit de faire « une représentation fausse ou trompeuse à un consommateur », parce qu’elle avait supprimé [TRADUCTION] « de façon délibérée et en toute connaissance de cause » toute mention des frais de conversion dans les conventions régissant l’utilisation des cartes. Ainsi, ces conventions étaient trompeuses pour les consommateurs crédules et inexpérimentés (par. 181). Selon le juge, « Amex a ainsi imposé sans droit les [frais de conversion] puisqu’elle ne les avait pas indiqués au préalable » (par. 197). Cependant, après mars 2003, les frais de conversion avaient été imposés conformément aux art. 12 et 219, et ce même si les relevés mensuels n’ont commencé à en faire état qu’en décembre 2003, parce qu’Amex les avait indiqués dans un avis aux titulaires de cartes en février 2003.

[15] Le remboursement des frais de conversion perçus entre le 1^{er} mars 1993 et le 1^{er} mars 2003 des titulaires de cartes qui sont des consommateurs a été ordonné par le juge Gascon sur la base de l’art. 272 *L.p.c.* Dans l’arrêt *Service aux marchands détaillants ltée (Household Finance) c. Option consommateurs*, 2006 QCCA 1319 (CanLII), autorisation de pourvoi refusée, [2007] 1 R.C.S. xi, la Cour d’appel du Québec a conclu que les art. 271 et 272 s’excluent mutuellement. Si les recours prévus à l’art. 271 s’appliquent en cas de [TRADUCTION] « manquement aux règles de formation du contrat ou à une exigence de forme », ceux de l’art. 272 s’appliquent en cas de « manquement aux obligations générales imposées par la *L.p.c.* » (motifs de première instance, par. 211). Selon le juge Gascon, le manquement d’Amex à l’art. 12 *L.p.c.* tenait « davantage de la question de fond que de la simple

for breaches of business practices provisions such as s. 219 are found in s. 272.

[16] Under s. 272, the lack of prejudice to consumers is not an available defence, in keeping with the general legal principles of restitution of a thing not due.

[17] For the same reasons he gave in the BMO Action, Gascon J. concluded that prescription did not bar the claims of any cardholders. The prescription period was suspended during the period of non-disclosure, and in any case a new contract is formed when cardholders renew their cards.

[18] Referring to his decision in the BMO Action, Gascon J. rejected Amex's constitutional arguments that the CPA does not apply to them due to the doctrines of interjurisdictional immunity and paramountcy. He noted that the inapplicability of the two doctrines is even clearer in the Amex Action because (1) the only provisions of the CPA at issue are those concerning disclosure, (2) prior to 1993 Amex demonstrated that it was able to comply with those provisions without any impairment of their operations, and (3) because charge cards — which comprise 95 percent of the amounts of the conversion charges at issue in the Amex Action — are more akin to convenience cards issued by private merchants than to credit granted by banks.

[19] Gascon J. also accepted Mr. Adams' argument that all cardholders, both consumers and non-consumers, are owed restitution of the conversion charges imposed during the period of non-disclosure under arts. 1491 and 1554 of the *Civil Code of Québec* ("CCQ"). Because the cardholder agreements made no mention of the conversion charge,

question de forme », de sorte que l'art. 272 devait s'appliquer (par. 215). Quant à l'art. 219, la Cour d'appel du Québec a déjà conclu qu'il convenait d'ordonner les sanctions prévues à l'art. 272 dans les cas de manquement aux dispositions relatives aux pratiques commerciales telles l'art. 219.

[16] L'absence de préjudice aux consommateurs n'est pas une défense valable au recours fondé sur l'art. 272, conformément aux principes juridiques généraux applicables en matière de restitution de l'indu.

[17] Pour les mêmes motifs que ceux qu'il a exprimés dans le recours contre BMO, le juge Gascon a conclu que les demandes des titulaires de cartes n'étaient pas prescrites. La prescription a cessé de courir pendant la période où les conventions ne mentionnaient pas les frais de conversion et, quoi qu'il en soit, un nouveau contrat est formé chaque fois qu'un titulaire renouvelle sa carte.

[18] Renvoyant à sa décision dans le recours contre BMO, le juge Gascon a rejeté les arguments constitutionnels d'Amex selon lesquels la *L.p.c.* ne s'appliquait pas à elle en raison des doctrines de l'exclusivité des compétences et de la prépondérance fédérale. Selon lui, l'inapplicabilité de ces deux doctrines ressort davantage dans l'affaire Amex parce que (1) les seules dispositions de la *L.p.c.* en cause sont celles concernant la mention des frais, (2) avant 1993, Amex a démontré qu'elle pouvait se conformer à ces dispositions sans nuire à ses activités et (3) les cartes de paiement — qui représentent 95 pour 100 des frais de conversion en cause dans le recours contre Amex — s'apparentent davantage aux cartes de paiement émises par les commerçants privés qu'au crédit consenti par les banques.

[19] Le juge Gascon a aussi fait droit à l'argument de M. Adams selon lequel tous les titulaires de cartes, tant ceux qui sont consommateurs que ceux qui ne le sont pas, ont droit à la restitution des frais de conversion imposés pendant la période où ces frais n'étaient pas mentionnés, et ce en application des art. 1491 et 1554 du *Code civil du Québec*

and because “exchange rate” cannot be interpreted as imposing an obligation to pay the conversion charge, cardholders had no obligation to pay it and only paid it in error. Gascon J. declined to exercise his discretion to not order restitution under art. 1699 para. 2 of the *CCQ*. Accordingly, restitution in the amount of \$9,561,464 for consumer cardholders and \$3,536,432 for non-consumer cardholders was ordered on a collective basis.

[20] Finally, Gascon J. awarded \$2.5 million in punitive damages to consumer cardholders on a collective basis under s. 272 of the *CPA*. The punitive damages were awarded in light of Amex’s “rather blunt disregard of its obligations” and its inability to provide a “legitimate excuse” for its behaviour (paras. 425-26).

B. *Quebec Court of Appeal, 2012 QCCA 1394, [2012] R.J.Q. 1512*

[21] Dalphond J.A. agreed with Gascon J. that the doctrines of interjurisdictional immunity and paramountcy did not apply to render the *CPA* inapplicable or inoperative in the Amex Action, particularly since, unlike in the BMO and Desjardins Actions, Mr. Adams did not argue that the conversion charges were credit charges under the *CPA*.

[22] Dalphond J.A. characterized Gascon J.’s conclusion that the conversion charge was not part of the exchange rate as a finding of fact, or at most a mixed question of law and fact. As Amex failed to demonstrate a palpable and overriding error in this conclusion, Gascon J.’s finding — and thus his order for restitution of a payment not due — must stand as they were based on facts and an accurate reading of the applicable *CCQ* articles. Amex failed

(« *C.c.Q.* »). Puisque les conventions régissant l’utilisation des cartes ne faisaient nulle mention des frais de conversion et qu’on ne peut prétendre que l’obligation de payer ces frais était prévue dans le « taux de change », les titulaires de carte n’étaient pas tenus de les payer et ne l’ont fait que par erreur. Le juge Gascon n’a pas voulu refuser la restitution en vertu du pouvoir discrétionnaire que lui confère le deuxième paragraphe de l’art. 1699 *C.c.Q.* Il a donc ordonné la restitution de 9 561 464 \$ dans le cas des titulaires de cartes qui sont des consommateurs et de 3 536 432 \$ dans le cas des titulaires de cartes qui ne sont pas des consommateurs, et ce par voie de recouvrement collectif.

[20] Enfin, le juge Gascon a accordé aux titulaires de cartes qui sont des consommateurs, sur la base de l’art. 272 *L.p.c.*, des dommages-intérêts punitifs de 2,5 millions de dollars dont il a ordonné le recouvrement collectif. Il les a accordés compte tenu [TRADUCTION] « du mépris flagrant [qu’Amex] a démontré à l’égard de ses obligations » et de son incapacité à justifier son comportement par une « excuse légitime » (par. 425-426).

B. *Cour d’appel du Québec, 2012 QCCA 1394, [2012] R.J.Q. 1512*

[21] Le juge Dalphond a souscrit à la conclusion du juge Gascon selon laquelle les doctrines de l’exclusivité des compétences et de la prépondérance fédérale n’entraient pas en jeu et ne rendaient donc pas la *L.p.c.* inapplicable ou inopérante dans le recours contre Amex, d’autant plus que, contrairement aux arguments présentés dans les recours contre BMO et Desjardins, M. Adams n’a pas plaidé que les frais de conversion constituaient des frais de crédit au sens de la *L.p.c.*

[22] Le juge Dalphond a qualifié de conclusion de fait, ou tout au plus, de question mixte de fait et de droit, la conclusion du juge Gascon voulant que les frais de conversion ne soient pas compris dans le taux de change. Amex n’ayant pas réussi à démontrer l’existence d’une erreur manifeste et dominante, cette conclusion — et du coup, l’ordonnance de restitution de l’indu — devait être maintenue puisqu’elle reposait sur les faits

to demonstrate that Gascon J. erred in refusing to exercise his discretion to not award restitution; it provided no evidence regarding the cost of providing the conversion service to cardholders, received other benefits from offering the charge and credit card products other than the conversion charge, and did not demonstrate that cardholders would receive an undue advantage as a result of restitution.

[23] However, Dalphond J.A. overturned the award of punitive damages because the trial judgment failed to consider the punitive aspect inherent in collective recovery, the fact that Amex had long since corrected its violation meaning there was no preventive purpose to be served, the lack of evidence that Amex behaved in an antisocial or reprehensible manner, and the fact that with restitution of the conversion charges, cardholders will have received 10-years' worth of a valuable service for free.

IV. Issues

[24] This appeal raises the following issues:

(a) Are ss. 12, 219 and 272 of the *CPA* constitutionally inapplicable or inoperative in respect of bank-issued credit and charge cards by reason of the doctrine of interjurisdictional immunity or federal paramountcy?

(b) Did Amex disclose the conversion charges to its cardholders and if not, what is the appropriate remedy?

et sur une interprétation juste des dispositions applicables du *C.c.Q.* Amex n'a pas prouvé que le juge Gascon avait eu tort de ne pas avoir refusé d'ordonner la restitution en vertu de son pouvoir discrétionnaire : elle n'a produit aucune preuve quant au coût de la prestation des services de conversion aux titulaires de cartes, a touché des avantages autres que les frais de conversion en offrant les produits que constituent les cartes de paiement et les cartes de crédit et n'a pas démontré que la restitution accorderait un avantage indu aux titulaires de cartes.

[23] Le juge Dalphond a cependant annulé les dommages-intérêts punitifs. À son avis, la décision de première instance ne tenait pas compte de la nature intrinsèquement punitive du recouvrement collectif, de l'impossibilité pour les dommages-intérêts punitifs de remplir une quelconque fonction préventive en l'espèce puisqu'Amex avait depuis longtemps pris des mesures correctives, de l'absence de preuve qu'Amex avait eu un comportement antisocial ou répréhensible et du fait que la restitution des frais de conversion aux titulaires de cartes signifiait qu'ils avaient en fait bénéficié gratuitement d'un service utile pendant 10 ans.

IV. Questions en litige

[24] Le présent pourvoi soulève les questions suivantes :

a) Les articles 12, 219 et 272 *L.p.c.* sont-ils constitutionnellement inapplicables ou inopérants à l'égard des cartes de crédit et des cartes de paiement émises par des banques en raison des doctrines de l'exclusivité des compétences ou de la prépondérance fédérale?

b) Amex a-t-elle mentionné les frais de conversion à ses titulaires de cartes et, dans la négative, quelle est la réparation appropriée?

V. Analysis

A. *The Doctrines of Interjurisdictional Immunity and Federal Paramountcy Do Not Apply*

[25] For the reasons given in the BMO Decision, the relevant *CPA* provisions are neither inapplicable nor inoperative under the doctrine of interjurisdictional immunity or federal paramountcy.

B. *Amex Must Reimburse the Conversion Charges Collected During the Class Period*

(1) Amex Failed to Disclose the Conversion Charge

[26] At trial, Gascon J. concluded that the conversion charge was not disclosed in cardholder agreements between 1993 and 2003. As a result, under the *CPA* it should not have been charged to its consumer cardholders, and under the *CCQ* it should not have been charged to its non-consumer cardholders. The Court of Appeal held that his finding that the conversion charge was a separate fee rather than a component of the exchange rate was a determination of fact, or at most of mixed fact and law, and should therefore not be disturbed given the lack of any palpable and overriding error (para. 34). We agree with this conclusion.

[27] As a result, for the same reasons given in the BMO Decision, Amex violated s. 12 of the *CPA* and must, under s. 272(c) of that Act, reimburse the conversion charges collected from the consumer class members between 1993 and 2003 as described by the trial judge (paras. 494-95). However, unlike the BMO Decision, Amex does not owe punitive damages as a result of its breach of s. 12. This is because Mr. Adams has not cross-appealed in this case, meaning the issue of punitive damages in this action is not before the Court. With respect to the

V. Analyse

A. *Les doctrines de l'exclusivité des compétences et de la prépondérance fédérale ne s'appliquent pas*

[25] Pour les motifs exposés dans l'arrêt BMO, les dispositions pertinentes de la *L.p.c.* ne sont ni inapplicables ni inopérantes en raison de la doctrine de l'exclusivité des compétences ou de celle de la prépondérance fédérale.

B. *Amex doit rembourser les frais de conversion perçus au cours de la période visée par le recours collectif*

(1) Amex n'a pas indiqué les frais de conversion

[26] Au procès, le juge Gascon a conclu que les frais de conversion n'étaient pas indiqués dans les conventions régissant l'utilisation des cartes entre 1993 et 2003. Ainsi, Amex n'était pas habilitée par la *L.p.c.* à les imposer aux titulaires de ses cartes qui étaient des consommateurs, ni par le *C.c.Q.* à les imposer aux titulaires de ses cartes qui n'en étaient pas. La Cour d'appel a statué que la conclusion du juge Gascon suivant laquelle les frais de conversion étaient distincts du taux de change, et n'en faisaient pas partie, était une conclusion de fait ou, au mieux, une question mixte de fait et de droit, et que, partant, elle ne devait pas être modifiée en l'absence d'une erreur manifeste et dominante (par. 34). Nous souscrivons à cette conclusion.

[27] En conséquence, pour les mêmes motifs que ceux exposés dans l'arrêt BMO, nous concluons qu'Amex a manqué aux obligations mentionnées à l'art. 12 *L.p.c.* et qu'elle est tenue, en application de l'al. 272c), de rembourser les frais de conversion qu'elle a perçus entre 1993 et 2003 des membres du groupe qui sont des consommateurs, suivant la description qu'en fait le juge du procès (par. 494-495). Cependant, contrairement à la conclusion tirée dans l'arrêt BMO, Amex n'est pas condamnée aux dommages-intérêts punitifs en raison d'une infraction

non-consumer class members, the *CPA* does not apply. We must instead consider whether Amex must restore the conversion charges under the *CCQ*.

(2) Amex Must Restore the Conversion Charges Imposed on Non-Consumer Cardholders Under the *CCQ*

[28] Because Amex failed to disclose the conversion charges in its cardholder agreements, those contracts imposed no obligation to pay the conversion charges. All payments of the conversion charge by cardholders were therefore made in error per art. 1491 para. 1 of the *CCQ*:

1491. A person who receives a payment made in error, or merely to avoid injury to the person making it while protesting that he owes nothing, is obliged to restore it.

[29] The receipt of a payment not due provisions (arts. 1491, 1492 and 1554 para. 1) codify the principle that [TRANSLATION] “[a]ny person is required to pay only what he or she owes, and owes only what he or she has an obligation to pay” (D. Lluellas and B. Moore, *Droit des obligations* (2nd ed. 2012), at p. 725). Receipt of a payment not due allows someone to recover an amount paid in excess by creating an obligation on the part of the party who received the amount paid without debt, to return that amount.

[30] In the contractual context, the absence of an obligation or debt can be general or specific. It is general when all the prestations received or executed are invalid, for example if a court nullifies an agreement because a formation requirement is missing (art. 1422 *CCQ*). It is specific when only part of the prestations received or executed are invalid, for example if a clause of a contract is nullified or, as pleaded here, certain prestations of the contract were demanded from a party who did not actually owe them (art. 1554 *CCQ*).

à l’art. 12. En effet, M. Adams n’a pas interjeté d’appel incident dans le présent pourvoi; la Cour n’est donc pas saisie de la question des dommages-intérêts punitifs. Par ailleurs, la *L.p.c.* ne s’applique pas aux membres du groupe qui ne sont pas des consommateurs. Dans leur cas, nous devons plutôt nous demander si le *C.c.Q.* oblige Amex à leur restituer les frais de conversion.

(2) En application du *C.c.Q.*, Amex doit restituer les frais de conversion imposés aux titulaires de cartes qui ne sont pas des consommateurs

[28] Amex n’ayant pas indiqué les frais de conversion dans ses conventions régissant l’utilisation des cartes, aucune obligation de payer ces frais n’émanait de ces contrats. Ainsi, tous les paiements faits par les titulaires de cartes l’ont été par erreur. Cette situation est prévue au premier paragraphe de l’art. 1491 *C.c.Q.* :

1491. Le paiement fait par erreur, ou simplement pour éviter un préjudice à celui qui le fait en protestant qu’il ne doit rien, oblige celui qui l’a reçu à le restituer.

[29] Les dispositions relatives à la réception de l’indu (art. 1491, 1492 et premier paragraphe de l’art. 1554) codifient le principe selon lequel « [t]oute personne ne doit payer que ce qu’elle doit, et elle ne doit que ce à quoi elle est obligée » (D. Lluellas et B. Moore, *Droit des obligations* (2^e éd. 2012), p. 725). Ce principe permet à quiconque de recouvrer un paiement effectué en trop en imposant à la partie qui l’a reçu indûment l’obligation de le restituer.

[30] Dans le contexte contractuel, l’absence d’obligation ou de dette peut être générale ou relative. Elle est générale lorsque l’ensemble des prestations reçues ou exécutées est invalide, par exemple lorsque le tribunal prononce la nullité de l’entente qui n’est pas conforme à l’une des conditions nécessaires à sa formation (art. 1422 *C.c.Q.*). Elle est relative lorsque seule une partie des prestations reçues ou exécutées est invalide, par exemple si une clause du contrat est frappée de nullité, ou si, comme en l’espèce, certaines prestations contractuelles ont été exigées d’une partie qui n’y était pas tenue (art. 1554 *C.c.Q.*).

[31] Once the payer proves that no debt exists, the payee must prove that the payment was not made in error, i.e. that it resulted from a [TRANSLATION] “liberal intention” (Lluelles and Moore, at pp. 734-35; J.-L. Baudouin and P.-G. Jobin, *Les obligations* (7th ed. 2013), by P.-G. Jobin and N. Vézina, at p. 624). Liberal intention is not presumed. If the payee cannot prove this, the payment will be deemed undue and the debt inexistent.

[32] The question to be determined is if a payment, in whole or in part, is without basis — whether an obligation to pay ever existed. The Court here is limited to determining if the conversion charges are the object of a civil obligation binding the cardholders. According to the principles applicable to receipt of a payment not due, the basis for restitution is not the commission of a wrongful act, and the potential remedy is not damages. Rather, the basis for restitution is that there never existed an obligation to perform the prestations, and the remedy is a return of any prestations made without obligation (arts. 1492 and 1699 para. 1). Neither fault, nor statutory violations — here, for example, of the *Bank Act*’s disclosure requirements — nor the notion of compensation play any role in determining whether the receipt of a payment not due provisions apply. As a result, the absence of prejudice to the class action plaintiffs cannot be pleaded, and any rules regarding disclosure in the *Bank Act* are irrelevant. Amex’s argument that the *Bank Act* does not contain any civil remedies for violations of its provisions has no bearing on whether the receipt of a payment not due provisions apply.

[33] In short, the Court need only consider whether or not the adhering parties — here, the non-consumer cardholders — were obliged to pay the conversion charge. In this case, the trial judge concluded that the evidence was clear that from 1993 to 2003 there was no reference in the cardholder agreement to the conversion charge because an “exchange rate determined by Amex” could

[31] Dès lors que le payeur prouve l’inexistence de la dette, le bénéficiaire doit prouver que le paiement n’a pas été fait par erreur, mais résultait d’une « intention libérale » (Lluelles et Moore, p. 734 -735; J.-L. Baudouin et P.-G. Jobin, *Les obligations* (7^e éd. 2013), par P.-G. Jobin et N. Vézina, p. 624). L’intention libérale ne se présume pas. Si le bénéficiaire ne peut la prouver, le paiement est réputé indu, et la dette inexistante.

[32] La question qu’il faut trancher est la suivante : le paiement est-il effectué, en tout ou en partie, sans fondement? — l’obligation de payer a-t-elle déjà existé? En l’espèce, la Cour doit se limiter à déterminer si les frais de conversion sont l’objet d’une obligation civile liant les titulaires de cartes. Suivant les principes de la réception de l’indu, la restitution ne découle pas de la perpétration d’un fait fautif, et la réparation susceptible d’être ordonnée dans ce cas ne comprend pas les dommages-intérêts. En fait, la restitution découle de l’absence d’une obligation d’exécuter la prestation, et la réparation consiste dans ce cas à restituer toute prestation exécutée sans obligation (art. 1492 et premier paragraphe de l’art. 1699). Ni la faute, ni l’infraction à une disposition législative — par exemple, en l’occurrence, l’obligation de communication imposée par la *Loi sur les banques* —, ni la notion d’indemnisation ne sont des facteurs à considérer pour déterminer si les dispositions relatives à la réception de l’indu s’appliquent. En conséquence, l’absence de préjudice aux demandeurs exerçant le recours collectif ne saurait être invoquée, et les règles relatives à la communication de la *Loi sur les banques* ne sont pas pertinentes. L’argument d’Amex, selon lequel la *Loi sur les banques* ne prévoit aucun recours civil en cas d’infraction à ses dispositions, n’a aucune incidence sur l’applicabilité des dispositions relatives à la réception de l’indu.

[33] En résumé, la Cour doit seulement se demander si les adhérents — en l’occurrence, les titulaires de cartes qui ne sont pas des consommateurs — étaient tenus de payer les frais de conversion. Selon le juge du procès, la preuve établissait clairement que, de 1993 à 2003, les conventions régissant l’utilisation des cartes ne faisaient aucune mention des frais de conversion parce qu’on ne

not be understood as including such a charge, and therefore there was no obligation for cardholders to pay the conversion charge (para. 357; see also paras. 123-24 and 358-59). This conclusion, which was based on an attentive and meticulous examination of the evidence and which was confirmed on appeal, has not been shown to rest on a palpable and overriding error. We therefore conclude that there was no obligation on the part of Amex cardholders to pay the conversion charge and the receipt of a payment not due provisions apply. Accordingly, under art. 1699 of the *CCQ* Amex owes restitution of the conversion charges to the non-consumer class members.

[34] Amex presents a number of counter-arguments to the trial judge's order of restitution under the *CCQ*. Amex argues that *quantum meruit* should apply, and in the alternative argues that even if this Court finds that the cardholder obligation to pay a conversion fee is unenforceable because there was no disclosure, that the Court should order restitution in both directions. Finally, Amex argues that the Court of Appeal erred in suggesting that Amex had failed to satisfy its burden of showing that restitution in favour of consumers would "have the effect of according an undue advantage to one party" and thus the trial judge should have applied art. 1699 para. 2 of the *CCQ* and refused to order restitution (A.F., at para. 52).

[35] In our opinion none of these defences are compelling.

[36] *Quantum meruit* only permits a judge to fix the price of an obligation that was already contracted. It cannot serve as the source of a new obligation (*International Paper Co. v. Valeurs Trimont Ltée*, [1989] R.J.Q. 1187 (C.A.)).

[37] Mutual restitution is also not applicable in these circumstances. This argument confuses restitution pursuant to nullification of a synallagmatic contract, which requires mutual restitution (Lluelles and Moore, at pp. 657-58), with restitution pursuant

peut prétendre que de tels frais étaient inclus dans le [TRADUCTION] « taux de change déterminé par Amex ». Ainsi, aucune obligation de payer ces frais n'incombait aux titulaires (par. 357; voir également par. 123-124 et 358-359). Il n'a pas été démontré que cette conclusion, qui repose sur un examen attentif et minutieux de la preuve, et qui a été confirmée en appel, comportait une erreur manifeste et dominante. Nous concluons que les titulaires de cartes Amex n'étaient nullement tenus de payer les frais de conversion et que les dispositions relatives à la réception de l'indu s'appliquent. En conséquence, en application de l'art. 1699 *C.c.Q.*, Amex doit restituer aux membres du groupe qui ne sont pas des consommateurs les frais de conversion qu'ils ont payés.

[34] Amex oppose certains arguments à l'ordonnance de restitution prononcée par le juge du procès en application du *C.c.Q.* Elle soulève le *quantum meruit* et, subsidiairement, prétend que même si la Cour estime que l'obligation pour les titulaires de cartes de payer les frais de conversion n'est pas exécutoire puisque ces frais n'étaient pas mentionnés, elle devrait ordonner la restitution réciproque. Enfin, elle fait valoir que la Cour d'appel a eu tort d'affirmer qu'Amex n'avait pas réussi à démontrer que la restitution des frais aux consommateurs « aurait pour effet d'accorder à l'une des parties [. . .] un avantage indu ». Partant, le juge du procès aurait dû appliquer le deuxième paragraphe de l'art. 1699 *C.c.Q.* et refuser d'ordonner la restitution (m.a., par. 52).

[35] À notre avis, aucun de ces moyens n'est convaincant.

[36] Le *quantum meruit* permet uniquement au juge de fixer la valeur d'une obligation déjà engagée; il ne saurait en créer une (*International Paper Co. c. Valeurs Trimont Ltée*, [1989] R.J.Q. 1187 (C.A.)).

[37] La restitution mutuelle ne s'applique pas non plus dans les circonstances. Cet argument confond la restitution résultant de l'annulation d'un contrat synallagmatique, qui suppose une restitution mutuelle (Lluelles et Moore, p. 657-658), avec

to receipt of a payment not due, which is based on an absence of debt (art. 1491 para. 1 *CCQ*). In other words, the contract was not nullified, its effects since its creation are valid, and the only basis for restitution is showing that the contract did not establish an obligation — explicit or implicit — to pay the reclaimed sums. In this case, Amex was obliged to provide the conversion service to its clients; it simply omitted a corresponding obligation on cardholders to pay a separate sum for that service.

[38] Finally, the power to refuse to grant restitution under art. 1699 para. 2 if restitution would confer an undue advantage on one party is [TRANSLATION] “quite exceptional” (Lluelles and Moore, at p. 663) and must be exercised sparingly and on the basis of full proof, the burden of which falls to the debtor of the restitution. As Professors Jobin and Vézina write, [TRANSLATION] “[h]owever broad this power might be, it remains exceptional and must be exercised carefully” (p. 1139).

[39] Nothing indicates that the trial judge acted improperly in refusing to exercise his discretion to not grant restitution. In fact, Gascon J. concluded that Amex received other benefits through the use of its charge and credit cards by the class members and there is no evidence that class members would receive any undue advantage from restitution (paras. 380-81). In this context, Amex has not proven that restitution would have the effect of according the adhering parties with an undue advantage. There is no basis for this Court to overturn the conclusions of the trial judge.

VI. Conclusion

[40] Sections 12, 219 and 272 of the *CPA* are constitutionally applicable and operative. The appeal is dismissed with costs.

la restitution résultant de la réception de l’indu, qui repose sur l’absence de dette (premier paragraphe de l’art. 1491 *C.c.Q.*). Autrement dit, le contrat n’a pas été annulé, ses effets depuis sa création sont valides, et la restitution ne sera ordonnée que s’il est démontré que le contrat n’a créé aucune obligation — expresse ou implicite — de paiement de la somme réclamée. Dans la présente affaire, Amex était tenue de fournir le service de conversion à ses clients; elle a simplement omis d’imposer à ces derniers l’obligation correspondante de payer des frais distincts pour ce service.

[38] Enfin, le pouvoir de ne pas ordonner la restitution que confère le deuxième paragraphe de l’art. 1699 dans le cas où celle-ci aurait pour effet d’accorder à l’une des parties un avantage indu est un pouvoir « tout à fait exceptionnel » (Lluelles et Moore, p. 663), qui doit être exercé avec circonspection et lorsque la preuve de cet avantage a été établie. Ce fardeau repose sur le débiteur de la restitution. Comme l’écrivent les professeurs Jobin et Vézina, « [q]uelque large que soit ce pouvoir, il demeure l’exception et doit être utilisé avec prudence » (p. 1139).

[39] Rien ne permet de croire que le juge du procès a eu tort de décliner d’exercer le pouvoir discrétionnaire qui l’habilite à refuser d’ordonner la restitution. En fait, le juge Gascon a conclu qu’Amex avait tiré d’autres avantages de l’utilisation de ses cartes de crédit et cartes de paiement par les membres du groupe et qu’il n’est pas prouvé que ceux-ci tireraient un avantage indu de la restitution (par. 380-381). Dans ce contexte, Amex n’a pas démontré que la restitution aurait pour effet d’accorder aux parties adhérentes un avantage indu. La Cour n’a aucune raison d’infirmier les conclusions du juge du procès.

VI. Conclusion

[40] Les articles 12, 219 et 272 *L.p.c.* sont constitutionnellement applicables et opérants. Nous sommes d’avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellant: Osler, Hoskin & Harcourt, Montréal and Toronto; Deslauriers & Cie, Montréal.

Solicitors for the respondent Sylvan Adams: Irving Mitchell Kalichman, Montréal.

Solicitors for the respondent the Attorney General of Quebec: Bernard, Roy & Associés, Montréal.

Solicitors for the respondent the President of the Office de la protection du consommateur: Allard, Renaud et Associés, Trois-Rivières; Office de la protection du consommateur, Trois-Rivières.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: Attorney General of Canada, Montréal.

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

Solicitor for the intervener the Attorney General of Alberta: Attorney General of Alberta, Edmonton.

Solicitors for the intervener the Canadian Bankers Association: Torys, Toronto.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs de l'appelante : Osler, Hoskin & Harcourt, Montréal et Toronto; Deslauriers & Cie, Montréal.

Procureurs de l'intimé Sylvan Adams : Irving Mitchell Kalichman, Montréal.

Procureurs de l'intimé le procureur général du Québec : Bernard, Roy & Associés, Montréal.

Procureurs de l'intimé le président de l'Office de la protection du consommateur : Allard, Renaud et Associés, Trois-Rivières; Office de la protection du consommateur, Trois-Rivières.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada : Procureur général du Canada, Montréal.

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

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Alberta : Procureur général de l'Alberta, Edmonton.

Procureurs de l'intervenante l'Association des banquiers canadiens : Torys, Toronto.

Réal Marcotte *Appellant*

v.

**Fédération des caisses Desjardins
du Québec** *Respondent*

and

**Attorney General of Ontario,
Attorney General of Quebec and
President of the Office de la protection
du consommateur** *Interveners*

**INDEXED AS: MARCOTTE v. FÉDÉRATION DES
CAISSES DESJARDINS DU QUÉBEC**

2014 SCC 57

File No.: 35018.

2014: February 13; 2014: September 19.

Present: McLachlin C.J. and LeBel, Abella, Rothstein,
Cromwell, Moldaver and Wagner JJ.

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
QUEBEC**

*Consumer protection — Contracts of credit —
Contracts extending variable credit — Credit cards —
Obligation to disclose costs in contract — Appropriate
remedy for failing to disclose — Prescription — Punitive
damages — Conversion charges imposed by financial
institutions on cardholders for transactions in foreign
currencies — Class actions — Whether conversion
charges are “credit charges” or “net capital” as de-
fined by legislation — Whether Desjardins adequately
disclosed conversion charges to cardholders — Whether
reimbursement of conversion charges collected from
consumer class members should be ordered — Whether
class members are entitled to punitive damages —
Consumer Protection Act, CQLR, c. P-40.1, ss. 12, 272.*

*Constitutional law — Division of powers — Bills of
exchange — Interjurisdictional immunity — Federal
paramountcy — Quebec’s consumer protection leg-
islation regulating credit card contracts — Whether
legal characterization of transaction consisting of pay-
ment for good or service in foreign currency by means of*

Réal Marcotte *Appelant*

c.

**Fédération des caisses Desjardins
du Québec** *Intimée*

et

**Procureur général de l’Ontario,
procureur général du Québec
et président de l’Office de la protection
du consommateur** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : MARCOTTE c. FÉDÉRATION DES
CAISSES DESJARDINS DU QUÉBEC**

2014 CSC 57

N° du greffe : 35018.

2014 : 13 février; 2014 : 19 septembre.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges LeBel,
Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver et Wagner.

EN APPEL DE LA COUR D’APPEL DU QUÉBEC

*Protection du consommateur — Contrats de crédit
— Contrats de crédit variable — Cartes de crédit —
Obligation d’indiquer les frais applicables dans un con-
trat — Réparation appropriée en cas de manquement à
cette obligation — Prescription — Dommages-intérêts
punitifs — Frais de conversion sur les opérations en
devises étrangères imposés par des institutions finan-
cières aux titulaires de cartes de crédit — Recours col-
lectifs — Les frais de conversion imposés constituent-ils
des « frais de crédit » ou du « capital net » au sens de
la loi? — Desjardins a-t-elle indiqué adéquatement
les frais de conversion aux titulaires de cartes? — Le
remboursement des frais de conversion perçus des mem-
bres du groupe qui sont des consommateurs doit-il être
ordonné? — Les membres du groupe ont-ils droit d’obte-
nir des dommages-intérêts punitifs? — Loi sur la pro-
tection du consommateur, RLRQ, ch. P-40.1, art. 12, 272.*

*Droit constitutionnel — Partage des compétences —
Lettres de change — Doctrine de l’exclusivité des com-
pétences — Prépondérance fédérale — Loi québécoise
sur la protection du consommateur régissant les contrats
de cartes de crédit — Le paiement d’un bien ou d’un ser-
vice en devises étrangères au moyen d’une carte de crédit*

credit card of same nature as that of payment by means of bill of exchange over which Parliament has exclusive jurisdiction, such that the doctrines of interjurisdictional immunity and paramountcy are potentially applicable — Constitution Act, 1867, s. 91(18) — Consumer Protection Act, CQLR, c. P-40.1.

Desjardins's credit cards offer the ability to make purchases in foreign currencies. Such purchases are subject to a conversion charge, whereby a percentage of the converted amount is charged as a fee for the conversion service. Quebec's *Consumer Protection Act* ("CPA") imposes various rules on the content and disclosure of charges and fees in contracts extending variable credit. For the relevant period, Desjardins included the conversion charge on the back of the monthly credit card statements sent to cardholders. M, the representative plaintiff, filed a class action against Desjardins to seek repayment of the conversion charges imposed by Desjardins on credit card purchases made in foreign currencies on the basis that the conversion charges violated the CPA provisions. Desjardins argued that the CPA does not apply to it due to the *Constitution Act, 1867* and that no repayment of the conversion charges is owed. The Superior Court maintained the class action and condemned Desjardins to reimburse the conversion charges imposed during the class period for the non-prescribed claims. The Court of Appeal allowed the appeal and set aside the order against Desjardins.

Held: The appeal should be allowed in part.

Payment by credit card does not fall under the exclusive federal jurisdiction over bills of exchange. As such, the application of the CPA to credit cards issued by Desjardins is consistent with the division of powers, and neither the interjurisdictional immunity nor the paramountcy doctrines apply. "Bills of exchange" is a well-established technical term around which an extensive structure of legislation has developed. While some of the effects of payment by credit card are the same as payment by bills of exchange, the natural limits of the text of s. 91(18) of the *Constitution Act, 1867* prevent it from being reinterpreted to include credit cards.

For the reasons given in the companion case of *Bank of Montreal v. Marcotte*, 2014 SCC 55, [2014] 2 S.C.R. 725, the conversion charges are net capital under the

est-il de même nature sur le plan juridique que celui fait au moyen d'une lettre de change, une matière qui relève de la compétence exclusive du Parlement, de sorte que les doctrines de l'exclusivité des compétences et de la prépondérance fédérale pourraient s'appliquer? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(18) — Loi sur la protection du consommateur, RLRQ, ch. P-40.1.

Les cartes de crédit de Desjardins permettent à leurs titulaires de faire des achats en devises étrangères. Des frais de conversion s'appliquent à ces opérations, c'est-à-dire qu'un pourcentage de la somme convertie est exigé pour ce service de conversion. La *Loi sur la protection du consommateur* du Québec (« *L.p.c.* ») impose différentes règles sur la teneur et la mention des frais et droits dans les contrats de crédit variable. Pendant la période pertinente, les frais de conversion étaient indiqués par Desjardins au verso des relevés mensuels envoyés aux titulaires des cartes de crédit. M, le représentant du groupe, a entrepris un recours collectif contre Desjardins en remboursement des frais de conversion imposés par Desjardins sur les achats par carte de crédit en devises étrangères au motif que ces frais de conversion contrevenaient aux dispositions de la *L.p.c.* Desjardins soutient que la *L.p.c.* ne s'applique pas à elle en raison de la *Loi constitutionnelle de 1867* et qu'elle n'est pas tenue au remboursement des frais de conversion. La Cour supérieure a accueilli le recours collectif et a condamné Desjardins à rembourser les frais de conversion imposés pendant la période visée par le recours collectif à l'égard des demandes qui n'étaient pas prescrites. La Cour d'appel a accueilli l'appel et infirmé l'ordonnance prononcée à l'encontre de Desjardins.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli en partie.

Le paiement par carte de crédit ne relève pas de la compétence fédérale exclusive en matière de lettres de change. Ainsi, l'application de la *L.p.c.* aux cartes de crédit émises par Desjardins respecte le partage des compétences, et ni la doctrine de l'exclusivité des compétences ni celle de la prépondérance fédérale ne s'appliquent. Le terme « lettres de change » est un terme consacré autour duquel s'articule tout un régime législatif. Si les effets d'un paiement par carte de crédit peuvent parfois être identiques à ceux d'un paiement par lettre de change, les limites naturelles du texte du par. 91(18) de la *Loi constitutionnelle de 1867* empêchent une nouvelle interprétation de la disposition qui engloberait les cartes de crédit.

Pour les motifs exprimés dans l'arrêt connexe *Banque de Montréal c. Marcotte*, 2014 CSC 55, [2014] 2 R.C.S. 725, les frais de conversion appartiennent au capital net

CPA. Desjardins breached s. 12 of the CPA by imposing a charge that was not disclosed in the cardholder agreement. The inclusion of the conversion charges on the back of the monthly credit card statements amounted to an external clause to the cardholder agreement under the *Civil Code of Québec*. This clause was not expressly brought to the attention of the consumer at the time of contract formation, as required by art. 1435 of the *Civil Code*. Therefore, it is not possible for the consumers to have known about the external clause providing the rate of the conversion charge at the time they entered into the cardholder agreement, given that the clause was only available in the first monthly credit card statement, i.e. after the first use of the credit card.

The appropriate remedy for Desjardins's failure to disclose the conversion charges in the cardholder agreement is reimbursement of the conversion charges. However, since the conversion charges were included on the monthly statements, the prescription period for the class members was only suspended from the time each member formed their contract with Desjardins to the time they received their first monthly statement. That prescription was not affected by the renewal of the credit cards because no new contract is formed at that time. There is one main framework agreement that is effective from the first usage of the credit card. As a result, the claims of some class members are entirely prescribed. There is insufficient evidence in the record to determine the total amount owed by Desjardins to those class members whose claims are not prescribed. The details of the procedure for effecting recovery are left to be determined by the Superior Court.

Finally, the conduct of Desjardins does not support awarding punitive damages. Desjardins did disclose the conversion charges through the monthly credit card statements. Even though Desjardins's disclosure does not satisfy the requirements of s. 12 of the CPA, it does not amount to negligent or careless behaviour.

Cases Cited

Applied: *Bank of Montreal v. Marcotte*, 2014 SCC 55, [2014] 2 S.C.R. 725; **referred to:** *Amex Bank of Canada v. Adams*, 2014 SCC 56, [2014] 2 S.C.R. 787; *Canada (Attorney General) v. Hislop*, 2007 SCC 10, [2007] 1 S.C.R. 429.

au sens de la *L.p.c.* Desjardins a contrevenu à l'art. 12 *L.p.c.* en imposant des frais sans les indiquer dans la convention régissant l'utilisation de la carte. La mention des frais de conversion au verso du relevé mensuel constitue une clause externe de l'entente régissant l'utilisation de la carte au sens où il faut l'entendre pour l'application du *Code civil du Québec*. Cette clause n'a pas été expressément portée à la connaissance du consommateur au moment de la formation du contrat comme le veut l'art. 1435 du *Code civil*. Il est donc impossible que les consommateurs aient eu connaissance de la clause externe faisant état du taux de conversion au moment de la formation de la convention, étant donné que cette clause ne figurait qu'au premier relevé mensuel de carte de crédit : ils ne pouvaient donc en prendre connaissance qu'après avoir utilisé la carte une première fois.

Il convient d'ordonner à Desjardins de rembourser les frais de conversion à titre de sanction pour avoir omis de les indiquer dans la convention régissant l'utilisation de la carte. Toutefois, comme ces frais étaient indiqués dans les relevés mensuels, la prescription n'a été suspendue dans le cas de chaque membre du groupe dans le recours contre Desjardins qu'entre le moment de la formation de son contrat et le moment où il a reçu son premier relevé mensuel. Le renouvellement de la carte n'a eu aucun effet sur la prescription, car aucun nouveau contrat n'est alors formé. Il y a une seule convention-cadre et elle entre en vigueur à la première utilisation de la carte de crédit. En conséquence, les demandes de certains membres du groupe sont prescrites. La preuve au dossier ne permet pas de déterminer le total des frais que Desjardins est tenue de rembourser aux membres du groupe dont les demandes ne sont pas prescrites. Les détails relatifs à la procédure de recouvrement seront réglés par la Cour supérieure.

Enfin, la conduite de Desjardins ne justifie pas l'octroi de dommages-intérêts punitifs. Desjardins a indiqué les frais de conversion dans les relevés mensuels des cartes de crédit. Bien que Desjardins n'ait pas respecté les prescriptions de l'art. 12 *L.p.c.*, la manière avec laquelle elle a mentionné les frais ne constitue pas une conduite marquée au coin de l'insouciance ou de la négligence.

Jurisprudence

Arrêt appliqué : *Banque de Montréal c. Marcotte*, 2014 CSC 55, [2014] 2 R.C.S. 725; **arrêts mentionnés :** *Banque Amex du Canada c. Adams*, 2014 CSC 56, [2014] 2 R.C.S. 787; *Canada (Procureur général) c. Hislop*, 2007 CSC 10, [2007] 1 R.C.S. 429.

Statutes and Regulations Cited

Bills of Exchange Act, R.S.C. 1985, c. B-4.
Civil Code of Québec, arts. 1435, 2904.
Constitution Act, 1867, s. 91(18).
Consumer Protection Act, CQLR, c. P-40.1, ss. 12, 29, 30, 72, 83, 91, 92, 219, 271, 272.

Authors Cited

Crawford, Bradley. *The Law of Banking and Payment in Canada*, vol. 2. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 2008 (loose-leaf updated June 2014, release 11).
 L'Heureux, Nicole, Édith Fortin et Marc Lacoursière. *Droit bancaire*, 4^e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2004.
 Lluelles, Didier, et Benoît Moore. *Droit des obligations*, 2^e éd. Montréal: Thémis, 2012.
 Ogilvie, M. H. *Bank and Customer Law in Canada*, 2nd ed. Toronto: Irwin Law, 2013.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Forget, Dalphond and Bich J.J.A.), 2012 QCCA 1395, [2012] R.J.Q. 1526, [2012] AZ-50881448, [2012] Q.J. No. 7427 (QL), 2012 CarswellQue 13752, setting aside a decision of Gascon J., 2009 QCCS 2743, [2009] AZ-50561028, [2009] J.Q. n° 5770 (QL), 2009 CarswellQue 14191. Appeal allowed in part.

Bruce W. Johnston, Philippe H. Trudel, André Lespérance and Andrew E. Cleland, for the appellant.

Raynold Langlois, Q.C., Vincent de l'Étoile and Chantal Chatelain, for the respondent.

Janet E. Minor and Robert A. Donato, for the intervener the Attorney General of Ontario.

Jean-François Jobin, Francis Demers and Samuel Chayer, for the intervener the Attorney General of Quebec.

Marc Migneault and Joël Simard, for the intervener the President of the Office de la protection du consommateur.

Lois et règlements cités

Code civil du Québec, art. 1435, 2904.
Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(18).
Loi sur la protection du consommateur, RLRQ, ch. P-40.1, art. 12, 29, 30, 72, 83, 91, 92, 219, 271, 272.
Loi sur les lettres de change, L.R.C. 1985, ch. B-4.

Doctrine et autres documents cités

Crawford, Bradley. *The Law of Banking and Payment in Canada*, vol. 2. Aurora, Ont. : Canada Law Book, 2008 (loose-leaf updated June 2014, release 11).
 L'Heureux, Nicole, Édith Fortin et Marc Lacoursière. *Droit bancaire*, 4^e éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2004.
 Lluelles, Didier, et Benoît Moore. *Droit des obligations*, 2^e éd. Montréal : Thémis, 2012.
 Ogilvie, M. H. *Bank and Customer Law in Canada*, 2nd ed. Toronto : Irwin Law, 2013.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (les juges Forget, Dalphond et Bich), 2012 QCCA 1395, [2012] R.J.Q. 1526, [2012] AZ-50881448, [2012] J.Q. n° 7427 (QL), 2012 CarswellQue 7781, qui a infirmé une décision du juge Gascon, 2009 QCCS 2743, [2009] AZ-50561028, [2009] J.Q. n° 5770 (QL), 2009 CarswellQue 14191. Pourvoi accueilli en partie.

Bruce W. Johnston, Philippe H. Trudel, André Lespérance et Andrew E. Cleland, pour l'appelant.

Raynold Langlois, c.r., Vincent de l'Étoile et Chantal Chatelain, pour l'intimée.

Janet E. Minor et Robert A. Donato, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Jean-François Jobin, Francis Demers et Samuel Chayer, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

Marc Migneault et Joël Simard, pour l'intervenant le président de l'Office de la protection du consommateur.

The judgment of the Court was delivered by

Version française du jugement de la Cour rendu
par

ROTHSTEIN AND WAGNER JJ. —

LES JUGES ROTHSTEIN ET WAGNER —

I. Introduction

I. Introduction

[1] The Fédération des caisses Desjardins du Québec is a Quebec financial services cooperative that issues credit cards. One service offered through its credit cards is the ability to make purchases in foreign currencies. Such purchases are subject to a conversion charge, whereby a percentage of the converted amount is charged as a fee for the conversion service. Quebec’s *Consumer Protection Act*, CQLR, c. P-40.1 (“CPA”), imposes various rules on the content and disclosure of charges and fees in contracts extending variable credit, such as credit card contracts. Similar to the companion cases of *Bank of Montreal v. Marcotte*, 2014 SCC 55, [2014] 2 S.C.R. 725 (“BMO Decision”), and *Amex Bank of Canada v. Adams*, 2014 SCC 56, [2014] 2 S.C.R. 787 (“Amex Decision”), this appeal raises the issue of whether the manner in which the conversion charge was disclosed and imposed by Desjardins complied with the CPA.

[1] La Fédération des caisses Desjardins du Québec est une coopérative québécoise de services financiers qui émet des cartes de crédit. Ces cartes permettent entre autres à leurs titulaires de faire des achats en devises étrangères. Des frais de conversion s’appliquent à ces opérations, c’est-à-dire qu’un pourcentage de la somme convertie est exigé pour ce service de conversion. La *Loi sur la protection du consommateur* du Québec, RLRQ, ch. P-40.1 (« *L.p.c.* »), impose différentes règles sur la teneur et la mention des frais et droits dans les contrats de crédit variable, tels que les contrats de cartes de crédit. À l’instar des pourvois connexes *Banque de Montréal c. Marcotte*, 2014 CSC 55, [2014] 2 R.C.S. 725 (« arrêt BMO »), et *Banque Amex du Canada c. Adams*, 2014 CSC 56, [2014] 2 R.C.S. 787 (« arrêt Amex »), le présent pourvoi soulève la question de savoir si la manière dont les frais de conversion ont été mentionnés et imposés par Desjardins respectait la *L.p.c.*

[2] Many of the issues raised in this appeal are addressed in the BMO Decision. Two additional issues will be addressed in these reasons. First, we will address whether credit card payments are of the same nature as payments by means of a bill of exchange, over which Parliament has exclusive jurisdiction under the *Constitution Act, 1867*, such that the doctrines of interjurisdictional immunity and paramountcy are potentially applicable. Second, we will address whether Desjardins adequately disclosed the conversion charges as required by the CPA.

[2] Plusieurs des questions soulevées dans le présent pourvoi sont abordées dans l’arrêt BMO. Les présents motifs en abordent deux autres. Dans un premier temps, nous répondrons à la question de savoir si le paiement fait par carte de crédit est de même nature que celui fait par lettre de change, une matière qui relève de la compétence exclusive du Parlement en vertu de la *Loi constitutionnelle de 1867*, de sorte que les doctrines de l’exclusivité des compétences et de la prépondérance fédérale pourraient s’appliquer. Puis, nous déterminerons si Desjardins a respecté les règles de la *L.p.c.* en ce qui a trait à la mention des frais de conversion.

II. Facts

Desjardins Cardholder Agreements

[3] An overview of credit cards and conversion charges, and the procedural history of the class actions against the nine banks, Desjardins and Amex Bank of Canada (respectively, the “BMO Action”, the “Desjardins Action” and the “Amex Action”), are provided in the BMO Decision.

[4] Until April 1, 2006, cardholder agreements for credit cards issued by Desjardins included the following clauses:

[TRANSLATION]

18. Foreign currency

All VISA Desjardins purchases or cash advances made in a foreign currency are payable in Canadian currency converted at the exchange rate in effect as determined by DesjardinsGroup on the date the purchase or cash advance is processed.

The cardholder may write cheques in Canadian currency only. Any cheque written in foreign currency will automatically be returned to the cardholder.

20. Administrative charges

Subject to the *Consumer Protection Act*, cardholders acknowledge that there are administrative charges related to requests for copies of invoices or statements and accept that these charges will be added directly to their Visa Desjardins account.

Administrative charges are also due for every transaction, according to the rates indicated on the reverse (or the back) of statements. Cardholders consent to these administrative charges being added directly to their Visa Desjardins accounts.

(Court of Appeal reasons, 2012 QCCA 1395 (CanLII), at para. 14)

[5] On April 1, 2006, cl. 18 was changed to the following:

II. Les faits

Conventions régissant l'utilisation des cartes émises par Desjardins

[3] Un aperçu général des cartes de crédit et des frais de conversion ainsi que l'historique procédural des recours collectifs entrepris contre les neuf banques, Desjardins et Banque Amex du Canada (respectivement, le « recours contre BMO », le « recours contre Desjardins » et le « recours contre Amex »), figurent dans l'arrêt BMO.

[4] Jusqu'au 1^{er} avril 2006, les clauses suivantes figuraient dans les conventions régissant l'utilisation des cartes de crédit émises par Desjardins :

18. Monnaie étrangère

Toute avance d'argent ou tout achat effectué en monnaie étrangère avec la carte Visa Desjardins sera payable en monnaie canadienne et la conversion sera faite aux taux de change déterminés par la Fédération lors de la comptabilisation de la pièce justificative.

Le détenteur ne peut tirer un chèque dans une devise autre que la canadienne. Tout chèque tiré en monnaie étrangère sera automatiquement retourné au détenteur.

20. Frais administratifs

Sous réserve de la *Loi sur la protection du consommateur*, le détenteur reconnaît que des frais administratifs lui seront exigés pour toute demande de copie de facture ou relevé de compte et accepte que ces frais soient portés directement à son compte Visa Desjardins.

Des frais administratifs seront également exigibles pour toute opération, selon la tarification indiquée à l'endos [ou au verso] de son relevé de compte, et le détenteur accepte que ces frais administratifs soient portés directement à son compte Visa Desjardins.

(Motifs de la Cour d'appel, 2012 QCCA 1395, [2012] R.J.Q. 1526, par. 14)

[5] Le 1^{er} avril 2006, la clause 18 a été remplacée par la suivante :

[TRANSLATION]

18. Currency conversion service

All VISA Desjardins purchases or cash advances made in a foreign currency are payable in Canadian currency converted at the exchange rate in effect as determined by DesjardinsGroup or its supplier on the date the purchase or cash advance is processed. The cardholder may write cheques in Canadian currency only. Any cheque written in foreign currency will automatically be returned to the cardholder.

The cardholder shall pay a currency conversion charge of 1.8% (one dollar and eighty cents (\$1.80) per one hundred dollars (\$100) spent) on any amounts recorded in the cardholder's account in foreign currencies and converted into Canadian dollars. The amount payable in exchange rate charges and the currency conversion charge is deemed to be a regular purchase within the meaning of Section 9 of this Agreement and will be charged to the cardholder's account on the date the currency is converted. [*ibid.*, at para. 15]

[6] Monthly credit card statements sent to cardholders of credit cards issued by Desjardins include the following information (prior to and after April 1, 2006, though the percentage charged as the currency conversion rate was 1.7% prior to January 2001):

[TRANSLATION]

Administrative charges

Subject to the provisions of the *Consumer Protection Act*, the following charges will be charged, as the case may be, to your VISA Desjardins account:

Copy of invoice or statement: \$5.

NSF cheques: \$20.

Stop payment on a cheque: \$10.

Currency conversion: 1.8 % (one dollar and eighty cents (\$1.80) per one hundred dollars (\$100) spent) on any amounts recorded in the cardholder's account in foreign currencies and converted into Canadian dollars.

18. Service de conversion de monnaie étrangère

Toute avance d'argent ou tout achat effectué en monnaie étrangère avec la carte Visa Desjardins sera payable en monnaie canadienne et la conversion sera faite au taux de change déterminé par la Fédération ou son fournisseur lors de la comptabilisation de la pièce justificative. Le détenteur ne peut tirer un chèque dans une devise autre que canadienne. Tout chèque tiré en monnaie étrangère sera automatiquement retourné au détenteur.

Des frais de conversion de devises de 1,8 % sur les montants enregistrés au compte en devises étrangères et convertis en dollars seront exigibles. La somme payable à titre de frais de conversion est réputée être un achat courant au sens de l'article 9 et sera comptabilisée au compte du détenteur au jour où est effectuée la conversion. [*ibid.*, par. 15]

[6] Les relevés mensuels envoyés aux titulaires des cartes de crédit émises par Desjardins contiennent les renseignements suivants (avant et après le 1^{er} avril 2006, quoique le taux de conversion de devises fût de 1,7% avant janvier 2001) :

Frais administratifs

Sous réserve des dispositions de la *Loi sur la protection du consommateur*, les frais suivants seront portés, le cas échéant, à votre compte VISA Desjardins :

Copie de facture ou relevé de compte : 5 \$.

Chèque sans provision : 20 \$.

Arrêt de paiement d'un chèque : 10 \$.

Conversion de devises : frais de 1,8 % sur les montants enregistrés au compte en devises étrangères et convertis en dollars canadiens.

Cash advances:

Desjardins network:	\$1.00	United States:	\$2.50
Interac network:	\$1.25	Other countries:	\$3.50

[*ibid.*, at para. 16]

[7] Mr. Marcotte, the sole representative plaintiff in the Desjardins Action, knew about the conversion charge when he used his card to make purchases in foreign currencies, and continued to use the conversion service after authorizations for the BMO and Desjardins Actions were filed.

III. Judicial History

[8] As explained in the BMO Decision, although separate trial and appeal judgments were rendered for the BMO, Desjardins and Amex Actions, the judgments overlap and therefore refer to each other as necessary. The summaries below will focus on the portions of the lower court judgments in the Desjardins Action that were not summarized in the BMO Decision.

A. *Quebec Superior Court, 2009 QCCS 2743 (CanLII)*

[9] Gascon J., as he then was, concluded that conversion charges were credit charges under the CPA. Because the conversion charges were not included in the credit rate in breach of ss. 72, 83, 91 and 92 of the CPA, he ordered repayment of all conversion charges imposed during the class period under s. 272 of the CPA. Collective recovery in the amount of \$28,392,240 was ordered for conversion charges collected between 2004 and 2007, while individual recovery was ordered for charges collected from 2000 and 2003 due to the varying prescription periods of each class member (as explained below).

[10] For the same reasons as in the BMO Action, Gascon J. rejected Desjardins's argument that

Avances de fonds :

réseau Desjardins :	1,00 \$	États-Unis :	2,50 \$
réseau <i>Interac</i> :	1,25 \$	autres pays :	3,50 \$

[*ibid.*, par. 16]

[7] M. Marcotte, seul représentant du groupe dans le recours contre Desjardins, connaissait l'existence des frais de conversion qui s'appliquaient lorsqu'il utilisait sa carte pour faire des achats en devises étrangères et il a continué de recourir aux services de conversion après le dépôt des requêtes en autorisation dans les recours contre BMO et Desjardins.

III. Historique judiciaire

[8] Comme nous l'expliquons dans l'arrêt BMO, des décisions distinctes ont été rendues en première instance et en appel dans les recours contre BMO, Desjardins et Amex. Cependant, ces décisions se recourent et renvoient donc les unes aux autres au besoin. Nous nous attarderons ci-après aux parties des décisions des juridictions inférieures dans le recours contre Desjardins qui ne sont pas résumées dans l'arrêt BMO.

A. *Cour supérieure du Québec, 2009 QCCS 2743 (CanLII)*

[9] Le juge Gascon, maintenant juge de notre Cour, a conclu que les frais de conversion étaient des frais de crédit au sens de la *L.p.c.* Comme ces frais de conversion n'étaient pas inclus dans le taux de crédit, ce qui constitue une infraction aux art. 72, 83, 91 et 92 *L.p.c.*, il en a ordonné, en vertu de l'art. 272 *L.p.c.*, le remboursement pour la période visée par le recours collectif. Il a ordonné le recouvrement collectif de 28 392 240 \$ pour le remboursement des frais de conversion perçus entre 2004 et 2007 et a ordonné le recouvrement individuel dans le cas des frais perçus entre 2000 et 2003, les délais de prescription étant différents pour tous les membres du groupe (comme nous le verrons plus loin).

[10] Pour les mêmes motifs que ceux exprimés dans le recours contre BMO, le juge Gascon a rejeté

payment of the conversion charges by cardholders constituted a waiver of their right to reclaim the charges. However, he partially accepted Desjardins's argument concerning prescription. He agreed with Desjardins that only conversion charges imposed pursuant to contracts that were formed after April 17, 2000 were not subject to prescription. However, Gascon J. held that renewing a credit card, which occurs every three years for Desjardins cardholders, results in a new contract being formed and thus restarts the prescription period.

[11] Gascon J. found that Desjardins adequately disclosed the conversion charges both before and after April 1, 2006, and thus was not in breach of ss. 12 or 219 of the *CPA*. Although, prior to April 1, 2006, the conversion charge was disclosed by means of an external clause that was not available to cardholders at the moment the contract was formed, the evidence demonstrates that Mr. Marcotte knew about the clause at the time his contract was formed, and there is no evidence that the other class members did not know about it. Renewing a credit card, which Desjardins does every three years, results in the formation of a new contract. As cardholders will have received monthly statements disclosing the conversion charge before the contract is renewed, they would enter into this new contract knowing about the external clause disclosing the conversion charge. There was evidence that this conclusion held true for Mr. Marcotte; if it did not hold true for any other class members, the burden was on them to establish that they did not know about the external clause. No such evidence was produced.

[12] Gascon J. rejected Desjardins's constitutional argument that the *CPA* does not apply to it due to the doctrine of interjurisdictional immunity. He concluded that payment by credit card does not fall under the s. 91(18) head of power over bills of exchange in the *Constitution Act, 1867*. He also rejected the argument based on the doctrine of paramountcy, concluding that Desjardins failed to provide any provisions of a federal law such as the *Bills of Exchange Act*, R.S.C. 1985, c. B-4, that were in

l'argument de Desjardins selon lequel, en payant les frais de conversion, les titulaires de cartes avaient renoncé à leur droit d'en réclamer le remboursement. Toutefois, il a partiellement fait droit au moyen fondé sur la prescription soulevé par Desjardins. Il a convenu que les frais de conversion imposés conformément aux contrats conclus après le 17 avril 2000 n'étaient pas sujets à prescription. Le juge Gascon a cependant conclu que le renouvellement de la carte de crédit, qui a lieu tous les trois ans dans le cas des cartes Desjardins, emporte la formation d'un nouveau contrat et, partant, un nouveau point de départ du délai de prescription.

[11] Selon le juge Gascon, Desjardins avait indiqué les frais de conversion comme il se doit tant avant qu'après le 1^{er} avril 2006, et qu'elle n'avait donc pas contrevenu aux art. 12 ou 219 *L.p.c.* Certes, avant le 1^{er} avril 2006, ces frais étaient mentionnés dans une clause externe non accessible aux titulaires de cartes lors de la formation du contrat, mais la preuve démontre que M. Marcotte avait connaissance de cette clause lors de la conclusion de son contrat, et rien ne permet de croire que les autres membres du groupe n'en avaient pas connaissance. Le renouvellement d'une carte de crédit, qui se produit tous les trois ans dans le cas de Desjardins, emporte formation d'un nouveau contrat. Comme les titulaires auront reçu le relevé mensuel faisant état des frais de conversion avant de renouveler leur contrat, ils auront conclu la nouvelle entente en toute connaissance de la clause externe indiquant ces frais. Il ressortait de la preuve que cette conclusion était valable dans le cas de M. Marcotte; si elle ne l'était pas pour les autres membres du groupe, c'était à eux qu'il incombait de démontrer qu'ils n'étaient pas au courant de la clause externe. Aucune preuve en ce sens n'a été produite.

[12] Le juge Gascon a rejeté l'argument constitutionnel avancé par Desjardins, à savoir que celle-ci échappait à l'application de la *L.p.c.* par le jeu de la doctrine de l'exclusivité des compétences. Il a conclu que le paiement par carte de crédit ne relève pas de la compétence fédérale sur les lettres de change conférée par le par. 91(18) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Il a également rejeté l'argument fondé sur la doctrine de la prépondérance fédérale, estimant que Desjardins n'avait

conflict with or frustrated by the relevant provisions of the *CPA*.

[13] Finally, Gascon J. refused to award punitive damages given the extent of the reparation for which Desjardins is already liable, the fact that its conduct was not reprehensible, the usefulness of the conversion service, and the exceptional nature of punitive damages.

B. *Quebec Court of Appeal, 2012 QCCA 1395 (CanLII)*

[14] Dalphond J.A. allowed the appeal and set aside the order against Desjardins. As explained in the BMO Decision, Dalphond J.A. concluded that the conversion charge constitutes net capital and is not a credit charge under the *CPA*.

[15] In *obiter*, Dalphond J.A. noted that even if the conversion charges were credit charges, the appropriate remedy would be found under s. 271 of the *CPA*, which permits the court to refuse to order repayment if the consumer has suffered no prejudice, and not s. 272 which does not apply to this case. He agreed with Gascon J.'s conclusion that the doctrines of interjurisdictional immunity and paramountcy do not apply.

IV. Issues

[16] This appeal raises the following issues:

(a) Are the conversion charges net capital or credit charges under the *CPA*?

(b) Is the legal characterization of a transaction consisting of payment for a good or service in foreign currency by means of a credit card of the same

opposé aucune législation fédérale, par exemple la *Loi sur les lettres de change*, L.R.C. 1985, ch. B-4, dont les dispositions se révéleraient incompatibles avec les dispositions pertinentes de la *L.p.c.* ou qui empêcheraient la réalisation des objectifs de cette dernière.

[13] Enfin, le juge Gascon a refusé de condamner Desjardins à des dommages-intérêts punitifs étant donné la réparation considérable à laquelle elle était tenue, le fait que son comportement ne pouvait être qualifié de répréhensible, l'utilité du service de conversion et le caractère exceptionnel de ce type de dommages-intérêts.

B. *Cour d'appel du Québec, 2012 QCCA 1395, [2012] R.J.Q. 1526*

[14] Le juge Dalphond a accueilli l'appel et infirmé l'ordonnance prononcée à l'encontre de Desjardins. Comme il est expliqué dans l'arrêt BMO, le juge Dalphond a conclu que les frais de conversion appartenaient au capital net et non aux frais de crédit au sens de la *L.p.c.*

[15] Dans une remarque incidente, le juge Dalphond a souligné que, même si les frais de conversion étaient des frais de crédit, la réparation applicable serait celle prévue à l'art. 271 *L.p.c.* — en vertu duquel le tribunal peut refuser d'ordonner la restitution en l'absence de préjudice au consommateur — et non celle prévue à l'art. 272, qui ne s'applique pas en l'espèce. Il souscrit à la conclusion du juge Gascon sur l'inapplicabilité des doctrines de l'exclusivité des compétences et de la prépondérance fédérale.

IV. Questions en litige

[16] Le présent pourvoi soulève les questions suivantes :

a) Les frais de conversion appartiennent-ils au capital net ou aux frais de crédit au sens de la *L.p.c.*?

b) Le paiement d'un bien ou d'un service en devises étrangères au moyen d'une carte de crédit est-il de même nature sur le plan juridique que celui fait

nature as that of a payment by means of a bill of exchange over which Parliament has exclusive jurisdiction under s. 91(18) of the *Constitution Act, 1867*, such that the doctrines of interjurisdictional immunity and paramountcy are potentially applicable?

(c) Did Desjardins disclose the conversion charges to its cardholders?

(d) What is the appropriate remedy?

V. Analysis

A. *The Conversion Charges Are Net Capital Under the CPA*

[17] For the reasons given in the BMO Decision, the conversion charges are net capital under the CPA.

B. *Payment for a Good or Service in Foreign Currency by Means of a Credit Card Is Not of the Same Nature as That of a Payment by Means of a Bill of Exchange*

[18] Desjardins argues that payment by credit card is analogous to payment by bill of exchange and, as such, Parliament has exclusive regulatory jurisdiction pursuant to s. 91(18) of the *Constitution Act, 1867*. We agree with the Court of Appeal that [TRANSLATION] “we need not consider [this argument] in any depth” (para. 68). Desjardins essentially argues that the signed credit card slip is analogous to a bill of exchange because the merchant can later present it to the credit card company to receive hard currency. On Desjardins’s interpretation, payment methods such as gift cards and coupons would also seem to be classified as bills of exchange.

[19] However, Desjardins provides no authority for the proposition that credit cards fall under the federal power over bills of exchange. Indeed, commentators have consistently rejected such a theory

au moyen d’une lettre de change, une matière qui relève de la compétence exclusive du Parlement en vertu du par. 91(18) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, de sorte que les doctrines de l’exclusivité des compétences et de la prépondérance fédérale pourraient s’appliquer?

c) Desjardins a-t-elle mentionné les frais de conversion aux titulaires de ses cartes?

d) Quelle est la réparation qu’il convient d’ordonner?

V. Analyse

A. *Les frais de conversion appartiennent au capital net au sens de la L.p.c.*

[17] Pour les motifs exprimés dans l’arrêt BMO, les frais de conversion appartiennent au capital net au sens de la *L.p.c.*

B. *Le paiement d’un bien ou d’un service en devises étrangères au moyen d’une carte de crédit n’est pas assimilé à celui effectué par lettre de change*

[18] Desjardins soutient que le paiement par carte de crédit est analogue au paiement par lettre de change et qu’il relève à ce titre de la compétence fédérale exclusive prévue au par. 91(18) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Nous partageons l’avis de la Cour d’appel à propos de ce moyen constitutionnel selon lequel « il n’est pas nécessaire d’en traiter longuement » (par. 68). Desjardins prétend essentiellement que la facturette signée par le titulaire de la carte est assimilée à la lettre de change, que le commerçant peut par la suite échanger auprès de la société émettrice contre des espèces. Suivant l’interprétation de Desjardins, les modes de paiement tels les cartes-cadeaux et les coupons-épargne entreraient également dans la catégorie des lettres de change.

[19] Cependant, Desjardins ne cite aucune source à l’appui de sa prétention suivant laquelle les cartes de crédit relèvent de la compétence fédérale en matière de lettres de change. En fait, cette théorie

(see, e.g., M. H. Ogilvie, *Bank and Customer Law in Canada* (2nd ed. 2013), at pp. 404-5: “The bills of exchange analogy also fails not only because there is no negotiable instrument, but also because credit card transactions involve three parties, whereas an instrument can only be negotiated between two parties”; and B. Crawford, *The Law of Banking and Payment in Canada*, vol. 2 (loose-leaf), at p. 13-9: “The analogy [that credit cards are bills of exchange] is quite close But there are two problems with it as an explanation of the legal foundation of the modern credit card systems”).

[20] This is not a case, as Desjardins argues, where the changed social circumstances in Canada, namely the increased popularity of payment by credit card as opposed to payment by cheque, would justify reinterpreting s. 91(18) of the *Constitution Act, 1867* so as to include credit cards. “Bills of exchange” is a well-established technical term around which an extensive structure of legislation, notably the *Bills of Exchange Act*, has developed. Although this Court has recognized that the Canadian Constitution must be “capable of adapting with the times by way of a process of evolutionary interpretation”, that evolution must remain “within the natural limits of the text” (*Canada (Attorney General) v. Hislop*, 2007 SCC 10, [2007] 1 S.C.R. 429, at para. 94). There has been no shift in how the term “bills of exchange” is defined in Canada. While some of the effects of payment by credit card are the same as payment by bills of exchange, the natural limits of the text of s. 91(18) of the *Constitution Act, 1867* prevent it from being reinterpreted to include credit cards.

[21] We conclude that payment by credit card does not fall under the exclusive federal jurisdiction over bills of exchange. As such, the application of the *CPA* to credit cards issued by Desjardins is consistent with the division of powers, and neither the interjurisdictional immunity nor the paramouncy doctrines apply.

a toujours été rejetée par les auteurs (voir, p. ex., M. H. Ogilvie, *Bank and Customer Law in Canada* (2^e éd. 2013), p. 404-405 : [TRADUCTION] « De plus, l’analogie avec les lettres de change ne tient pas, non seulement parce qu’il n’y a pas d’effet de commerce négociable, mais aussi parce que l’opération faite par carte de crédit fait intervenir trois parties, alors que l’effet de commerce se négocie entre deux parties seulement »; et B. Crawford, *The Law of Banking and Payment in Canada*, vol. 2 (feuilles mobiles), p. 13-9 : [TRADUCTION] « L’analogie [entre les cartes et les lettres de change] est presque parfaite [. . .] Or, elle pose deux problèmes dans la mesure où elle illustre le fondement juridique des systèmes modernes de cartes de crédit »).

[20] Il ne s’agit pas, comme l’affirme Desjardins, d’un cas où un changement social survenu au Canada — la préférence pour le paiement par carte de crédit plutôt que par chèque — justifierait une nouvelle interprétation du par. 91(18) de la *Loi constitutionnelle de 1867* qui engloberait les cartes de crédit. Le terme « lettres de change » est un terme consacré autour duquel s’articule tout un régime législatif, à savoir la *Loi sur les lettres de change*. Bien que la Cour reconnaisse que la Constitution canadienne doit être « capable d’évoluer au moyen d’une interprétation progressiste », cette évolution doit respecter « les limites naturelles du texte » (*Canada (Procureur général) c. Hislop*, 2007 CSC 10, [2007] 1 R.C.S. 429, par. 94). La définition du terme « lettres de change » n’a pas changé au Canada. Si les effets d’un paiement par carte de crédit peuvent parfois être identiques à ceux d’un paiement par lettre de change, les limites naturelles du texte du par. 91(18) de la *Loi constitutionnelle de 1867* empêchent une nouvelle interprétation de la disposition qui engloberait les cartes de crédit.

[21] Nous concluons que le paiement par carte de crédit ne relève pas de la compétence fédérale exclusive en matière de lettres de change. Ainsi, l’application de la *L.p.c.* aux cartes de crédit émises par Desjardins respecte le partage des compétences, et ni la doctrine de l’exclusivité des compétences ni celle de la prépondérance fédérale ne s’appliquent.

C. *Desjardins Failed to Disclose the Conversion Charge*

[22] Under s. 12 of the *CPA* “[n]o costs may be claimed from a consumer unless the amount thereof is precisely indicated in the contract.” We have agreed with the Court of Appeal that the conversion charges are net capital, however a question remains: Were the conversion charges disclosed to consumers in their contract in accordance with s. 12 of the *CPA*? At issue is whether Desjardins disclosed the conversion charges to its clients by including them on the back of their monthly credit card statements. More precisely, does the inclusion of the conversion charges on the back of the monthly statements amount to an external clause to the credit card contract under the *Civil Code of Québec* (“*CCQ*”)?

[23] Mr. Marcotte argues that the fee schedule on the back of Desjardins’s monthly statement is not a binding external clause because the consumer was not aware of it at the time of the formation of the contract. He also argues that if the fee schedule is found to be an external clause to the contract, it will allow businesses to enforce clauses of which the consumer is unaware at the time of contract. In the alternative, Mr. Marcotte argues that should the Court decide that the fee schedule is an external clause, this clause cannot be enforceable on consumers in the absence of proof of their knowledge thereof. He argues that it is Desjardins’s burden to show that Mr. Marcotte had knowledge of this clause.

[24] Desjardins argues that Mr. Marcotte admitted at trial that he was aware of the external clause containing the conversion charges and this knowledge should be imputed to the other members of the class. In the alternative, Desjardins argues that class proceedings are inappropriate if the other class members do not share this knowledge.

C. *Desjardins n’a pas indiqué les frais de conversion*

[22] Aux termes de l’art. 12 *L.p.c.*, « [a]ucuns frais ne peuvent être réclamés d’un consommateur, à moins que le contrat n’en mentionne de façon précise le montant. » Nous souscrivons à la conclusion de la Cour d’appel selon laquelle les frais de conversion appartiennent au capital net. Or, une question demeure : les frais de conversion ont-ils été indiqués dans le contrat avec les consommateurs comme le veut l’art. 12 *L.p.c.*? Nous sommes appelés à déterminer si Desjardins a satisfait à cette obligation en indiquant les frais de conversion au verso du relevé mensuel envoyé à ses clients. Plus précisément, la mention des frais de conversion au verso du relevé mensuel constitue-t-elle une clause externe du contrat de carte de crédit au sens où il faut l’entendre pour l’application du *Code civil du Québec* (« *C.c.Q.* »)?

[23] M. Marcotte soutient que le tableau des frais figurant au verso du relevé mensuel de Desjardins n’est pas une clause externe qui lie les parties parce que le consommateur n’en avait pas connaissance au moment de la formation du contrat. Il ajoute que, si ce tableau des frais constitue effectivement une clause externe, les entreprises pourraient demander l’exécution forcée de clauses non portées à la connaissance du consommateur au moment de la conclusion du contrat. Subsidiairement, M. Marcotte fait valoir que si la Cour considère le tableau des frais comme une clause externe, elle ne saurait lier les consommateurs sans preuve qu’elle a été portée à leur connaissance. C’est à Desjardins, affirme-t-il, qu’il appartient de démontrer qu’il était au courant de l’existence de cette clause.

[24] Desjardins soutient que M. Marcotte a admis au procès qu’il était au courant de la clause externe indiquant les frais de conversion, et que cette connaissance devrait être imputée aux autres membres du groupe. Subsidiairement, Desjardins fait valoir que le recours collectif ne saurait être justifié si les autres membres du groupe n’ont pas cette même connaissance.

[25] The crux of Mr. Marcotte’s argument is that the reference to [TRANSLATION] “administrative charges” in the cardholder agreement sends users to an external clause to determine the rate of those charges. This external clause must therefore respect the conditions of art. 1435 of the *CCQ* in order to be valid. Article 1435 states:

1435. An external clause referred to in a contract is binding on the parties.

In a consumer contract or a contract of adhesion, however, an external clause is null if, at the time of formation of the contract, it was not expressly brought to the attention of the consumer or adhering party, unless the other party proves that the consumer or adhering party otherwise knew of it.

[26] From the evidence at trial it is clear that this clause was not expressly brought to the attention of the consumer at the time of contract formation:

[TRANSLATION] It is common ground that before April 1, 2006, the conversion fees were not disclosed in Desjardins’s variable credit contracts. They were disclosed only on the back of the monthly statements sent to cardholders. [Trial reasons, at para. 333]

[27] The question then is whether it is determinable that the consumers in this case had knowledge of the clause regardless. The language of the article as well as commentary suggest that the relevant time period for determining whether the consumers had knowledge of the clause is the moment of contract formation (D. Lluelles and B. Moore, *Droit des obligations* (2nd ed. 2012), at pp. 795-96).

[28] The trial judge erred in finding that a new contract is formed with every subsequent renewal of a credit card. There is one main framework agreement that is effective from the first usage of the credit card (N. L’Heureux, É. Fortin and M. Lacoursière, *Droit bancaire* (4th ed. 2004), at pp. 610 and 634; ss. 29 and 30 of the *CPA*). The replacement of a credit card does not create a new contractual relationship. Therefore, it is not possible for the consumers to have known about the external clause

[25] Selon le principal argument de M. Marcotte, la mention des « frais administratifs » qui figure dans la convention renvoie les titulaires à une clause externe qui leur indique la tarification applicable. Cette clause externe doit donc, pour être valide, être conforme à l’art. 1435 *C.c.Q.*, que voici :

1435. La clause externe à laquelle renvoie le contrat lie les parties.

Toutefois, dans un contrat de consommation ou d’adhésion, cette clause est nulle si, au moment de la formation du contrat, elle n’a pas été expressément portée à la connaissance du consommateur ou de la partie qui y adhère, à moins que l’autre partie ne prouve que le consommateur ou l’adhérent en avait par ailleurs connaissance.

[26] Il ressort de la preuve produite au procès que cette clause n’a pas été expressément portée à la connaissance du consommateur au moment de la formation du contrat :

Avant le 1^{er} avril 2006, il est acquis que les frais de conversion ne sont pas divulgués dans les contrats de crédit variable de Desjardins. Ils le sont uniquement à l’endos des relevés de compte envoyés mensuellement aux détenteurs de cartes. [motifs de première instance, par. 333]

[27] Peut-on alors conclure que, dans la présente affaire, les consommateurs avaient connaissance de cette clause? Le libellé de la disposition en cause, ainsi que la doctrine, laissent entendre que le moment pertinent pour déterminer si les consommateurs avaient connaissance de la clause est celui de la formation du contrat (D. Lluelles et B. Moore, *Droit des obligations* (2^e éd. 2012), p. 795-796).

[28] Le juge du procès a conclu à tort que le renouvellement d’une carte de crédit emporte la formation d’un nouveau contrat. Il y a une seule convention-cadre et elle entre en vigueur à la première utilisation de la carte de crédit. (N. L’Heureux, É. Fortin et M. Lacoursière, *Droit bancaire* (4^e éd. 2004), p. 610 et 634; art. 29 et 30 *L.p.c.*). Le remplacement de la carte de crédit n’a pas pour effet de créer une nouvelle relation contractuelle. Il est donc impossible que les consommateurs aient eu connaissance de

providing the rate of the conversion charge at the time they entered into the cardholder agreement, given that the clause was only available in the first monthly credit card statement, i.e. after the first use of the credit card. As a result, Desjardins breached s. 12 of the *CPA* by imposing a charge that was not disclosed in its contract with consumers, namely the cardholder agreement.

D. Desjardins Must Reimburse the Conversion Charges

[29] For the same reasons as those given in the BMO Decision, the appropriate remedy for Desjardins's failure to disclose the conversion charges in the cardholder agreement in breach of s. 12 of the *CPA* is reimbursement of the conversion charges.

[30] However, although Desjardins breached s. 12 of the *CPA*, it did disclose the conversion charge rate on the monthly credit card statements. Therefore, unlike the cardholders of the non-disclosing banks in the BMO Decision, the prescription period for the class members in the Desjardins Action was only suspended from the time each member formed their contract with Desjardins to the time they received their first monthly statement. That prescription was not affected in any way by the renewal of the credit cards because, as explained above, no new contract is formed at that time.

[31] As a result, the claims of some class members are entirely prescribed. For example, Gascon J. noted that Mr. Marcotte had knowledge of the conversion charges long before April 17, 2000 (trial reasons, at para. 352). Even if he did not have personal knowledge of the conversion charges at that time, it was not impossible for him to have obtained knowledge of these charges through the disclosure on the back of his monthly credit card statements, which he had received for over 15 years prior to April 17, 2000. As a result, art. 2904 of the *CCQ* had long since ceased to suspend his prescription. Mr. Marcotte's personal right of action

la clause externe faisant état du taux de conversion au moment de la formation de la convention, étant donné que cette clause ne figurait qu'au premier relevé mensuel de la carte de crédit : ils ne pouvaient donc en prendre connaissance qu'après avoir utilisé la carte une première fois. En conséquence, Desjardins a contrevenu à l'art. 12 *L.p.c.* en imposant des frais sans les indiquer dans ses contrats avec les consommateurs, c'est-à-dire dans la convention régissant l'utilisation de la carte.

D. Desjardins est tenue de rembourser les frais de conversion

[29] Pour les motifs exprimés dans l'arrêt BMO, il convient d'ordonner à Desjardins de rembourser les frais de conversion à titre de sanction pour avoir omis de les indiquer dans la convention régissant l'utilisation de la carte, ce qui constitue une infraction à l'art. 12 *L.p.c.*

[30] Bien que Desjardins n'ait pas respecté l'art. 12 *L.p.c.*, elle a tout de même indiqué ces frais dans les relevés mensuels des cartes de crédit. Ainsi, contrairement à la situation des titulaires de cartes émises par les banques visées dans l'arrêt BMO qui n'avaient pas du tout mentionné les frais, la prescription n'a été suspendue dans le cas de chaque membre du groupe impliqué dans le recours contre Desjardins qu'entre le moment de la formation de son contrat et le moment où il a reçu son premier relevé mensuel. Le renouvellement de la carte n'a eu aucun impact sur la prescription, car, répétons-le, aucun nouveau contrat n'est alors formé.

[31] En conséquence, les demandes de certains membres du groupe sont prescrites. À titre d'exemple, le juge Gascon a souligné que M. Marcotte était au courant de l'existence des frais de conversion bien avant le 17 avril 2000 (motifs de première instance, par. 352). Même si ce dernier n'avait pas une connaissance personnelle de ces frais à ce moment, il ne lui était pas impossible de les connaître. Il aurait pu consulter le verso des relevés mensuels qu'il recevait depuis une quinzaine d'années en date du 17 avril 2000. Ainsi, la suspension de la prescription prévue à l'art. 2904 *C.c.Q.* avait pris fin dans son cas depuis

was therefore prescribed by the time the BMO and Desjardins Actions were filed. Similarly, the claims of all other consumer cardholders who received their first monthly credit card statement prior to April 17, 2000 are entirely prescribed. Only the claims of consumer cardholders who formed their contract with Desjardins prior to April 1, 2006 (when Desjardins started disclosing the conversion charge in the contract) and who received their first monthly statement disclosing the conversion charge on or after April 17, 2000, are not prescribed.

[32] There is insufficient evidence in the record to determine the total amount owed by Desjardins to those class members whose claims are not prescribed. At the same time, there is no evidence that it is not possible to determine this amount with sufficient accuracy. As Gascon J. noted at trial, the burden of proving that collective recovery is possible lies on the shoulders of the representative plaintiff. However, Desjardins is obliged to provide the information that would allow the plaintiff to fulfil his burden. Individual recovery will only be warranted if Desjardins is unable with reasonable diligence to provide the information needed to determine the total amount of the non-prescribed claims with sufficient accuracy. As at trial, all other details of the procedure for effecting recovery are left to be determined at a later date by the Superior Court.

[33] The conduct of Desjardins does not support awarding punitive damages, particularly compared to the non-disclosing banks. Desjardins did disclose the conversion charges through the monthly credit card statements. Consumer cardholders would have received their first statement shortly after they entered into their contracts and before they were billed any significant conversion charges — or any at all. Even though Desjardins's disclosure does not satisfy the requirements of s. 12 of the *CPA*, it does not amount to negligent or careless behaviour. There is no reason to think that awarding punitive damages against Desjardins is needed to prevent

bien longtemps. Le droit d'action personnel de M. Marcotte était donc prescrit à la date à laquelle les recours contre BMO et Desjardins ont été entrepris. De même, les demandes des autres titulaires de cartes qui sont des consommateurs et qui ont reçu leur premier relevé mensuel avant le 17 avril 2000 sont prescrites. Les seules qui ne le sont pas sont les demandes des titulaires de cartes qui sont des consommateurs ayant conclu leur contrat avec Desjardins avant le 1^{er} avril 2006 (date de la première mention des frais de conversion dans le contrat de Desjardins) et qui ont reçu leur premier relevé mensuel — au verso duquel figuraient ces frais — le 17 avril 2000 ou après.

[32] La preuve au dossier ne permet pas de déterminer le total des frais que Desjardins est tenue de rembourser aux membres du groupe dont les demandes ne sont pas prescrites. Parallèlement, rien n'indique qu'il serait impossible de calculer ce total avec suffisamment de précision. Comme le signale le juge Gascon, c'est au représentant du groupe qu'il incombe de prouver que le recouvrement collectif est possible. Cependant, Desjardins est tenue de fournir les renseignements qui permettront à celui-ci de faire cette preuve. Le recouvrement individuel ne sera ordonné que si Desjardins est incapable, en agissant avec diligence raisonnable, de fournir les renseignements qui permettront de calculer avec suffisamment de précision le montant des demandes qui ne sont pas prescrites. Ainsi qu'il a été ordonné au procès, les autres détails relatifs à la procédure de recouvrement seront réglés à une date ultérieure par la Cour supérieure.

[33] La conduite de Desjardins ne justifie pas l'octroi de dommages-intérêts punitifs, tout particulièrement si on la compare à celle des banques qui n'ont pas mentionné les frais de conversion. Desjardins les a indiqués dans les relevés mensuels des cartes de crédit. Les titulaires de cartes qui sont des consommateurs auront reçu leur premier relevé peu après avoir conclu le contrat et n'auront pas engagé des frais de conversion importants, si tant est qu'ils en aient engagé. Bien que Desjardins n'ait pas respecté les prescriptions de l'art. 12 *L.p.c.*, la manière avec laquelle elle a mentionné les frais ne constitue pas une conduite marquée au coin de

the repetition of undesirable conduct or achieve the objectives of the CPA, and it would have an insufficient general deterrent effect to justify such an award.

VI. Conclusion

[34] All relevant provisions of the CPA are constitutionally applicable and operative. The appeal is allowed in part and recovery of the conversion charges is ordered. In light of the divided success of the appeal, no costs are awarded.

Appeal allowed in part.

Solicitors for the appellant: Trudel & Johnston, Montréal; Lauzon Bélanger L'Espérance inc., Montréal.

Solicitors for the respondent: Langlois Kronström Desjardins, Montréal.

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

Solicitors for the intervener the Attorney General of Quebec: Bernard, Roy & Associés, Montréal.

Solicitors for the intervener the President of the Office de la protection du consommateur: Allard, Renaud et Associés, Trois-Rivières; Office de la protection du consommateur, Trois-Rivières.

l'insouciance ou de la négligence. Rien n'indique qu'il est nécessaire de condamner Desjardins à des dommages-intérêts punitifs pour décourager la répétition de comportements indésirables ou favoriser la réalisation des objectifs de la L.p.c. En outre, l'effet dissuasif général d'une telle sanction serait insuffisant pour la justifier.

VI. Conclusion

[34] Les dispositions pertinentes de la L.p.c. sont constitutionnellement applicables et opérantes. Nous sommes d'avis d'accueillir en partie le pourvoi et d'ordonner le remboursement des frais de conversion. En raison du succès mitigé de l'appel, aucuns dépens ne sont accordés.

Pourvoi accueilli en partie.

Procureurs de l'appelant : Trudel & Johnston, Montréal; Lauzon Bélanger L'Espérance inc., Montréal.

Procureurs de l'intimée : Langlois Kronström Desjardins, Montréal.

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

Procureurs de l'intervenant le procureur général du Québec : Bernard, Roy & Associés, Montréal.

Procureurs de l'intervenant le président de l'Office de la protection du consommateur : Allard, Renaud et Associés, Trois-Rivières; Office de la protection du consommateur, Trois-Rivières.

INDEX

ABORIGINAL LAW

1. Aboriginal title — Land claims — Elements of test for establishing Aboriginal title to land — Rights and limitations conferred by Aboriginal title — Duties owed by Crown before and after Aboriginal title to land established — Province issuing commercial logging licence in area regarded by semi-nomadic First Nation as traditional territory — First Nation claiming Aboriginal title to land — Whether test for Aboriginal title requiring proof of regular and exclusive occupation or evidence of intensive and site-specific occupation — Whether trial judge erred in finding Aboriginal title established — Whether Crown breached procedural duties to consult and accommodate before issuing logging licences — Whether Crown incursions on Aboriginal interest justified under s. 35 Constitution Act, 1982 framework — Forest Act, R.S.B.C. 1995, c. 157 — Constitution Act, 1982, s. 35.

TSILHQOT'IN NATION v. BRITISH COLUMBIA, 256.

2. Aboriginal title — Land claims — Provincial laws of general application — Constitutional constraints on provincial regulation of Aboriginal title land — Division of powers — Doctrine of interjurisdictional immunity — Infringement and justification framework under s. 35 Constitution Act, 1982 — Province issuing commercial logging licence in area regarded by semi-nomadic First Nation as traditional territory — First Nation claiming Aboriginal title to land — Whether provincial laws of general application apply to Aboriginal title land — Whether Forest Act on its face applies to Aboriginal title land — Whether application of Forest Act ousted by operation of Constitution — Whether doctrine of interjurisdictional immunity should be applied to lands held under Aboriginal title — Forest Act, R.S.B.C. 1995, c. 157 — Constitution Act, 1982, s. 35.

TSILHQOT'IN NATION v. BRITISH COLUMBIA, 256.

3. Treaty rights — Harvesting rights — Interpretation of taking-up clause — Certain lands subject to treaty annexed to Ontario after signature of treaty between Ojibway and Canada — Whether province has authority to take up tracts of that land so as to limit harvesting rights under treaty or whether it requires federal approval to do so — Constitution

ABORIGINAL LAW — (Concluded)

Act, 1867, ss. 91(24), 92(5), 92A, 109 — Constitution Act, 1982, s. 35 — Treaty No. 3.

GRASSY NARROWS FIRST NATION v. ONTARIO (NATURAL RESOURCES), 447.

ACCESS TO INFORMATION

Exemptions — Advice or recommendations of public servant — Government institution applying exemption for advice or recommendations at s. 13(1) of Freedom of Information and Protection of Privacy Act and denying access to information request — Information and Privacy Commissioner ordering disclosure — Whether Commissioner's disclosure order reasonable — Whether s. 13(1) exemption for advice or recommendations applies to policy options that do not suggest course of action — Whether s. 13(1) exemption applies to information that is not communicated — Freedom of Information and Protection of Privacy Act, R.S.O. 1990, c. F.31, s. 13(1).

JOHN DOE v. ONTARIO (FINANCE), 3.

ADMINISTRATIVE LAW

Transportation law — Boards and tribunals — Judicial review — Standard of review — Governor in Council rescinding decision of Canadian Transportation Agency — Whether Governor in Council empowered to vary or rescind decision of Agency — Whether applicable standard of review is correctness or reasonableness — Canadian Transportation Act, S.C. 1996, c. 10, ss. 40, 41, 120.1.

CANADIAN NATIONAL RAILWAY CO. v. CANADA (ATTORNEY GENERAL), 135.

ARBITRATION

Appeals — Commercial arbitration awards — Parties entering into agreement providing for payment of finder's fee in shares — Parties disagreeing as to date on which to price shares for payment of finder's fee and entering into arbitration — Leave to appeal arbitral award sought pursuant to s. 31(2) of the Arbitration Act — Leave to appeal denied but granted on appeal to Court of Appeal — Appeal of award dismissed but dismissal reversed by Court of Appeal — Whether Court of Appeal erred in granting leave to appeal — What is appropriate standard of review to be applied to commercial arbitral decisions made under Arbitration Act — Arbitration Act, R.S.B.C. 1996, c. 55, s. 31(2).

SATTVA CAPITAL CORP. v. CRESTON MOLY CORP., 633.

CIVIL PROCEDURE

1. Motion to dismiss — Stare decisis — Action to have certain statutory provisions relating to employment insurance declared unconstitutional — Motion to dismiss on basis that issues being raised had already been decided by Supreme Court of Canada in earlier decision — Whether motion to institute proceedings is correct in law even if alleged facts are assumed to be true — Code of Civil Procedure, CQLR, c. C-25, art. 165(4).

CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. CONFÉDÉRATION DES SYNDICATS NATIONAUX, 477.

2. Class actions — Standing — Representative plaintiffs initiating class action against credit card issuers on grounds they failed to disclose conversion charges on credit card purchases made in foreign currencies — Representative plaintiffs not having direct cause of action or legal relationship with each defendant — Whether plaintiffs have standing to sue all defendants — Code of Civil Procedure, CQLR, c. C-25, art. 55.

BANK OF MONTREAL v. MARCOTTE, 725.

CONSTITUTIONAL LAW

1. Charter of Rights — Procedural fairness — Duty to disclose — Remedy — Summaries of intercepted conversations tendered as evidence against named person — Source materials for summaries destroyed in accordance

CONSTITUTIONAL LAW — (Continued)

with internal policy of CSIS — Whether destruction of source materials breached named person's right to procedural fairness — Whether designated judge erred in refusing to exclude summaries of intercepted conversations — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 24(1).

CANADA (CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) v. HARKAT, 33.

2. Charter of Rights — Right to life, liberty and security of person — Certificate issued against foreign national stating that he is inadmissible to Canada on national security grounds for allegedly engaging in terrorism — Named person challenging constitutionality of security certificate scheme on grounds that it prevents full disclosure and personal participation in hearings — Whether scheme under which security certificate issued deprives named person of right to life, liberty and security of person in accordance with principles of fundamental justice — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7 — Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, ss. 77(2), 83(1)(c), (d), (e), (h), (i), 85.4(2), 85.5(b).

CANADA (CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) v. HARKAT, 33.

3. Charter of Rights — Right to life, liberty and security of the person — Criminal law — Sentencing — Aboriginal offenders — Mandatory minimum sentence — Accused convicted of impaired driving for fifth time — Crown prosecutor seeking mandatory minimum sentence — Whether s. 7 of the Charter requires the Crown to consider Aboriginal status of accused when seeking minimum sentence for impaired driving — Whether consideration of Aboriginal status is a principle of fundamental justice — Whether decision to seek mandatory minimum sentence is a matter of core prosecutorial discretion — Standard of review for Crown decision making — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7 — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 253(1)(b), 255(1)(a)(iii), 727(1).

R. v. ANDERSON, 167.

4. Charter of Rights — Search and seizure — Privacy — Police having information that IP address used to access or download child pornography — Police asking Internet service provider to voluntarily provide name and address of subscriber assigned to IP address — Police using information to obtain search warrant for accused's residence — Whether police conducted unconstitutional search by obtaining subscriber information matching IP address — Whether evidence obtained as a result should be excluded

CONSTITUTIONAL LAW — (Continued)

— Whether fault element of making child pornography available requires proof of positive facilitation — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 163.1(3), (4), 487.014(1) — Personal Information Protection and Electronic Documents Act, S.C. 2000, c. 5, s. 7(3)(c.1)(ii) — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 8.

R. v. SPENCER, 212.

5. Charter of Rights — Right to counsel — Accused informed by police of his right to counsel — Accused informing police that he wished to speak to counsel — Police failing to facilitate contact with counsel at scene of accident and hospital — Blood drawn from accused at hospital without accused being able to consult counsel and used as basis for conviction — Whether police's failure to implement or facilitate access to counsel was in breach of accused's right to retain and instruct counsel without delay — If so, whether evidence should be excluded — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 10(b), 24(2).

R. v. TAYLOR, 495.

6. Charter of Rights — Right to be informed of reasons for arrest — Right to counsel — Accused charged with possession of cocaine and possession of currency obtained by crime — Police delaying in advising accused of reasons for arrest and of his rights to retain and instruct counsel — Whether trial judge erred in law in concluding that police infringed accused's right to be informed of reasons for arrest and his right to counsel — Whether trial judge erred in law in excluding evidence — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 10, 24(2).

R. v. MIAN, 690.

7. Division of powers — Banking — Interjurisdictional immunity — Federal paramountcy — Quebec's consumer protection legislation regulating disclosure of conversion charges with respect to contracts of credit — Whether provincial legislation constitutionally inapplicable or inoperative in respect of bank-issued credit cards by virtue of doctrine of interjurisdictional immunity or federal paramountcy — Constitution Act, 1867, s. 91(15) — Bank Act, S.C. 1991, c. 46, ss. 16, 988 — Consumer Protection Act, CQLR, c. P-40.1, ss. 12, 272.

BANK OF MONTREAL v. MARCOTTE, 725.

8. Division of powers — Banking — Interjurisdictional immunity — Federal paramountcy — Quebec's consumer protection legislation regulating disclosure of conversion charges with respect to contracts of credit — Whether

CONSTITUTIONAL LAW — (Concluded)

provincial legislation constitutionally inapplicable or inoperative in respect of bank-issued credit and charge cards by virtue of doctrine of interjurisdictional immunity or federal paramountcy — Constitution Act, 1867, s. 91(15) — Consumer Protection Act, CQLR, c. P-40.1, ss. 12, 272.

AMEX BANK OF CANADA v. ADAMS, 787.

9. Division of powers — Bills of exchange — Interjurisdictional immunity — Federal paramountcy — Quebec's consumer protection legislation regulating credit card contracts — Whether legal characterization of transaction consisting of payment for good or service in foreign currency by means of credit card of same nature as that of payment by means of bill of exchange over which Parliament has exclusive jurisdiction, such that the doctrines of interjurisdictional immunity and paramountcy are potentially applicable — Constitution Act, 1867, s. 91(18) — Consumer Protection Act, CQLR, c. P-40.1.

MARCOTTE v. FÉDÉRATION DES CAISSES DESJARDINS DU QUÉBEC, 805.

CONSUMER PROTECTION

1. Contracts of credit — Contracts extending variable credit — Credit cards — Obligation to disclose costs in contract — Appropriate remedy for failing to disclose — Conversion charges imposed by financial institutions on cardholders for transactions in foreign currencies — Class actions — Whether conversion charges imposed are "credit charges" or "net capital" as defined by legislation — Whether Banks failed to disclose charges to cardholders — Whether reimbursement of conversion charges collected from consumer class members should be ordered — Consumer Protection Act, CQLR, c. P-40.1, ss. 12, 68, 69, 70, 272.

BANK OF MONTREAL v. MARCOTTE, 725.

2. Recourses — Punitive damages — Obligation to disclose costs in contract — Appropriate remedy for failing to disclose — Whether class members are entitled to punitive damages — Consumer Protection Act, CQLR, c. P-40.1, s. 272.

BANK OF MONTREAL v. MARCOTTE, 725.

3. Contracts of credit — Contracts extending variable credit — Credit and charge cards — Obligation to disclose costs in contract — Appropriate remedy for failing

CONSUMER PROTECTION — (Concluded)

to disclose — Conversion charges imposed by financial institutions on cardholders for transactions in foreign currencies — Class actions — Whether Amex failed to disclose conversion charges to cardholders — Whether reimbursement of conversion charges collected from consumer class members should be ordered — Consumer Protection Act, CQLR, c. P-40.1, ss. 12, 272.

AMEX BANK OF CANADA *v.* ADAMS, 787.

4. Contracts of credit — Contracts extending variable credit — Credit cards — Obligation to disclose costs in contract — Appropriate remedy for failing to disclose — Prescription — Punitive damages — Conversion charges imposed by financial institutions on cardholders for transactions in foreign currencies — Class actions — Whether conversion charges are “credit charges” or “net capital” as defined by legislation — Whether Desjardins adequately disclosed conversion charges to cardholders — Whether reimbursement of conversion charges collected from consumer class members should be ordered — Whether class members are entitled to punitive damages — Consumer Protection Act, CQLR, c. P-40.1, ss. 12, 272.

MARCOTTE *v.* FÉDÉRATION DES CAISSES DESJARDINS DU QUÉBEC, 805.

CONTRACTS

Interpretation — Parties entering into agreement providing for payment of finder’s fee in shares — Parties disagreeing as to date on which to price the shares for payment of finder’s fee and entering into arbitration — Whether arbitrator reasonably construed contract as a whole — Whether contractual interpretation is question of law or of mixed fact and law.

SATTVA CAPITAL CORP. *v.* CRESTON MOLY CORP., 633.

COURTS

1. Supreme Court of Canada — Application for leave to appeal — Reconsideration — Whether decision of Registrar refusing motion for reconsideration for filing subject to review by judge — Rules of the Supreme Court of Canada, SOR/2002-156, rr. 8(2), 73, 78.

COURTS — (Concluded)

STUBICAR *v.* CANADA (PUBLIC SAFETY AND EMERGENCY PREPAREDNESS), 104.

2. Proceedings — Open court principle — Accused requesting to testify with public excluded from courtroom — Trial judge refusing request — Whether exclusion order in interests of proper administration of justice — Whether failure to accommodate request necessitates new trial — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 486(1).

R. *v.* HART, 544.

CRIMINAL LAW

1. Evidence — Disclosure — Whether police occurrence reports prepared in the investigation of unrelated incidents involving a complainant or witness are “records” within the meaning of s. 278.1 of the Criminal Code, such that they are subject to the Mills regime — Whether the exemption for investigatory and prosecutorial records applies to all police occurrence reports or only those made in relation to the offence in question — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 278.1 to 278.91.

R. *v.* QUESNELLE, 390.

2. Appeals — Dangerous offenders — Courts — Curative powers — Fresh evidence — Trial judge declaring accused to be dangerous offender without considering long-term offender designation — Whether trial judge committed error of law — Whether Court of Appeal erred by using curative powers and upholding dangerous offender designation — Role of fresh evidence in dangerous offender designation appeals — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 753, 759.

R. *v.* SIPOS, 423.

3. Evidence — Admissibility — Confessions — “Mr. Big” confessions — Accused confessing to murdering his two young daughters at end of lengthy Mr. Big operation — Whether new common law rule of evidence should be developed to determine admissibility of Mr. Big confessions — Whether accused’s confessions should be excluded.

R. *v.* HART, 544.

4. Appeals — Powers of Court of Appeal — Accused charged with possession of cocaine and possession of currency obtained by crime — Court of Appeal raising new issues on appeal — Whether appeal court erred in ordering

CRIMINAL LAW — (Concluded)

new trial on basis of improper cross-examination — Whether appeal court erred in raising new issue on appeal.

R. v. MIAN, 690.

CULTURE AND ENTERTAINMENT LAW

Status of the artist — Copyright — Collective bargaining — Duty to bargain in good faith — Whether artists' associations are precluded from bargaining minimum fees for use of existing artistic works in agreements negotiated under Status of the Artist Act — Whether allowing scale agreements imposing minimum fees for provision of copyrights for existing works conflicts with Copyright Act — Whether Tribunal's finding that National Gallery of Canada failed to bargain in good faith was reasonable — Standard of review — Status of the Artist Act, S.C. 1992, c. 33 — Copyright Act, R.S.C. 1985, c. C-42.

CANADIAN ARTISTS' REPRESENTATION v. NATIONAL GALLERY OF CANADA, 197.

EMPLOYMENT LAW

Contracts — Contract of employment for indeterminate term — Obligation to give notice of termination — Employee giving notice of termination to employer to terminate contract of employment as of later date — Employer terminating contract of employment before departure date announced by employee — Whether employer who receives notice of termination from employee can terminate contract of employment before notice period expires without in turn having to give notice of termination or pay indemnity in lieu of such notice — Civil Code of Québec, arts. 2091, 2092 — Act respecting labour standards, CQLR, c. N-1.1, ss. 82, 83.

QUEBEC (COMMISSION DES NORMES DU TRAVAIL) v. ASPHALTE DESJARDINS INC., 514.

EVIDENCE

Privilege — Informer privilege — Information used against named person obtained by CSIS from human sources — Whether CSIS human sources are covered by class privilege — Whether CSIS human sources can be cross-examined.

CANADA (CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) v. HARKAT, 33.

HUMAN RIGHTS

Discrimination — Employment — Age — Law firm partnership agreement containing provision relating to retirement at age 65 — Equity partner filing complaint with Human Rights Tribunal arguing provision constituting age discrimination in employment — Whether equity partner engaged in "employment relationship" for purposes of Human Rights Code — Whether complaint comes within jurisdiction of Human Rights Tribunal — Human Rights Code, R.S.B.C. 1996, c. 210, ss. 1, 13, 27.

McCORMICK v. FASKEN MARTINEAU DUMOULIN LLP, 108.

IMMIGRATION

Inadmissibility and removal — National security — Certificate issued against foreign national stating that he is inadmissible to Canada on national security grounds for allegedly engaging in terrorism — Judge reviewing reasonableness of certificate finding sufficient evidence to demonstrate that certificate was reasonable and upholding certificate — Whether designated judge erred in concluding that certificate was reasonable.

CANADA (CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) v. HARKAT, 33.

LABOUR RELATIONS

Certification — Maintenance of conditions of employment — Collective dismissal — Arbitration — Union certified to represent employees — Negotiations to conclude first collective agreement with employer unsuccessful — Employer announcing closure of business — Union filing grievance alleging that dismissal of employees constituted unilateral change in conditions of employment that is prohibited by s. 59 of Quebec Labour Code — Whether s. 59 can be used to challenge resiliation of contracts of employment of all employees of establishment — If so, whether arbitrator rendered unreasonable award in concluding that, in this case, resiliations constituted unlawful change in conditions of employment — Labour Code, CQLR, c. C-27, ss. 59, 100.12.

UNITED FOOD AND COMMERCIAL WORKERS, LOCAL 503 v. WAL-MART CANADA CORP., 323.

RECEIPT OF A PAYMENT NOT DUE

Contracts of credit — Credit and charge cards — Payment made in error — Class actions — Whether cardholder agreements imposed obligation to pay conversion charges — Whether Amex owes restitution of conversion charges to non-consumer class members — Whether restitution would have the effect of according adhering parties with undue advantage — Civil Code of Québec, arts. 1491, 1492, 1554, 1699.

AMEX BANK OF CANADA v. ADAMS, 787.

STAY OF PROCEEDINGS

Duties of candour and utmost good faith — Fairness of process — Ex parte proceedings — Review of reasonableness of security certificate — Whether ministers made reasonable efforts to obtain information sought by special advocates — Whether ministers breached duties of candour and utmost good faith — Whether proceedings against named person were fair — Whether named person entitled to stay of proceedings.

CANADA (CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) v. HARKAT, 33.

INDEX

ACCÈS À L'INFORMATION

Exceptions — Conseils ou recommandations d'un fonctionnaire — Sur le fondement de l'exception à la communication prévue à l'égard des conseils ou des recommandations à l'art. 13(1) de la Loi sur l'accès à l'information, refus d'une institution gouvernementale de communiquer des documents — Ordonnance de la Commissaire à l'information et à la protection de la vie privée de communiquer les documents — L'ordonnance était-elle raisonnable? — L'exception prévue à l'art. 13(1) à l'égard des conseils ou des recommandations vaut-elle pour le choix de politiques qui ne recommande aucune mesure? — Vaut-elle pour l'information qui n'est pas transmise? — Loi sur l'accès à l'information et la protection de la vie privée, L.R.O. 1990, ch. F.31, art. 13(1).

UNTEL C. ONTARIO (FINANCES), 3.

ARBITRAGE

Appels — Sentences arbitrales commerciales — Conclusion d'une entente entre les parties prévoyant le versement en actions des honoraires d'intermédiation — Désaccord des parties sur la date applicable à l'évaluation du cours de l'action aux fins du versement des honoraires d'intermédiation et recours à l'arbitrage — Autorisation d'appel de la sentence arbitrale demandée en application de l'art. 31(2) de l'Arbitration Act — Rejet initial de la demande d'autorisation d'appel, qui est accueillie à l'issue d'un appel devant la Cour d'appel — Rejet de l'appel interjeté de la sentence infirmé par la Cour d'appel — La Cour d'appel a-t-elle accordé à tort l'autorisation d'appel? — Quelle est la norme de contrôle applicable aux sentences arbitrales commerciales rendues sous le régime de l'Arbitration Act? — Arbitration Act, R.S.B.C. 1996, ch. 55, art. 31(2).

SATTVA CAPITAL CORP. C. CRESTON MOLY CORP., 633.

ARRÊT DES PROCÉDURES

Obligations de franchise et de bonne foi la plus absolue — Équité du processus — Procédures ex parte — Examen du caractère raisonnable du certificat de sécurité — Les ministres ont-ils fourni des efforts raisonnables pour obtenir les renseignements demandés par les avocats spéciaux? — Les ministres ont-ils manqué à leurs obligations de franchise et de bonne foi la plus absolue? — Les procédures contre la personne visée étaient-elles équitables? — La personne visée a-t-elle droit à l'arrêt des procédures?

CANADA (CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION) C. HARKAT, 33.

CONTRATS

Interprétation — Conclusion d'une entente entre les parties prévoyant le versement en actions des honoraires d'intermédiation — Désaccord des parties sur la date applicable à l'évaluation du cours de l'action aux fins du versement des honoraires d'intermédiation et recours à l'arbitrage — L'arbitre a-t-il donné une interprétation raisonnable de l'entente dans son ensemble? — L'interprétation contractuelle constitue-t-elle une question de droit ou une question mixte de fait et de droit?

SATTVA CAPITAL CORP. C. CRESTON MOLY CORP., 633.

DROIT ADMINISTRATIF

Droit des transports — Organismes et tribunaux administratifs — Contrôle judiciaire — Norme de contrôle — Gouverneur en conseil annulant une décision de l'Office des transports du Canada — Le gouverneur en conseil est-il habilité à modifier ou à annuler une décision de l'Office? — La norme de contrôle applicable est-elle celle de la décision

DROIT ADMINISTRATIF — (Fin)

correcte ou celle de la décision raisonnable? — Loi sur les transports au Canada, L.C. 1996, ch. 10, art. 40, 41, 120.1.

COMPAGNIE DES CHEMINS DE FER NATIONAUX DU CANADA C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL), 135.

DROIT CONSTITUTIONNEL

1. Charte des droits — Droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne — Certificat délivré contre un étranger atteste que cette personne est interdite de territoire au Canada pour raison de sécurité nationale parce qu'elle se serait livrée à des activités terroristes — Constitutionnalité du régime des certificats de sécurité contestée par la personne visée au motif qu'il empêche la divulgation complète et sa participation personnelle aux audiences — Le régime en vertu duquel sont délivrés les certificats de sécurité prive-t-il la personne visée de son droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne d'une manière conforme aux principes de justice fondamentale? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7 — Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 77(2), 83(1)c), d), e), h), i), 85.4(2), 85.5b).

CANADA (CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION) C. HARKAT, 33.

2. Charte des droits — Équité procédurale — Obligation de divulgation — Réparation — Résumés de conversations interceptées produits en preuve contre la personne visée — Documents à l'origine des résumés détruits conformément à une politique interne du SCRS — La destruction des documents à l'origine des résumés a-t-elle porté atteinte au droit à l'équité procédurale de la personne visée? — Le juge désigné a-t-il commis une erreur en refusant d'exclure les résumés des conversations interceptées? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 24(1).

CANADA (CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION) C. HARKAT, 33.

3. Charte des droits — Droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne — Droit criminel — Détermination de la peine — Délinquants autochtones — Peine minimale obligatoire — Accusé reconnu coupable une cinquième fois de conduite avec facultés affaiblies — Demande d'une peine minimale obligatoire par le procureur du ministère public — Lorsque le ministère public demande une peine minimale obligatoire pour conduite avec facultés affaiblies, l'art. 7 de

DROIT CONSTITUTIONNEL — (Suite)

la Charte exige-t-il qu'il prenne en considération le statut d'Autochtone d'un accusé? — La prise en considération du statut d'Autochtone est-elle un principe de justice fondamentale? — La décision de demander une peine minimale obligatoire relève-t-elle du pouvoir discrétionnaire essentiel en matière de poursuites? — Norme de contrôle applicable aux décisions du ministère public — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7 — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 253(1)b), 255(1)a)(iii), 727(1).

R. C. ANDERSON, 167.

4. Charte des droits — Fouilles, perquisitions et saisies — Protection des renseignements personnels — Police détenant des renseignements selon lesquels une adresse IP a été utilisée pour avoir accès à de la pornographie juvénile ou pour la télécharger — Demande de la police au fournisseur de services Internet de lui fournir volontairement le nom et l'adresse de l'abonnée à qui appartient l'adresse IP — Utilisation de ces renseignements par la police pour obtenir un mandat lui permettant de perquisitionner dans la résidence de l'accusé — La police a-t-elle effectué une fouille ou une perquisition inconstitutionnelle lorsqu'elle a obtenu les renseignements relatifs à l'abonnée à qui appartenait l'adresse IP? — La preuve ainsi obtenue devrait-elle être écartée? — L'élément de faute de l'infraction qui consiste à rendre accessible la pornographie juvénile exige-t-il la preuve d'un appui délibéré? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 163.1(3), 163.1(4), 487.014(1) — Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques, L.C. 2000, ch. 5, art. 7(3)c.1)(ii) — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8.

R. C. SPENCER, 212.

5. Charte des droits — Droit à l'assistance d'un avocat — Accusé informé par les policiers de son droit à l'assistance d'un avocat — Mention aux policiers par l'accusé de son désir de parler à un avocat — Omission par les policiers de faciliter la communication avec un avocat sur les lieux de l'accident et à l'hôpital — Du sang prélevé de l'accusé à l'hôpital sans que ce dernier ait été en mesure de consulter un avocat a ensuite été utilisé comme pièce à conviction — L'omission des policiers de donner à l'accusé accès à un avocat ou de faciliter cet accès a-t-elle entraîné la violation du droit de l'accusé d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat? — Dans l'affirmative, les éléments de preuve en cause devraient-ils être écartés? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 10b), 24(2).

R. C. TAYLOR, 495.

DROIT CONSTITUTIONNEL — (Suite)

6. Charte des droits — Droit d'être informé des motifs de son arrestation — Droit à l'assistance d'un avocat — Inculpé accusé de possession de cocaïne et de possession d'argent obtenu par la perpétration d'une infraction — Délai avant que la police informe l'accusé des motifs de son arrestation et de son droit à l'assistance d'un avocat — Le juge du procès a-t-il commis une erreur de droit en concluant que la police a porté atteinte au droit de l'accusé d'être informé des motifs de son arrestation et à son droit à l'assistance d'un avocat? — Le juge du procès a-t-il commis une erreur de droit en excluant des éléments de preuve? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 10, 24(2).

R. C. MIAN, 690.

7. Partage des compétences — Banques — Doctrine de l'exclusivité des compétences — Prépondérance fédérale — Loi québécoise sur la protection du consommateur régissant la mention des frais de conversion applicables dans les contrats de crédit — La loi provinciale est-elle constitutionnellement inapplicable ou inopérante à l'égard des cartes de crédit émises par des banques en raison des doctrines de l'exclusivité des compétences et de la prépondérance fédérale? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(15) — Loi sur les banques, L.C. 1991, ch. 46, art. 16, 988 — Loi sur la protection du consommateur, RLRQ, ch. P-40.1, art. 12, 272.

BANQUE DE MONTRÉAL C. MARCOTTE, 725.

8. Partage des compétences — Banques — Doctrine de l'exclusivité des compétences — Prépondérance fédérale — Loi québécoise sur la protection du consommateur régissant la mention des frais de conversion applicables dans les contrats de crédit — La loi provinciale est-elle constitutionnellement inapplicable ou inopérante à l'égard des cartes de crédit et des cartes de paiement émises par des banques en raison des doctrines de l'exclusivité des compétences et de la prépondérance fédérale? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(15) — Loi sur la protection du consommateur, RLRQ, ch. P-40.1, art. 12, 272.

BANQUE AMEX DU CANADA C. ADAMS, 787.

9. Partage des compétences — Lettres de change — Doctrine de l'exclusivité des compétences — Prépondérance fédérale — Loi québécoise sur la protection du consommateur régissant les contrats de cartes de crédit — Le paiement d'un bien ou d'un service en devises étrangères au moyen d'une carte de crédit est-il de même nature sur le plan juridique que celui fait au moyen d'une lettre de change, une matière qui relève de la compétence exclusive

DROIT CONSTITUTIONNEL — (Fin)

du Parlement, de sorte que les doctrines de l'exclusivité des compétences et de la prépondérance fédérale pourraient s'appliquer? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(18) — Loi sur la protection du consommateur, RLRQ, ch. P-40.1.

MARCOTTE C. FÉDÉRATION DES CAISSES DESJARDINS DU QUÉBEC, 805.

DROIT CRIMINEL

1. Preuve — Communication — Le rapport de police dressé dans le cadre d'une enquête relative à des incidents sans lien auxquels est mêlé le plaignant ou un témoin constitue-t-il un « dossier » au sens de l'art. 278.1 du Code criminel de sorte qu'il soit soumis au régime de l'arrêt Mills? — L'exception prévue pour le dossier d'enquête ou de poursuite vaut-elle à l'égard de tous les rapports de police ou seulement à l'égard de ceux établis relativement à l'infraction en cause? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 278.1 à 278.91.

R. C. QUESNELLE, 390.

2. Appels — Délinquants dangereux — Cours — Pouvoirs réparateurs — Nouveaux éléments de preuve — Accusé déclaré délinquant dangereux par le juge du procès sans qu'il soit tenu compte de la possibilité d'une déclaration de délinquant à contrôler — Le juge du procès a-t-il commis une erreur de droit? — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en appliquant ses pouvoirs réparateurs et en confirmant la déclaration de délinquant dangereux? — Quel rôle doivent jouer les nouveaux éléments de preuve dans le cadre de l'appel d'une déclaration de délinquant dangereux? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 753, 759.

R. C. SIPOS, 423.

3. Preuve — Admissibilité — Aveux — Aveux issus d'une opération « Monsieur Big » — Aveu par l'accusé du meurtre de ses deux fillettes au terme d'une longue opération Monsieur Big — Y a-t-il lieu d'établir une nouvelle règle de preuve en common law pour statuer sur l'admissibilité d'aveux issus d'une opération « Monsieur Big »? — Y a-t-il lieu d'exclure les aveux de l'accusé?

R. C. HART, 544.

4. Appels — Pouvoirs de la Cour d'appel — Inculpé accusé de possession de cocaïne et de possession d'argent obtenu par la perpétration d'une infraction — Nouvelles

DROIT CRIMINEL — (Fin)

questions soulevées en appel par la Cour d'appel — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en ordonnant la tenue d'un nouveau procès sur le fondement de la question d'un contre-interrogatoire inapproprié? — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en soulevant une nouvelle question en appel?

R. c. MIAN, 690.

DROIT DE L'EMPLOI

Contrats — Contrat de travail à durée indéterminée — Obligation de donner un délai de congé — Salarié ayant donné délai de congé à son employeur afin de mettre fin au contrat de travail à une date ultérieure — Employeur mettant fin au contrat de travail avant date de départ annoncée par salarié — L'employeur qui reçoit un délai de congé d'un salarié peut-il mettre fin au contrat de travail avant l'expiration du délai, sans avoir à lui-même donner un délai de congé ou à verser une indemnité qui en tient lieu? — Code civil du Québec, art. 2091, 2092 — Loi sur les normes du travail, RLRQ, ch. N-1.1, art. 82, 83.

QUÉBEC (COMMISSION DES NORMES DU TRAVAIL) C. ASPHALTE DESJARDINS INC., 514.

DROIT DE LA CULTURE ET DU DIVERTISSEMENT

Statut de l'artiste — Droit d'auteur — Négociation collective — Obligation de négocier de bonne foi — Les associations d'artistes sont-elles empêchées de négocier des tarifs minimums pour l'utilisation d'œuvres artistiques existantes dans des accords négociés en vertu de la Loi sur le statut de l'artiste? — Le fait de permettre l'inclusion, dans des accords-cadres, de tarifs minimums pour l'octroi des droits d'auteur sur des œuvres existantes entre-t-il en conflit avec la Loi sur le droit d'auteur? — La conclusion du Tribunal selon laquelle le Musée des beaux-arts du Canada n'avait pas négocié de bonne foi était-elle raisonnable? — Norme de contrôle — Loi sur le statut de l'artiste, L.C. 1992, ch. 33 — Loi sur le droit d'auteur, L.R.C. 1985, ch. C-42.

FRONT DES ARTISTES CANADIENS C. MUSÉE DES BEAUX-ARTS DU CANADA, 197.

DROIT DES AUTOCHTONES

1. Titre ancestral — Revendications territoriales — Éléments du critère permettant d'établir l'existence du titre ancestral sur un territoire — Droits et restrictions rattachés au titre ancestral — Obligations de la Couronne avant et après la reconnaissance du titre ancestral — Province accordant un permis commercial de coupe de bois dans un secteur qu'une Première Nation semi-nomade considère être son territoire ancestral — Première Nation revendiquant le titre ancestral sur des terres — Le critère permettant d'établir l'existence du titre ancestral exige-t-il la preuve d'une occupation régulière et exclusive ou la preuve d'une occupation intensive d'un site spécifique? — Le juge de première instance a-t-il conclu par erreur à l'existence du titre ancestral? — La Couronne a-t-elle manqué à ses obligations procédurales de consulter et d'accommoder les Autochtones avant de délivrer les permis de coupe de bois? — Les atteintes portées par la Couronne aux intérêts des Autochtones sont-elles justifiées par le cadre d'analyse relatif à l'art. 35 de la Loi constitutionnelle de 1982? — Forest Act, R.S.B.C. 1995, ch. 157 — Loi constitutionnelle de 1982, art. 35.

NATION TSILHQOT'IN C. COLOMBIE-BRITANNIQUE, 256.

2. Titre ancestral — Revendications territoriales — Lois provinciales d'application générale — Contraintes constitutionnelles sur la réglementation, par la province, du territoire visé par le titre ancestral — Partage des compétences — Doctrine de l'exclusivité des compétences — Atteinte et cadre d'analyse de la justification relatif à l'art. 35 de la Loi constitutionnelle de 1982 — Province accordant un permis commercial de coupe de bois dans un secteur qu'une Première Nation semi-nomade considère être son territoire ancestral — Première Nation revendiquant le titre ancestral sur le territoire — Les lois provinciales d'application générale s'appliquent-elles au territoire visé par le titre ancestral? — La Forest Act s'applique-t-elle à première vue au territoire visé par le titre ancestral? — La Constitution a-t-elle pour effet d'écarter l'application de la Forest Act? — La doctrine de l'exclusivité des compétences devrait-elle s'appliquer à des terres grevées du titre ancestral? — Forest Act, R.S.B.C. 1995, ch. 157 — Loi constitutionnelle de 1982, art. 35.

NATION TSILHQOT'IN C. COLOMBIE-BRITANNIQUE, 256.

3. Droits issus de traités — Droits de récolte — Interprétation d'une clause de prise des terres — Annexion à l'Ontario de certaines terres visées par un traité signé par les Ojibways et le Canada — La province a-t-elle le

DROIT DES AUTOCHTONES — (Fin)

pouvoir de prendre des étendues de terres et de restreindre ainsi l'exercice des droits de récolte conférés par le traité ou doit-elle obtenir au préalable l'approbation du gouvernement fédéral? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(24), 92(5), 92A, 109 — Loi constitutionnelle de 1982, art. 35 — Traité n° 3.

PREMIÈRE NATION DE GRASSY NARROWS C. ONTARIO (RESSOURCES NATURELLES), 447.

DROITS DE LA PERSONNE

Discrimination — Emploi — Âge — Contrat de société d'un cabinet d'avocats comportant une disposition relative au départ à la retraite à l'âge de 65 ans — Dépôt par un associé participant d'une plainte auprès du Tribunal des droits de la personne au motif que cette disposition constituerait de la discrimination en matière d'emploi fondée sur l'âge — L'associé participant était-il dans une « relation d'emploi » visée par le code des droits de la personne? — La plainte relève-t-elle de la compétence du Tribunal des droits de la personne? — Human Rights Code, R.S.B.C. 1996, ch. 210, art. 1, 13, 27.

MCCORMICK C. FASKEN MARTINEAU DUMOULIN S.E.N.C.R.L./S.R.L., 108.

IMMIGRATION

Interdiction de territoire et renvoi — Sécurité nationale — Certificat délivré contre un étranger atteste que cette personne est interdite de territoire au Canada pour raison de sécurité nationale parce qu'elle se serait livrée à des activités terroristes — Juge chargé de se prononcer sur le caractère raisonnable du certificat d'avis qu'il y a une preuve suffisante pour l'établir et confirme la validité du certificat en question — Le juge désigné a-t-il commis une erreur en concluant au caractère raisonnable du certificat?

CANADA (CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION) C. HARKAT, 33.

PREUVE

Privilège — Privilège relatif aux indicateurs — Renseignements utilisés contre la personne visée obtenus par le SCRS de sources humaines — Les sources humaines du SCRS sont-elles protégées par un privilège générique? — Les sources humaines du SCRS peuvent-elles être contre-interrogées?

CANADA (CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION) C. HARKAT, 33.

PROCÉDURE CIVILE

1. Requête en irrecevabilité — Stare decisis — Recours visant à faire déclarer inconstitutionnelles certaines dispositions législatives relatives à l'assurance-emploi — Requête en irrecevabilité présentée au motif qu'un arrêt rendu auparavant par la Cour suprême du Canada tranchait déjà les questions soulevées — La requête introductive d'instance est-elle fondée en droit, supposé même que les faits allégués soient vrais? — Code de procédure civile, RLRQ, ch. C-25, art. 165(4).

CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. CONFÉDÉRATION DES SYNDICATS NATIONAUX, 477.

2. Recours collectifs — Qualité pour agir — Recours collectif intenté par les représentants des demandeurs contre des émettrices de cartes de crédit au motif que ces dernières n'avaient pas indiqué les frais de conversion imposés sur les opérations par carte de crédit en devises étrangères — Les représentants des demandeurs n'ont pas une cause d'action directe contre chaque défenderesse ou un lien de droit avec chacune d'elles — Les demandeurs ont-ils le statut pour poursuivre l'ensemble des défenderesses? — Code de procédure civile, RLRQ, ch. C-25, art. 55.

BANQUE DE MONTRÉAL C. MARCOTTE, 725.

PROTECTION DU CONSOMMATEUR

1. Contrats de crédit — Contrats de crédit variable — Cartes de crédit — Obligation d'indiquer les frais applicables dans un contrat — Réparation appropriée en cas de manquement à cette obligation — Frais de conversion sur les opérations en devises étrangères imposés par des institutions financières aux titulaires de cartes de crédit — Recours

PROTECTION DU CONSOMMATEUR — (Suite)

collectifs — Les frais de conversion imposés constituent-ils des « frais de crédit » ou du « capital net » au sens de la loi? — Les banques ont-elles omis d'indiquer les frais de conversion aux titulaires de cartes? — Le remboursement des frais de conversion perçus des membres du groupe qui sont des consommateurs doit-il être ordonné? — Loi sur la protection du consommateur, RLRQ, ch. P-40.1, art. 12, 68, 69, 70, 272.

BANQUE DE MONTRÉAL C. MARCOTTE, 725.

2. Recours — Dommages-intérêts punitifs — Obligation d'indiquer les frais applicables dans un contrat — Réparation appropriée en cas de manquement à cette obligation — Les membres du groupe ont-ils droit d'obtenir des dommages-intérêts punitifs? — Loi sur la protection du consommateur, RLRQ, ch. P-40.1, art. 272.

BANQUE DE MONTRÉAL C. MARCOTTE, 725.

3. Contrats de crédit — Contrats de crédit variable — Cartes de crédit et cartes de paiement — Obligation d'indiquer les frais applicables dans un contrat — Réparation appropriée en cas de manquement à cette obligation — Frais de conversion sur les opérations en devises étrangères imposés par des institutions financières aux titulaires de cartes — Recours collectifs — Amex a-t-elle omis d'indiquer les frais de conversion aux titulaires de cartes? — Le remboursement des frais de conversion perçus des membres du groupe qui sont des consommateurs doit-il être ordonné? — Loi sur la protection du consommateur, RLRQ, ch. P-40.1, art. 12, 272.

BANQUE AMEX DU CANADA C. ADAMS, 787.

4. Contrats de crédit — Contrats de crédit variable — Cartes de crédit — Obligation d'indiquer les frais applicables dans un contrat — Réparation appropriée en cas de manquement à cette obligation — Prescription — Dommages-intérêts punitifs — Frais de conversion sur les opérations en devises étrangères imposés par des institutions financières aux titulaires de cartes de crédit — Recours collectifs — Les frais de conversion imposés constituent-ils des « frais de crédit » ou du « capital net » au sens de la loi? — Desjardins a-t-elle indiqué adéquatement les frais de conversion aux titulaires de cartes? — Le remboursement des frais de conversion perçus des membres du groupe qui sont des consommateurs doit-il être ordonné? — Les

PROTECTION DU CONSOMMATEUR — (Fin)

membres du groupe ont-ils droit d'obtenir des dommages-intérêts punitifs? — Loi sur la protection du consommateur, RLRQ, ch. P-40.1, art. 12, 272.

MARCOTTE C. FÉDÉRATION DES CAISSES DESJARDINS DU QUÉBEC, 805.

RÉCEPTION DE L'INDU

Contrats de crédit — Cartes de crédit et cartes de paiement — Paiement fait par erreur — Recours collectifs — Les conventions régissant l'utilisation des cartes prévoyaient-elles l'obligation de payer des frais de conversion? — Amex doit-elle restituer aux membres du groupe qui ne sont pas des consommateurs les frais de conversion payés? — La restitution aurait-elle pour effet d'accorder un avantage indu aux adhérents? — Code civil du Québec, art. 1491, 1492, 1554, 1699.

BANQUE AMEX DU CANADA C. ADAMS, 787.

RELATIONS DU TRAVAIL

Accréditation — Maintien des conditions de travail — Licenciement collectif — Arbitrage — Syndicat accrédité pour représenter les salariés — Échec des négociations en vue de conclure la première convention collective avec l'employeur — Fermeture de l'entreprise annoncée par l'employeur — Grief du syndicat alléguant que le congédiement des salariés constitue une modification unilatérale aux conditions de travail prohibée par l'art. 59 du Code du travail du Québec — L'article 59 peut-il être invoqué pour contester la résiliation de l'ensemble des contrats de travail des employés d'un établissement? — Dans l'affirmative, l'arbitre a-t-il rendu une décision déraisonnable en concluant que, en l'espèce, ces résiliations constituent une modification illégale des conditions de travail? — Code du travail, RLRQ, ch. C-27, art. 59, 100.12.

TRAVAILLEURS ET TRAVAILLEUSES UNIS DE L'ALIMENTATION ET DU COMMERCE, SECTION LOCALE 503 C. COMPAGNIE WAL-MART DU CANADA, 323.

TRIBUNAUX

1. Cour suprême du Canada — Demande d'autorisation d'appel — Réexamen — Une décision du registraire refusant pour dépôt une requête en réexamen est-elle susceptible de révision par un juge de la Cour? — Règles de la Cour suprême du Canada, DORS/2002-156, règles 8(2), 73, 78.

STUBICAR C. CANADA (SÉCURITÉ PUBLIQUE ET PROTECTION CIVILE), 104.

2. Procédure — Publicité des débats — Demande de l'accusé de témoigner à huis clos — Refus du juge du procès d'accéder à la demande — Était-il dans l'intérêt de la bonne administration de la justice d'exclure le public de la salle d'audience? — L'omission d'accorder la mesure demandée commande-t-elle la tenue d'un nouveau procès? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 486(1).

R. C. HART, 544.

ISSN 0045-4230

If undelivered, return to:
Library
Supreme Court of Canada
Ottawa, Ontario
Canada K1A 0J1

En cas de non-livraison, retourner à :
Bibliothèque
Cour suprême du Canada
Ottawa (Ontario)
Canada K1A 0J1

Available from:
Library
Supreme Court of Canada
Ottawa, Ontario – Canada K1A 0J1
scr-rs@scc-csc.ca

En vente auprès de :
Bibliothèque
Cour suprême du Canada
Ottawa (Ontario) – Canada K1A 0J1
scr-rs@scc-csc.ca